

LASKIN 2020

Official Problem

The attached fictitious decisions in the matter of *Bishop v Canadian Athletics Federation*, rendered by the Federal Court and the Federal Court of Appeal, constitute the official problem of the 2020 Laskin Moot.

The problem contains a complete summary of the evidence adduced before the Court; this evidence covers all adjudicative facts. The extent to which an appellate court may draw inferences from the evidence is a matter for mooters to determine. Mooters may not introduce additional facts, studies or reports.

The attached fictitious decisions refer to the Court of Arbitration for Sport (the **CAS**), a real international arbitration body, and to a CAS-issued Executive Summary of a real CAS decision. Both the Executive Summary and the full decision are officially available only in English. Appended to this problem is an unofficial translation of the Executive Summary, which is provided for the sole purpose of the Laskin Moot 2020. Mooters should rely only on the appended, bilingual version of the Executive Summary. It is neither necessary nor advised for mooters to review the full CAS decision, and mooters should not refer to it in written or oral submissions. Judges in our matches will not ask mooters questions relating to it.

With respect to the issues identified in the attached fictitious decisions, mooters should

LASKIN 2020

Problème officiel

Les décisions fictives ci-jointes, rendues par la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale dans l'affaire de *Bishop c. Fédération canadienne d'athlétisme*, constituent le problème officiel du concours Laskin 2020.

Le problème contient un résumé complet de la preuve présentée devant le tribunal et cette preuve couvre tous les faits adjudicatifs de la cause. Il revient aux participants de déterminer dans quelle mesure une cour d'appel peut tirer des conclusions à partir de la preuve. Il n'est pas permis d'introduire de la preuve supplémentaire, des études ou des rapports.

Les décisions fictives ci-jointes font référence au Tribunal d'arbitrage de sport (le **TAS**), un vrai tribunal d'arbitrage international, et à un Sommaire exécutif qu'il a émis concernant une de ces décisions. Ce Sommaire exécutif, tout comme la décision complète, est disponible seulement en anglais. Annexée au problème officiel est une traduction non officielle, lequel est fourni à la seule fin du concours Laskin 2020. Les plaideurs sont encouragés à compter uniquement sur la version bilingue du Sommaire exécutif aux fins de leurs soumissions. Référence à la décision complète du TAS n'est ni nécessaire ni avisé. Nos juges ne poseront aucune question portant sur la décision complète lors des matchs.

En ce qui concerne les questions identifiées dans les décisions fictives ci-jointes, les

not presume that the judges' analysis is correct or complete. The judges may not have reviewed all the issues in detail. They may not have used the factual record as they should have. Other lines of argument and characterizations of the evidence may be available. Mooters should therefore develop arguments which they believe are most persuasive, whether mentioned by the judges or not.

Mooters should bear in mind that during their Matches, judges are not limited in their questions to the parties' factums or oral submissions and that judges may raise all issues that they consider relevant.

Comments made by the judges or any of the individuals identified in the attached decisions do not necessarily reflect the views or opinion of the authors of the problem, their employer, or anyone connected with the Laskin Moot.

The Canadian Athletics Federation was granted leave to appeal the Federal Court of Appeal decision to the Canadian Court of Justice. No additional parties were granted leave to intervene.

Good luck and have fun!

Author

Erin Collins

With assistance from

René Cadieux

Hon. Robert Décary

participants ne devraient pas tenir pour acquis que l'analyse des juges est exacte ou complète. Les juges n'ont pas nécessairement examiné toutes les questions en détail. Ils pourraient s'être trompé dans leur interprétation des faits. D'autres arguments et d'autres façons de qualifier la preuve présentée peuvent exister. Les participants doivent donc élaborer les arguments qu'ils considèrent les plus persuasifs, qu'ils aient ou non été mentionnés par les juges.

Les plaideurs doivent se souvenir que, durant leurs Matches, les juges n'ont pas l'obligation de limiter leurs questions au contenu du mémoire des parties ou de leurs plaidoiries. Les juges peuvent soulever toutes les questions qu'ils estiment pertinentes.

Les commentaires formulés par les juges ou l'une ou l'autre des personnes citées dans les décisions ci-jointes ne reflètent pas nécessairement le point de vue ou l'opinion des auteurs du problème, de leur employeur ou de toutes personnes qui ont une connexion avec le concours Laskin.

La Fédération canadienne d'athlétisme a obtenu la permission de la Cour canadienne de justice de porter la décision de la Cour d'appel fédérale en appel. Aucune autre partie n'a obtenu la permission d'intervenir.

Bonne chance et amusez-vous bien !

Auteure

Erin Collins

Avec l'aide de

René Cadieux

l'Hon. Robert Décary

FEDERAL COURT**COUR FÉDÉRALE**

BETWEEN:

ENTRE:

Canadian Athletics Federation

Fédération canadienne d'athlétisme

Applicant

Demanderesse

and

et

Vanessa Bishop

Vanessa Bishop

Respondent

Défenderesse

REASONS FOR JUDGMENT**MOTIFS DU JUGEMENT****Niyonsaba J. –****L'honorable Juge Niyonsaba –**

1. The applicant, the Canadian Athletics Federation (the **Applicant**), seeks judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (the **Tribunal**). In the decision, the Tribunal found that the Applicant had discriminated against Vanessa Bishop (the **Respondent**) in its selection criteria for the team that will represent Canada at the 2020 Olympics in Tokyo, contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*, RSC 1985, c H-6 (the **Act**).

1. La demanderesse, la Fédération canadienne d'athlétisme (la **demanderesse**), demande le contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le **Tribunal**). Dans sa décision, le Tribunal a déterminé que la demanderesse a fait preuve de discrimination à l'endroit de Vanessa Bishop (la **défenderesse**) dans ses critères de sélection de l'équipe qui représentera le Canada aux Jeux olympiques de 2020 à Tokyo, contrairement à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, ch H-6 (la **Loi**).

2. For the reasons that follow, the application will be granted.

2. Pour les motifs qui suivent, la demande sera accordée.

BACKGROUND**CONTEXTE**

3. The hearing of this matter was conducted based on an Agreed Statement of Facts. Briefly, those facts are as follows.

3. L'audience de cette affaire a été menée sur la base d'un exposé conjoint des faits. Brièvement, ces faits sont les suivants.

4. The Respondent is a Canadian athlete who competes primarily in the women's 800-metre, a track event that falls under the broader Olympic category of Athletics. She was born with a rare medical condition that can be categorized as a

4. La défenderesse est une athlète canadienne qui concourt principalement dans la course de 800 m des femmes, un événement de piste qui se trouve dans la catégorie olympique plus large de l'athlétisme. Elle est née avec une condition

Difference in Sexual Development (**DSD**). There are many types of DSD, but for the purpose of this application it is sufficient to say that the Respondent is androgen-sensitive, meaning that her body is not immune to the effects of testosterone, and that her DSD results in her having an elevated level of this hormone. It is not in dispute that the Respondent's testosterone levels are naturally-occurring, and there is no suggestion that they result from illicit substances. There is also no dispute that the Respondent's testosterone levels are significantly higher than those found in non-DSD women. The parties agreed, for the purpose of this matter, that testosterone impacts athletic performance, that regulation of a female athlete's testosterone levels is a valid objective, and that testosterone is a reasonable marker to use for the purpose of distinguishing between male and female athletes.

5. The parties further agree that this complaint is brought on the ground of sex alone. The Respondent does not identify as transgender, and there is no suggestion from either party that this complaint relates to her appearance or how she expresses her gender. Rather, the complaint is based on the delineation of categories in athletic competition based on sex, and the particular biology of DSD athletes, including the Respondent.

6. In April of 2018, the International Association of Athletics Federations (the **IAAF**) introduced new eligibility standards (the **IAAF Regulations**) which govern DSD athletes seeking to compete in certain women's athletic events, including the 800-metre race. The parties do not challenge the enactment of the IAAF Regulations. The IAAF Regulations require DSD athletes to undergo testosterone testing and, if the athletes are seeking to compete at the international level in a restricted event, to take medication to reduce their natural testosterone levels for six months prior to competition.

médicale rare qui peut être classifiée comme une Différence de développement sexuel (**DDS**). Il y a plusieurs types de DDS, mais aux fins de cette demande il suffit de noter que la défenderesse est sensible aux androgènes, ce qui signifie que son corps n'est pas immunisé contre les effets de testostérone, et que sa DDS a pour conséquence que son taux de cette hormone est élevé. Il n'est pas contesté que les taux de testostérone de la défenderesse sont d'origine naturelle, et il n'y a aucune suggestion qu'ils résultent des substances illicites. Il n'est pas non plus contesté que les taux de testostérone de la défenderesse soient beaucoup plus élevés que ceux des femmes sans DDS. Dans le cadre de ce dossier, les parties s'entendent que la testostérone influence la performance athlétique, que la réglementation des taux de testostérone d'une athlète féminine est un objectif légitime, et que la testostérone est un marqueur qu'il est raisonnable d'utiliser afin de distinguer les athlètes hommes et femmes.

5. Les parties conviennent en outre que la plainte est basée uniquement sur le motif du sexe. La défenderesse ne s'identifie pas comme transgenre, et il n'y a aucune suggestion des deux parties que cette plainte se rapporte à son apparence ou la manière dont elle exprime son genre. Plutôt, la plainte est basée sur la délimitation des catégories d'athlétisme basée sur le sexe, et la biologie particulière des athlètes DDS, y compris la défenderesse.

6. En avril 2018, l'Association internationale des fédérations d'athlétisme (**l'IAAF**) a introduit de nouvelles règles d'éligibilité (le **règlement de l'IAAF**) qui s'applique aux athlètes DDS voulant participer dans certains événements athlétiques des femmes, y compris la course de 800 m. Les parties ne contestent pas la promulgation du règlement de l'IAAF. Le règlement de l'IAAF exige que les athlètes DDS se soumettent à une analyse de testostérone et, si elles veulent participer au niveau international dans une des épreuves visées, prennent des médicaments pour réduire le taux naturel de testostérone pendant les six mois avant la compétition.

7. Following the introduction of the IAAF Regulations in April 2018, the Respondent became concerned that they might be used by the Applicant in its selection of the 2020 Olympic team. She contacted the Applicant to enquire whether it would be adopting the standards, and was advised that it was “considering how to proceed.” The Applicant has since announced that it has adopted the IAAF Regulations for selection to represent Canada in international competitions, including the Olympics, in 2019 and 2020.

THE DECISION UNDER REVIEW

8. The Tribunal heard the matter on an expedited basis, given its relevance to potential selection for the 2020 Olympics, which begin on July 24, 2020. Based on the parties’ Agreed Statement of Facts, the Tribunal found a *prima facie* case of discrimination based on sex. Before the Tribunal, the Applicant conceded that the IAAF Regulations impose a burden (*i.e.*, medication to reduce testosterone) on the Respondent and other DSD athletes based on their sex. This issue is not in dispute before this Court. By adopting the IAAF Regulations, the Applicant has imposed a *prima facie* discriminatory requirement on athletes such as the Respondent.

9. The more difficult question put to the Tribunal was whether the Applicant had established a *bona fide* justification. A rule or standard that is *prima facie* discriminatory may still be justified if it is rationally connected to the organization’s purpose or function, it was adopted in good faith, and it is reasonably necessary, meaning that it accommodates different personal characteristics up to the point of undue hardship (*British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 SCR 868 (*Grismer*) at para 20).

7. Suite à l’introduction du règlement de l’IAAF en avril 2018, la défenderesse s’est inquiétée qu’il pourrait être utilisé par la demanderesse dans sa sélection de l’équipe olympique de 2020. Elle a contacté la demanderesse pour demander si elle adopterait le règlement, et elle a été avisée que la demanderesse « réfléchissait à la façon de procéder. » La demanderesse a depuis annoncé qu’elle a adopté le règlement de l’IAAF pour la sélection de ceux qui représenteraient le Canada aux compétitions internationales, y compris les Jeux olympiques, en 2019 et 2020.

LA DÉCISION FAISANT L’OBJET DE LA DEMANDE

8. Le Tribunal a tenu une audience sur une base accélérée, étant donné son importance relativement à la sélection potentielle pour les Jeux olympiques de 2020 commençant le 24 juillet 2020. Sur la base de l’exposé conjoint des faits des parties, le Tribunal a conclu à un cas *prima facie* de discrimination fondée sur le sexe. Devant le Tribunal, la demanderesse a concédé que le règlement de l’IAAF impose un fardeau (c’est-à-dire, les médicaments qui réduisent la testostérone) à la défenderesse et les autres athlètes DDS en raison de leur sexe. Ceci n’est pas contesté devant cette cour. En adoptant le règlement de l’IAAF, la demanderesse a imposé une exigence *prima facie* discriminatoire aux athlètes comme la défenderesse.

9. La question plus difficile posée au Tribunal était celle de savoir si la demanderesse a établi un motif justifiable. Une règle ou une norme qui est discriminatoire à première vue peut quand même être justifiée si elle est liée rationnellement au but ou aux fonctions de l’organisme, si elle a été adoptée de bonne foi, et si elle est raisonnablement nécessaire, ce qui veut dire qu’elle compose avec différentes caractéristiques personnelles jusqu’au point de la contrainte excessive (*Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868 (*Grismer*) au para 20).

10. The Respondent did not contest the Applicant's purpose in adopting the IAAF Regulations, nor did she question its good faith. Indeed, it is clear that the adoption of eligibility standards for selection to a women's national team is related to the Applicant's role in managing and overseeing the sport of Athletics in Canada. Similarly, given that these standards were issued by the IAAF and will govern eligibility at the 2020 Olympics, the Applicant's good faith in adopting them at a national level cannot seriously be questioned.

11. However, the Tribunal noted that in order for the standards to be justified, they must accommodate the Respondent's personal characteristics to the point of undue hardship. In the context of a complaint brought under the Act, section 15(2) of that Act further requires that any undue hardship raised in defence of the standards be based on health, safety or cost.

12. The Tribunal began by noting that the Agreed Statement of Facts acknowledged that testosterone has a positive impact on athletic performance, that testosterone levels in typical male and female athletes differ significantly, and that based on the medical evidence currently available, testosterone appears to be the best bio-marker to differentiate male and female athletes. None of these facts are contested before me. However, the Tribunal then noted that the creation of the IAAF Regulations was essentially a line-drawing exercise, and the question was whether the line that has been drawn – that is, the specific limit chosen for a female athlete's naturally-occurring testosterone levels – incorporates the principle of accommodation to the point of undue hardship.

13. This issue, the Tribunal found, was strikingly similar to the standard considered by the Supreme Court of Canada in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v*

10. La défenderesse n'a pas contesté l'objectif de la demanderesse en adoptant le règlement de l'IAAF, ni sa bonne foi. En effet, il est évident que l'adoption des critères d'éligibilité pour la sélection de l'équipe nationale des femmes est liée au rôle de la demanderesse en ce qui concerne la gestion et la supervision de l'athlétisme au Canada. De même, étant donné que ce règlement a été émis par l'IAAF et s'appliquera aux Jeux olympiques de 2020, la bonne foi de la demanderesse en l'adoptant ne peut être sérieusement mise en doute.

11. Cependant, le Tribunal a noté que, afin de justifier le règlement, il doit accommoder les caractéristiques personnelles de la défenderesse jusqu'au point de la contrainte excessive. Dans le contexte d'une plainte portée suivant la Loi, le paragraphe 15(2) de la Loi nécessite de plus que toute contrainte excessive soulevée pour défendre le règlement soit basée sur la santé, la sécurité ou les coûts.

12. Le Tribunal a débuté en notant que l'exposé conjoint des faits reconnaissait l'impact positif de la testostérone sur la performance athlétique, que les taux de testostérone dans les athlètes masculins et féminins typiques diffèrent significativement, et que, selon la preuve médicale présentement disponible, la testostérone semble le meilleur biomarqueur pour différencier les athlètes masculins et féminins. Aucun de ces faits n'est contesté devant moi. Cependant, le Tribunal a ensuite noté que la création du règlement de l'IAAF était essentiellement un exercice de démarcation de la limite, et la question était de savoir si la ligne qui a été tracée – c'est-à-dire, la limite spécifique choisie pour le taux naturel de testostérone d'une athlète féminine – incorpore le principe d'accommodement au point de la contrainte excessive.

13. Le Tribunal a conclu que cette question était étonnamment similaire aux normes considérées par la Cour Suprême du Canada dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations*

BCGSEU, [1999] 3 SCR 3 (**Meiorin**), which considered an allegedly discriminatory aerobic fitness standard for forest firefighters. The Supreme Court rejected that standard as discriminatory for two essential reasons: the complainant in that case, Tawney Meiorin, had been working successfully as a forest firefighter for several years prior to the standard being introduced, and there were no problems with her performance despite her inability to meet the standard; and there was a complete lack of credible evidence to show that the particular standard imposed in that case was necessary for performance of the job.

14. The context of this complaint is, of course, different. There is no question that the Respondent is able to perform well in the role she seeks, which is running for Canada in the women's 800-metre race. If anything, the issue is whether she performs too well in this event, to the point that her winning the race is a foregone conclusion.

15. In considering the Applicant's defence, the Tribunal considered also the international challenge to the IAAF Regulations brought by Athletics South Africa and South African athlete Caster Semenya. On April 30, 2019, in a split decision, the Court of Arbitration for Sport (**CAS**) upheld the IAAF Regulations. The full CAS decision being quite lengthy, numbering over 600 paragraphs, the Tribunal relied on the Executive Summary prepared and released by CAS on the next day. I do the same, and that Executive Summary is appended to these reasons.

16. That CAS decision also involved allegations that the IAAF Regulations are *prima facie* discriminatory based on sex. Before the CAS, the IAAF argued that the distinction between the male and female categories in sport serves an ameliorative purpose and promotes substantive equality. If not for the separate female classification, the IAAF argued, women would not

Commission) c. *BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 (**Meiorin**), qui a considéré une norme d'aptitude aérobique pour les pompiers de forêt dont on alléguait qu'elle était discriminatoire. La Cour Suprême a rejeté cette norme au motif de discrimination pour deux raisons : la plaignante dans ce cas, Tawney Meiorin, travaillait avec succès depuis plusieurs années comme pompière de forêt avant que la norme soit introduite, et il n'y avait aucun problème avec sa performance malgré son incapacité à se conformer à la norme. De plus, il y avait un manque complet de preuve crédible démontrant que la norme particulière imposée dans ce dossier était nécessaire pour l'exécution du travail.

14. Le contexte de cette plainte est évidemment différent. Il n'y a aucune question que la défenderesse est capable de bien performer dans le rôle qu'elle cherche à combler, qui est de courir pour le Canada dans la course de 800m des femmes. Si une question se pose, c'est celle de savoir si elle performe trop bien dans cette compétition, au point que sa victoire dans la course est une conclusion connue d'avance.

15. En considérant la défense de la demanderesse, le Tribunal a aussi considéré la contestation internationale du règlement de l'IAAF portée par Athletics South Africa et l'athlète sud-africaine Caster Semenya. Le 30 avril 2019, dans une décision partagée, le Tribunal Arbitral du Sport (**TAS**) a confirmé le règlement de l'IAAF. La décision entière du TAS étant assez longue, numérotée de plus de 600 paragraphes, le Tribunal s'appuyait sur le Sommaire exécutif préparé et émis par le TAS le même jour. Je fais de même, et ce Sommaire exécutif est annexé à ces motifs.

16. Cette décision du TAS portait aussi sur des allégations que le règlement de l'IAAF est *prima facie* discriminatoire en raison du sexe. Devant le TAS, l'IAAF soumettait que la distinction entre les catégories masculines et féminines dans le sport sert un but d'amélioration et favorise l'égalité substantive. Si ce n'était pas de la classification séparée féminine, selon l'IAAF, les femmes ne

win medals in these events and would lose out on the accompanying opportunities for sponsorship and publicity. This need to differentiate the male and female divisions is not contested by the Respondent and is well supported by the record before me.

17. The CAS decision applied a somewhat different test from that used in Canadian jurisprudence. Once the CAS panel found the IAAF Regulations to be discriminatory, it considered whether they were a necessary, reasonable and proportionate means of achieving a legitimate objective. The existence of a legitimate objective – that is, the need to distinguish male and female categories in sport competition – is not in dispute. The entire panel noted that an athlete’s legal status was not always a fair and effective means of determining whether an athlete should compete in the male or female division, stating that:

[T]he fact that a person is recognised in law as a woman and identifies as a woman does not necessarily mean that they lack those insuperable performance advantages associated with certain biological traits that predominate in individuals who are generally (but not always) recognised in law as males and self-identify as males. It is human biology, not legal status or gender identity, that ultimately determines which individuals possess the physical traits which give rise to that insuperable advantage and which do not.

18. The CAS panel split on whether the particular standards chosen by the IAAF were necessary, with the majority finding that they were. The Executive Summary does not summarize the dissenting member’s findings. The majority concluded that androgen-sensitive DSD athletes have a significant performance advantage over other female athletes, which could be attributed to their naturally elevated testosterone levels.

gagneraient pas de médailles et perdraient les occasions de parrainage et de publicité qui y sont associées. Ce besoin de différencier les catégories masculines et féminines n’est pas contesté par la défenderesse et est bien soutenu par le dossier devant moi.

17. La décision du TAS utilisait un test un peu différent que celui utilisé dans la jurisprudence canadienne. Une fois que le TAS a trouvé que le règlement de l’IAAF était discriminatoire, il se demandait s’il était un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d’atteindre un but légitime. L’existence d’un but légitime – c’est-à-dire le besoin de différencier les catégories masculines et féminines dans la compétition sportive – n’est pas contestée. Le Comité entier a noté que le statut légal d’un ou d’une athlète n’est pas toujours un moyen juste et efficace de déterminer si l’athlète devrait participer à la catégorie masculine ou féminine, disant que :

« [TRADUCTION] [L]e fait qu’une personne soit reconnue de façon légale comme une femme et qu’elle s’identifie comme telle ne signifie pas nécessairement qu’elle n’a pas ces avantages de performance insurmontables liés avec certains traits biologiques qui prédominent chez les individus qui sont généralement (mais pas toujours) reconnus en droit comme des hommes et qui s’identifient comme des hommes. C’est la biologie humaine, non pas le statut légal ou l’identité de genre, qui détermine ultimement quels individus possèdent les traits physiques qui donnent lieu à ces avantages insurmontables et qui n’en possèdent pas. »

18. Le Comité du TAS s’est divisé sur la question de savoir si le règlement spécifique choisi par l’IAAF était nécessaire, avec la majorité concluant qu’il y était. Le Sommaire exécutif ne résume pas les conclusions du membre dissident. La majorité a conclu que les athlètes DDS sensibles aux androgènes ont un avantage de performance significatif par rapport aux autres athlètes féminines, ce qui peut être attribué à leur taux

The majority therefore concluded that the IAAF Regulations were necessary to maintain fair competition in female athletics. The majority also held that the IAAF Regulations were, based on the evidence presented at the hearing, reasonable and proportionate. In this regard, the CAS majority noted that the standards do not require surgical intervention and could be complied with by taking oral contraceptives. The majority cautioned, however, that serious concerns remained about the potential side effects of this medication, and left open the possibility that further evidence could lead to a different conclusion on proportionality in the future.

19. The Tribunal distinguished the CAS decision, finding that the test applied by CAS – whether the standard was a necessary, reasonable and proportionate means of achieving a legitimate objective – differed from the test used in Canadian jurisprudence. The equivalent defence in Canadian law, that of *bona fide* justification, requires the party responding to a complaint to prove the following:

(1) it adopted the standard for a purpose or goal that is rationally connected to the function being performed;

(2) it adopted the standard in good faith, in the belief that it is necessary for the fulfillment of the purpose or goal; and

(3) the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose or goal, in the sense that the defendant cannot accommodate persons with the characteristics of the claimant without incurring undue hardship.

(*Grismer* at para 20).

20. In the decision under review, the Tribunal concluded that the CAS decision had not

naturel de testostérone élevé. La majorité a donc déterminé que le règlement de l'IAAF était nécessaire pour maintenir une compétitivité équitable dans l'athlétisme féminine. La majorité a aussi conclu que le règlement de l'IAAF était, selon la preuve soumise à l'audience, raisonnable et proportionné. À cet égard, la majorité du TAS notait que le règlement n'exige aucune intervention chirurgicale et qu'on peut s'y conformer en prenant des contraceptifs oraux. Cependant, la majorité a averti qu'elle avait de préoccupations sérieuses concernant les effets secondaires potentiels de ces médicaments, et a laissé ouverte la possibilité qu'une preuve supplémentaire puisse amener dans le futur à une différente conclusion concernant la proportionnalité.

19. Le Tribunal a distingué la décision du TAS en trouvant que le critère utilisé par le TAS – se demandant si le règlement était un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'obtenir un but légitime – différait de celui utilisé dans la jurisprudence canadienne. La défense équivalente en droit canadien, celle d'un motif justifiable, demande que la partie défenderesse à une plainte démontre ce qui suit :

« (1) qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées;

(2) qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive. »

(*Grismer* au para 20)

20. Dans la décision faisant l'objet de la demande de contrôle judiciaire, le Tribunal a conclu que la

considered whether the IAAF Regulations accommodate to the point of undue hardship the characteristics of DSD athletes such as the Respondent. It therefore found that it was not required to follow the CAS ruling.

21. The Tribunal found that the evidence before it did not establish undue hardship in accommodating the Respondent's needs and characteristics. Its reasons on this point were brief, noting simply that there was no evidence before it to indicate that the Applicant had considered less intrusive means of achieving its objective. The Tribunal further questioned whether the goal of protecting fair competition in women's sport could trigger hardship based on health, safety or cost, as required by section 15(2) of the Act. The Tribunal therefore found that the defence of *bona fide* justification was not established and that the complaint was substantiated.

ISSUES

22. There is only one issue before me: was the Tribunal's decision reasonable? For the reasons that follow, I find that it was not.

ANALYSIS

23. I find that the Tribunal committed two reviewable errors, although the first is determinative of this matter.

24. First, the Tribunal erred in neglecting to consider whether the Applicant's function – that is, setting selection criteria for representing Canada in international competition – is a service. Second, in the event that I am wrong about whether the Applicant provides a service, I find that the Tribunal unreasonably distinguished the CAS decision.

décision du TAS n'a pas considéré si le règlement de l'IAAF peut accommoder au point de la contrainte excessive les caractéristiques des athlètes DDS comme la défenderesse. Il a donc conclu qu'il n'était pas obligé de suivre la décision du TAS.

21. Le Tribunal a déterminé que la preuve dont il était saisi n'établissait pas de contrainte excessive en accommodant les besoins et caractéristiques de la défenderesse. Ses motifs concernant cette question étaient brefs, notant simplement qu'aucun élément de preuve ne démontrait que la demanderesse avait considéré un moyen moins intrusif de réaliser son objectif. Le Tribunal s'est également demandé si le but de protéger une compétitivité équitable dans le sport féminin pourrait engager la notion de contrainte excessive en raison de santé, sécurité ou coût, comme l'exige le paragraphe 15(2) de la Loi. Le Tribunal a donc conclu que la défense de motif justifiable n'était pas établie et que la plainte était fondée.

QUESTIONS EN LITIGE

22. Il y a seulement une question devant moi : la décision du Tribunal était-elle raisonnable? Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'elle ne l'était pas.

ANALYSE

23. Je conclus que le Tribunal a commis deux erreurs révisables, bien que la première soit déterminante de ce cas.

24. En premier lieu, le Tribunal s'est trompé en négligeant de considérer si la fonction de la demanderesse – c'est-à-dire établir des critères de sélection pour représenter le Canada dans les compétitions internationales – est un service. En second lieu, dans le cas où je me suis trompé concernant la question de savoir si la demanderesse fournit un service, je conclus que le Tribunal a distingué de façon déraisonnable la décision du TAS.

Does the Applicant provide a Service?

25. It is trite law that the Tribunal is a statutory creature and its authority is limited by its enabling legislation. The Tribunal can only hear and decide complaints about certain codified discriminatory practices, which must generally have occurred within Canada, and the discrimination alleged must be based on one or more of the Act's prohibited grounds. In this case, the only discriminatory practice alleged was under section 5 of the Act, which states:

It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

26. Numerous decisions offer guidance about the scope of this practice. I note, by way of example, the following:

- A service is something of benefit that is held out and offered. (*Gould v Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 SCR 571);
- A service need not be offered to the public at large in order to trigger the discriminatory practices. Services may be offered only to a defined subset of the general public. (*University of British Columbia v Berg*, [1993] 2 SCR 353); and
- The service in question is to be defined generally, not narrowed by reference to a complainant's need for accommodation in order to access that service. (*Moore v British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61).

La Demanderesse fournit-elle un service?

25. Il est de droit constant que le Tribunal est un organisme statutaire et que sa compétence est limitée par sa loi habilitante. Le Tribunal peut seulement entendre et se prononcer sur les plaintes qui soulèvent certains actes discriminatoires codifiés, qui doivent généralement s'être produits au Canada, et la discrimination alléguée doit être en raison d'un ou plusieurs des motifs illicites prévus par la Loi. En l'espèce, le seul acte discriminatoire allégué l'a été suivant l'article 5 de la Loi, qui prévoit:

« Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public :

a) d'en priver un individu;

b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture. »

26. De nombreuses décisions offrent des pistes concernant la portée de cette pratique. Je note, par exemple, les suivants:

- Un service est quelque chose qui comporte un avantage et qui est fourni et offert. (*Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 RCS 571);
- Un service n'a pas à être offert au public en général pour déclencher les pratiques discriminatoires. Des services peuvent être offerts seulement à un sous-ensemble défini du public général. (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 RCS 353); et
- Le service en question doit être défini de façon large, non pas étroitement par référence au besoin

d'accommodement d'un plaignant afin d'accéder à ce service. (*Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61).

27. Most recently, the Supreme Court of Canada considered in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, whether the enactment of statutory eligibility criteria in the *Indian Act* was a service. In finding that the legislated eligibility criteria did not constitute a service, the Tribunal below noted that the criteria were clear and non-discretionary, and that the respondent in that matter had not been involved in drafting the criteria. In those circumstances, the Tribunal found (a finding that the Supreme Court ultimately upheld) that the complaint directly attacked the legislation and could not therefore establish discrimination in the provision of a service.

28. This complaint is clearly not an attack on legislation. However, much like legislation, the IAAF Regulations are clear and non-discretionary, and the Applicant had no involvement in drafting them. Further, although the IAAF Regulations may not apply within Canada, they will clearly bind the international competitions where Canada sends athletes to compete. In these circumstances, I find that the Applicant's decision to adopt the IAAF Regulations in its selection criteria cannot be considered a service. And if the impugned activity is not a service, it necessarily follows that the Tribunal erred in finding a *prima facie* case of discrimination.

29. This error would suffice for the disposition of this Application. However, in the event that I am mistaken about whether the Applicant provides a service, I also find that the Tribunal erred in distinguishing the CAS decision.

27. Plus récemment, la Cour suprême du Canada dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, a considéré si la promulgation de critères d'éligibilité statutaires dans la *Loi sur les Indiens* était un service. En décidant que les critères d'éligibilité légiférés ne constituaient pas un service, le Tribunal d'instance inférieure dans cette affaire avait noté que les critères étaient clairs et non discrétionnaires, et que l'intimé dans cette affaire n'avait pas participé à la rédaction des critères. Dans ces circonstances, le Tribunal a conclu (une conclusion que la Cour Suprême a finalement confirmé) que la plainte attaquait directement la législation et ne pourrait donc pas établir de la discrimination dans la prestation d'un service.

28. La plainte dont je suis saisie n'est évidemment pas une attaque contre la législation. Cependant, comme la législation, le règlement de l'IAAF est clair et non discrétionnaire, et la demanderesse n'a pas participé à sa rédaction. En outre, bien que le règlement de l'IAAF puisse ne pas s'appliquer au territoire canadien, il liera clairement les compétitions internationales où le Canada envoie des athlètes. Dans ces circonstances, je conclus que la décision de la demanderesse d'adopter le règlement de l'IAAF dans ses critères de sélection ne peut pas être considéré un service. Si l'activité en question n'est pas un service, il s'ensuit nécessairement que le Tribunal a erré en trouvant un cas *prima facie* de discrimination.

29. Cette erreur suffirait à la disposition de cette demande. Cependant, dans le cas où je me trompe concernant la question de savoir si la demanderesse fournit un service, je conclus aussi que le Tribunal a erré en distinguant la décision du TAS.

Is the CAS Decision Properly Distinguished?

30. It is true that the CAS decision used different words from those generally used by the Tribunal. However, I find the substance of the CAS analysis to be strikingly similar to the test used in Canadian jurisprudence. The Tribunal found that the CAS decision failed to consider accommodation to the point of undue hardship, but this finding ignores the very wording used by the Supreme Court in the seminal cases of *Meiorin* and *Grismer*, both of which require at the final stage that a standard be “reasonably necessary”. Although there was no detailed list of the accommodations considered and rejected, the CAS decision found that the standard was necessary, reasonable and proportional. I have difficulty understanding how a *prima facie* discriminatory standard found to be necessary and reasonable would not also be “reasonably necessary” so as to constitute a *bona fide* justification.

31. I therefore find that the Tribunal committed a reviewable error in distinguishing the CAS decision. Given the relationship between the Applicant’s selection criteria and the IAAF Regulations, upheld in the CAS decision, the Tribunal was bound to follow the CAS decision. Its failure to do so amounts to a reviewable error.

CONCLUSION

32. The Tribunal committed two reviewable errors, either of which would be sufficient grounds to quash the decision. The decision is therefore set aside. The matter is remitted to the Tribunal for reconsideration.

33. I make no order as to costs.

La décision du TAS est-elle proprement distinguée?

30. Il est vrai que la décision du TAS utilisait des mots différents de ceux généralement utilisés par le Tribunal. Cependant, je trouve que l’essence de l’analyse du TAS est étonnamment similaire au test employé par la jurisprudence canadienne. Le Tribunal a déterminé que la décision du TAS a omis de considérer l’accommodement au point de la contrainte excessive, mais cette conclusion ignore la formulation même choisie par la Cour suprême dans les cas séminaux de *Meiorin* et *Grismer*, tous les deux requérant à la dernière étape qu’une norme soit « raisonnablement nécessaire ». Bien qu’il n’y eût aucune liste détaillée des mesures d’accommodement considérées et rejetées, la décision du TAS a trouvé que le règlement était nécessaire, raisonnable et proportionné. J’ai du mal à comprendre comment une norme discriminatoire de façon *prima facie* jugée nécessaire et raisonnable ne serait pas également « raisonnablement nécessaire » pour constituer un motif justifié.

31. Je conclus donc que le Tribunal a commis une erreur révisable en distinguant la décision du TAS. Compte tenu de la relation entre le critère de sélection de la demanderesse et le règlement de l’IAAF, confirmé par la décision du TAS, le Tribunal était tenu de suivre la décision du TAS. Son refus de le faire constitue une erreur révisable.

CONCLUSION

32. Le Tribunal a commis deux erreurs révisables, et l’une ou l’autre serait un motif suffisant pour infirmer la décision. La décision est donc annulée. Le cas est retourné au Tribunal pour une reconsidération.

33. Il n’y aura aucune adjudication de dépens.

FEDERAL COURT OF APPEAL**COUR FÉDÉRALE D'APPEL**

BETWEEN:

ENTRE:

Vanessa Bishop

Vanessa Bishop

Appellant

Appelante

and

et

Canadian Athletic Federation

Fédération canadienne d'athlétisme

Respondent

Intimée

REASONS FOR JUDGMENT**MOTIFS DU JUGEMENT**

Justices Wambui, Kratochvilova and Chand

Les honorables juges Wambui, Kratochvilova et
Chand**Wambui J.A. –****L'honorable juge Wambui –**

1. The Appellant, Vanessa Bishop, appeals from the judgment of the Federal Court. The Federal Court found that the Canadian Human Rights Tribunal (the **Tribunal**) had erred in finding her complaint of sex discrimination to be substantiated. The Court identified two reviewable errors: the failure to consider whether the respondent provides a service, and the failure to follow a similar decision rendered by the Court of Arbitration for Sport (the **CAS**) in an appeal brought by Athletics South Africa and South African athlete Caster Semenya (the **CAS Decision**).

1. L'appelante, Vanessa Bishop, en appelle d'une décision de la Cour fédérale. La Cour fédérale a conclu que le Tribunal canadien des droits de la personne (le **Tribunal**) avait erré en concluant que sa plainte de discrimination en raison du sexe était fondée. La Cour a identifié deux erreurs révisables : l'omission de considérer si la défenderesse fournit un service, et le fait de ne pas avoir suivi une décision similaire émise par le Tribunal Arbitral du Sport (le **TAS**) dans un appel logé par Athletics South Africa et l'athlète sud-africaine, Caster Semenya (la **décision du TAS**).

2. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

2. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

BACKGROUND**CONTEXTE**

3. Both this matter and the CAS Decision concern allegations of sex discrimination in the treatment of athletes who were assigned the sex of female at birth, but who have different biology. A

3. Cette affaire et la décision du TAS soulèvent des allégations de discrimination en raison du sexe dans le traitement des athlètes à qui le sexe féminin a été attribué à la naissance mais qui ont

common feature of both Ms. Semenya and the appellant is a naturally elevated level of testosterone, without being biologically immune to the effects of this hormone. The parties, in their Agreed Statement of Facts, as well as the Tribunal and the Federal Court, used the term Difference in Sexual Development (**DSD**) to refer to the appellant's biological features. I note, as the Federal Court did as well, that this complaint is not about gender expression or gender identity.

4. The CAS Decision was a challenge to new eligibility standards (the **IAAF Regulations**) put in place by the International Association of Athletics Federations (**IAAF**), which determine whether a DSD athlete is eligible to compete in the female category of certain events. For the purpose of this appeal, it suffices to say that the IAAF Regulations require DSD athletes seeking to compete internationally in the female category to take medication that lowers their natural testosterone levels. In a challenge to those standards, the CAS found that the standards discriminated against DSD athletes, but that they were reasonable and necessary to protect fair competition in female sport. As did the Tribunal and the Federal Court, I rely only on the Executive Summary of the CAS Decision, and not on the full 163-page text.

5. The Respondent is the governing body for Athletics in Canada. One of its functions is to determine the eligibility and selection criteria that will apply to Canadian athletes wishing to represent Canada in international competition. It has announced that it will apply the IAAF Regulations when selecting athletes to represent Canada in international competitions in 2019 and 2020. This decision – that is, the adoption of the IAAF Regulations – is the subject of the complaint.

6. The Appellant, Vanessa Bishop, is a Canadian DSD athlete. She wishes to represent Canada in

une biologie différente. Une caractéristique commune de Mme Semenya et de l'appelante est leur taux de testostérone naturellement élevé, sans être biologiquement immunisé aux effets de cette hormone. Les parties, dans leur exposé conjoint des faits, ainsi que le Tribunal et la Cour fédérale, ont utilisé le terme Différence de développement sexuel (**DDS**) pour désigner les caractéristiques biologiques de l'appelante. Je note, comme la Cour fédérale l'a aussi fait, que cette plainte n'est pas basée sur l'identité ou l'expression de genre.

4. La décision du TAS était une attaque contre un nouveau règlement d'éligibilité (le **règlement de l'IAAF**) mise en place par la Fédération internationale d'athlétisme (**l'IAAF**), qui déterminent si une athlète DDS est éligible à concourir dans la catégorie féminine dans certains événements. Aux fins de cet appel, il suffit de dire que le règlement de l'IAAF exige que les athlètes DDS voulant concourir internationalement dans la catégorie féminine prennent des médicaments qui abaissent leur taux naturel de testostérone. Dans le contexte d'une attaque contre ce règlement, le TAS a conclu qu'il discriminait envers les athlètes DDS, mais qu'il était raisonnable et nécessaire pour protéger la compétition équitable dans le sport féminin. Comme l'ont fait le Tribunal et la Cour fédérale, je ne me repose que sur le Sommaire exécutif de la Décision du TAS, et non pas le texte entier de 163 pages.

5. L'intimée est le conseil d'administration pour l'athlétisme au Canada. Une de ses fonctions est de déterminer les critères d'éligibilité et de sélection qui s'appliqueront aux athlètes voulant représenter le Canada aux compétitions internationales. Elle a annoncé qu'elle s'appliquera le règlement de l'IAAF en sélectionnant les athlètes qui vont représenter le Canada aux jeux internationaux en 2019 et 2020. Cette décision – c'est-à-dire, l'adoption du règlement de l'IAAF – est le sujet de la plainte.

6. L'appelante, Vanessa Bishop, est une athlète DDS canadienne. Elle veut représenter le Canada

the 2020 Olympics, and she had hoped her performance in competitions throughout 2019 and in early 2020 would merit consideration for the team. With the Respondent's adoption of the IAAF standards, however, she was required to begin hormone therapy treatment for a period of at least six months prior to competition. She did not wish to take medication to artificially lower her testosterone levels, and so she is not eligible for selection to Team Canada.

ISSUES

7. In an appeal from judicial review of an administrative decision, we are faced with two questions: whether the Federal Court identified the proper standard of review, and whether it applied that standard appropriately (*Agraira v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36 at para 47).

8. I find that the Federal Court properly identified the reasonableness standard, but that it failed to apply that standard with appropriate deference.

THE RESPONDENT PROVIDES A SERVICE

9. The Federal Court found that the Tribunal had erred in failing to consider whether the Respondent provides a service within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, RSC 1985, c H-6 (the **Act**). As noted by the Federal Court, the Tribunal is a statutory body and its jurisdiction to hear and decide complaints is limited by its enabling legislation. In other words, in order for the Appellant to succeed, the Respondent must provide a "service" within the meaning of the Act.

10. After citing jurisprudence about the meaning of a "service" in the context of human rights complaints, the Federal Court found that the Appellant's complaint was not unlike an attack on legislation, as "the IAAF Regulations are clear and non-discretionary, and the [Respondent] had

aux Jeux olympiques de 2020, et avait espéré que sa performance dans les compétitions pendant 2019 et 2020 mériterait la considération pour l'équipe. Cependant, avec l'adoption par l'intimée du règlement de l'IAAF, elle est obligée de débiter un traitement hormonal pendant au moins six mois avant une compétition. Elle ne voulait pas prendre de médicaments pour abaisser d'une façon artificielle son taux de testostérone, et n'est donc pas éligible pour une sélection à l'Équipe Canada.

QUESTIONS EN LITIGE

7. Dans un appel d'une décision de contrôle judiciaire présentée à l'encontre d'une décision administrative, nous sommes confrontés à deux questions : la Cour Fédérale a-t-elle identifié la bonne norme de contrôle? Et a-t-elle bien appliqué cette norme ? (*Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36 au para 47).

8. Je conclus que la Cour fédérale a bien identifié la norme de la décision raisonnable, mais qu'elle n'a pas appliqué cette norme avec la déférence appropriée.

L'INTIMÉE FOURNIT UN SERVICE

9. La Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait omis de considérer si l'intimée fournit un service suivant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, ch H-6 (la **Loi**). Tel que la Cour fédérale l'a noté, le Tribunal est un organisme statutaire et sa compétence d'entendre et de décider des plaintes est limitée par sa loi habilitante. Autrement dit, pour que l'appelante réussisse, l'intimée doit fournir un « service » suivant la Loi.

10. Après avoir cité de la jurisprudence concernant la définition d'un « service » dans le contexte des plaintes en matière des droits de la personne, la Cour fédérale a conclu que la plainte de l'appelante n'était pas dissimilaire à une attaque contre la législation, parce que « le

no involvement in drafting them. Further, although the IAAF Regulations may not apply within Canada, they will clearly bind the international competitions where Canada sends athletes to compete” (Federal Court decision, at para 28).

11. I respectfully disagree with the Federal Court’s approach. As the Federal Court noted, these standards are not legislation. Further, although the standards may not have been drafted by the Respondent, the Agreed Statement of Facts shows that the Respondent approached the question of whether or not to adopt the IAAF Regulations as discretionary. I note as well that, while it may ultimately have been the Appellant’s goal to compete in the Olympics, her complaint is not about being refused entry to that event. Rather, her complaint alleges that the Respondent adopted discriminatory standards for eligibility, which she believes unfairly prevent her from being considered for selection.

12. I therefore find that this matter can be distinguished from a complaint against legislation, and could therefore fall within the Tribunal’s jurisdiction. While it is true that the Tribunal did not explicitly address this question in its decision, it appears as though the Respondent failed to raise this issue before the Tribunal. If the Respondent felt that the complaint was beyond the Tribunal’s jurisdiction, it was incumbent upon it to raise this issue in a timely manner.

13. In any event, I find that the Respondent provides a service. As noted in the decision under appeal, the Supreme Court of Canada has held that a “service” within the meaning of human rights legislation is something of benefit, held out and offered (*Gould v Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 SCR 571). Based on the record before me, it is clear that athletes such as the Appellant benefit from the Respondent’s role in fixing and disseminating selection criteria. These criteria,

règlement de l’IAAF est clair est non discrétionnaire, et la demanderesse n’a pas participé à sa rédaction. En outre, bien que le règlement de l’IAAF puisse ne pas s’appliquer au territoire canadien, il liera clairement les compétitions internationales où le Canada envoie des athlètes » (décision de la Cour Fédérale au paragraphe 28).

11. Avec respect, je suis en désaccord avec l’approche de la Cour fédérale. Tel que la Cour Fédérale l’a noté, ce règlement n’est pas de la législation. De plus, même si le règlement n’a pas été rédigé par l’intimée, l’exposé conjoint des faits démontre que l’intimée a abordé la question de savoir s’il fallait ou non adopter le règlement de l’IAAF comme une décision discrétionnaire. Je note aussi que, même si c’était ultimement le but de l’appelante de participer aux Jeux olympiques, sa plainte ne soulève pas un refus de participer à cet événement. Plutôt, sa plainte allègue que l’intimée a adopté des normes d’éligibilité discriminatoires, ce qu’elle croit l’empêche injustement d’être considérée pour la sélection.

12. Je conclus donc que cette plainte peut être distinguée d’une attaque contre la législation, et pourrait donc être de la compétence du Tribunal. Bien qu’il soit vrai que le Tribunal n’a pas explicitement abordé cette question dans sa décision, il semble que l’intimée avait omis de la soulever devant le Tribunal. Si l’intimée croyait que la plainte était hors de la compétence du Tribunal, il lui incombait de soulever cette question en temps opportun.

13. À tout événement, je conclus que l’intimée fournit un service. Tel que noté dans la décision sous appel, la Cour suprême du Canada a déterminé qu’un « service » au sens des lois concernant les droits de la personne est quelque chose qui comprend un avantage et qui est fourni et offert (*Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 RCS 571). Sur la base du dossier devant moi, il est évident que les athlètes comme l’appelante bénéficient du rôle de l’intimée en

which ensure fair opportunity for all Canadian athletes to be considered to represent Canada, are communicated by the Respondent and are therefore “held out”. The fact that Canada does generally send a team of athletes to international competition shows that the ultimate benefit is, in fact, offered.

14. I therefore find that the Federal Court erred in concluding that the Respondent does not provide a service.

15. However, the Federal Court identified two separate reviewable errors and stated that either was sufficient to quash the Tribunal’s decision. I must therefore consider the Federal Court’s finding that the Tribunal erred in distinguishing the CAS Decision.

THE CAS DECISION WAS NOT BINDING

16. The Tribunal considered the similarities between the matter before it and the CAS Decision. Despite the fact that both effectively challenge the IAAF Regulations, the Tribunal found that the CAS Decision did not consider whether the IAAF Regulations accommodate DSD athletes to the point of undue hardship. As this is the final step of the *bona fide* justification test, this omission led the Tribunal to distinguish the CAS Decision.

17. The Federal Court, however, found this to be a reviewable error. The Federal Court noted that, while the last prong of the *bona fide* justification test can be characterized as dealing with accommodation to the point of undue hardship, it can also be characterized as whether the standard is “reasonably necessary”. The Court found that the CAS Decision did address this latter question, and that the Tribunal therefore erred in distinguishing it.

fixant et diffusant des critères de sélection. Ces critères, qui protègent l’opportunité équitable d’être considéré pour représenter le Canada à tous les athlètes canadiens, sont communiqués par l’intimée et sont donc « *fournies* ». Le fait que le Canada envoie, de façon générale, une équipe d’athlètes aux jeux internationaux démontre que l’avantage final est, en réalité, offert.

14. Je conclus donc que la Cour fédérale a erré en concluant que l’intimée ne fournit pas un service.

15. Cependant, la Cour fédérale a identifié deux erreurs révisables distinctes, n’importe laquelle suffisante pour annuler la décision du Tribunal. Je dois donc considérer la conclusion de la Cour fédérale que le Tribunal avait erré en distinguer la décision du TAS.

LA DÉCISION DU TAS NE FAIT PAS AUTORITÉ

16. Le Tribunal a considéré les similarités entre l’affaire devant lui et la décision du TAS. Malgré que tous les deux attaquent effectivement le règlement de l’IAAF, le Tribunal a déterminé que la décision du TAS n’avait pas considéré si le règlement de l’IAAF accommode les athlètes DDS jusqu’à la contrainte excessive. Comme c’est la dernière étape du test de motif justifiable, cette omission a conduit le Tribunal à distinguer la décision du TAS.

17. Cependant, la Cour fédérale a conclu qu’il s’agit d’une erreur révisable. La Cour fédérale a noté que, bien que le dernier volet du critère pour un motif justifiable puisse être caractérisé comme traitant de l’accommodement jusqu’à la contrainte excessive, on peut aussi caractériser cette norme de « raisonnablement nécessaire ». La Cour a conclu que la décision du TAS répondait à cette dernière question, et que le Tribunal avait donc erré en la distinguant.

18. I find that both the Tribunal and the Federal Court erred in their treatment of the CAS Decision. The question is not whether the CAS Decision is distinguishable from these proceedings. Rather, the question is whether the CAS Decision is binding. The decision need only be distinguished if it has a binding effect on the Tribunal.

19. The answer to this question lies in the doctrine of *stare decisis*, more specifically the sub-category of vertical *stare decisis*. Vertical *stare decisis*, essentially, is the principle that a tribunal or court must follow the rulings of a court that can overturn its decisions on appeal. As the Supreme Court of Canada stated in *R v Comeau*, 2018 SCC 15, “Common law courts are bound by authoritative precedent. This principle — *stare decisis* — is fundamental for guaranteeing certainty in the law. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before it.” (at para 26).

20. However, no appeal lies to the CAS from a decision of the Tribunal, and I note that the CAS is not a Canadian body. Rather, the CAS is based in Lausanne, Switzerland. According to the information on its website, CAS is an arbitral body rather than an appellate court, its role is to resolve sports-related legal disputes, its awards are enforceable by virtue of international treaty, and appeals from its awards lie to the Swiss Federal Tribunal.¹

21. Given this context, I have difficulty determining how the Tribunal could ever be bound to follow the precedent set by CAS. Rather, it seems to me, the Tribunal had the discretion, as a specialized body with expertise in

18. Je conclus que le Tribunal et la Cour fédérale ont erré dans leur traitement de la décision du TAS. La question n’est pas de savoir si la décision du TAS peut être distinguée de cette affaire. Plutôt, la question est de savoir si la décision du TAS est contraignante. La décision n’a besoin d’être distinguée que si elle a un effet contraignant sur le Tribunal.

19. La réponse à cette question se trouve dans la doctrine de *stare decisis*, plus précisément la sous-catégorie du *stare decisis* vertical. Essentiellement, le *stare decisis* vertical est le principe selon lequel un tribunal ou une cour doit suivre les décisions d’une cour qui peut annuler ses décisions en appel. Comme la Cour suprême du Canada a déclaré dans *R c. Comeau*, 2018 CSC 15, « Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Ce principe — celui du *stare decisis* — est fondamental pour assurer la certitude du droit. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. » (au para 26).

20. Cependant, aucun appel n’est possible au TAS des décisions du Tribunal, et je note que le TAS n’est pas un organisme canadien. Plutôt, le TAS est basé à Lausanne, en Suisse. Selon les renseignements sur son site web, le TAS est un organisme arbitral plutôt qu’une cour d’appel, son rôle est de régler les litiges concernant le sport, ses sentences sont exécutoires en vertu d’une Convention internationale, et les appels de ses sentences se trouvent au Tribunal fédéral suisse.²

21. Dans ce contexte, j’ai de la difficulté à déterminer dans quelles circonstances le Tribunal serait lié par un précédent établi par le TAS. Plutôt, il me semble que le Tribunal, étant un organisme spécialisé avec de l’expertise dans les

¹ <https://www.tas-cas.org/en/general-information/frequently-asked-questions.html>

² <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/foire-aux-questions.html>

human rights matters, to determine what weight it would give the CAS Decision.

22. The Tribunal appropriately considered the similarities in the facts in both matters, as well as the different legal frameworks, and it decided to give little to no weight to the CAS Decision. As the CAS Decision was not binding on the Tribunal, I see no reason to disturb this conclusion.

CONCLUSION

23. The Federal Court erred, both in finding that the complaint does not involve a “service” and in suggesting that the Tribunal was bound to follow the CAS Decision. The appeal is therefore allowed. No order as to costs.

Kratochvilova J.A. –

24. I agree.

Chand J.A. – (dissenting)

25. I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice Wambui, and I agree with her conclusions as to whether the Tribunal’s decision was reasonable. However, in my view she has neglected to consider the constitutional values which must be balanced in this matter.

26. By weighing of constitutional values, I of course refer to the analysis described by the Supreme Court of Canada in *Doré v Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, in which the Court noted that “administrative decisions are *always* required to consider fundamental values. [...] Administrative bodies are empowered, and indeed required, to consider *Charter* values within their scope of expertise.” (at para 35, emphasis in original). Unlike a traditional constitutional analysis, this exercise involves the weighing of the impacted *Charter* values against the statutory objective. Fundamentally, it is a question of proportionality.

questions des droits de la personne, avait la discrétion de déterminer le poids à donner à la décision du TAS.

22. Le Tribunal a considéré de façon appropriée les similarités factuelles dans les deux litiges, ainsi que les différents cadres juridiques, et il a décidé de donner peu ou pas de poids à la décision du TAS. Comme la décision du TAS ne liait pas le Tribunal, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

CONCLUSION

23. La Cour fédérale s’est trompée, à la fois en concluant que la plainte n’implique pas un service et en suggérant que le Tribunal était contraint de suivre la décision du TAS. L’appel est donc accordé. Aucune adjudication de dépens.

L’honorable juge Kratochvilova –

24. Je souscris à ces motifs.

L’honorable juge Chand – (dissidente)

25. J’ai eu l’avantage de lire les motifs de ma collègue, la juge Wambui, et je suis d’accord avec ses conclusions concernant la raisonnable de la décision du Tribunal. Cependant, à mon avis, elle a négligé de considérer les valeurs constitutionnelles qui doivent être balancées dans cette affaire.

26. Lorsque je parle de pondérer les valeurs constitutionnelles, je me réfère bien sûr à l’analyse décrite par la Cour suprême du Canada dans *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, dans laquelle la Cour a noté que « les décisions administratives prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales. [...] Les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* dans leur domaine d’expertise. » (au para 35, en italique dans l’original). Contrairement à une analyse constitutionnelle traditionnelle, cet exercice implique la pondération des valeurs affectées de

27. Unlike the precedents of which this Court is aware – *Doré*, as well as *Loyola High School v Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, and the pair of related *Trinity Western* decisions rendered concurrently by the Supreme Court in 2018 – this matter is an adversarial dispute. Whereas those decisions could all be categorized as regulatory in nature, the Tribunal was faced with two adversarial parties, each arguing for its own cause. This undoubtedly complicates the balancing exercise described in *Doré*. However, I find that this different context does not affect the applicability of the *Doré* decision. Indeed, as the Supreme Court noted in *Law Society of British Columbia v Trinity Western University*, 2018 SCC 32, “*Doré* and *Loyola* are binding precedents of this Court.” (at para 59).

28. Here, I find that the Tribunal failed to weigh the *Charter* values at stake. Perhaps unsurprisingly, given the adversarial nature of the proceedings, this matter raises competing *Charter* values. On the one hand, the Appellant’s equality rights are clearly at play, as would likely be the case for any human rights complainant who finds herself or himself before the Tribunal. However, the Respondent’s explanation, which is that the IAAF Regulations are necessary to protect fair competition among female athletes, could be considered an ameliorative purpose or program under subsection 15(2) of the *Charter*.

29. Essentially, as I understand the Respondent’s *bona fide* justification argument, the rationale underlying the standards goes to the very reason for creating separate competitive categories for male and female athletes: male athletes generally have a biological advantage over female athletes, so female athletes forced to

la *Charte* à l’encontre de l’objectif législatif. Fondamentalement, ceci est une question de proportionnalité.

27. Contrairement aux précédents dont cette cour a connaissance – *Doré*, ainsi que *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, et les deux décisions reliées *Trinity Western* rendues simultanément en 2018 – cette affaire est un différend contradictoire. Bien que ces décisions puissent toutes être caractérisées comme de nature réglementaire, le Tribunal a été confronté avec deux parties adverses, chacune argumentant pour sa cause. Ceci complique sans doute l’exercice de pondération décrit dans *Doré*. Cependant, je trouve que ce contexte différent ne fait pas obstacle à l’applicabilité de la décision *Doré*. En effet, tel qu’a noté la Cour Suprême dans *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, « [l]es arrêts *Doré* et *Loyola* sont des précédents de la Cour qui nous lient. » (au para 59).

28. Ici, je conclus que le Tribunal a omis de pondérer les valeurs de la *Charte* qui sont en jeu. Peut-être sans surprise, étant donné la nature contradictoire de cette affaire, ce cas soulève des valeurs de la *Charte* concurrentes. D’un côté, le droit à l’égalité de l’appelante est clairement en cause, comme serait probablement le cas pour tout plaignant et toute plaignante en matière des droits de la personne qui se trouve devant le Tribunal. Cependant, l’explication de l’intimée, qui est que le règlement de l’IAAF est nécessaire pour protéger la compétition équitable entre les athlètes féminines, peut être considérée comme un programme ou une activité destinée à améliorer, suivant le paragraphe 15(2) de la *Charte*.

29. Essentiellement, comme je comprends l’argument de motif justifiable de l’intimée, la justification qui sous-tend le règlement va à la raison même de la création des catégories compétitives distinctes pour les athlètes masculins et féminins : les athlètes masculins ont de façon générale un avantage biologique sur les

compete against men would be disadvantaged not only in terms of championship titles or medals, but also in related matters such as sponsorship and endorsement opportunities. Although there are many differences between male and female athletes, one such difference is naturally-occurring testosterone levels. As noted in the Federal Court's decision, the parties' Agreed Statement of Facts includes an agreement that testosterone is a reasonable choice for a biological marker to distinguish the male and female categories of competition, and a further agreement that testosterone impacts athletic performance.

30. Beginning, then, from the premise that testosterone is one of the reasons why male athletes generally have a competitive advantage over women, one begins to see the *Charter* value that would support the standards as a means of preserving fair competition amongst female athletes. Just as female athletes face a disadvantage competing against men, they may face a disadvantage competing against other women who are DSD athletes. Thus, the IAAF Regulations serve the same ameliorative purpose as the separation of male and female categories of competition.

31. Nowhere in the Tribunal's decision do I see this balancing, or indeed even the section 15(2) *Charter* values, reflected. I will not comment on how this ameliorative purpose ought to be balanced against the Appellant's equality rights, but I do find that it was incumbent upon the Tribunal to do so.

32. I would therefore dismiss the appeal and return the matter to the Tribunal for consideration of the *Charter* values raised by each party.

athlètes féminines, donc les femmes qui devraient rivaliser avec les hommes seraient désavantagées non seulement en termes des titres de championnat et de médailles, mais également dans des domaines connexes tels que le parrainage et les possibilités commanditaires. Bien qu'il y ait plusieurs différences entre les athlètes masculins et féminins, une différence notoire est le taux de testostérone naturels. Comme l'a noté la Cour fédérale, l'exposé conjoint des faits des parties comprend un accord avec l'énoncé selon lequel la testostérone est un choix raisonnable pour un marqueur biologique pour différencier les catégories compétitives masculine et féminine, et un autre accord avec l'énoncé selon lequel la testostérone a un impact sur la performance athlétique.

30. Partant donc du principe que la testostérone est une des raisons de l'avantage compétitif qu'ont généralement les athlètes masculins sur les femmes, on commence à voir la valeur de la *Charte* qui pourrait soutenir le règlement comme un moyen de protéger la compétition équitable entre les athlètes féminines. Tout comme les athlètes féminines font face à un désavantage en rivalisant avec les hommes, elles peuvent faire face à un désavantage en rivalisant avec les athlètes DDS. Ainsi, le règlement de l'IAAF sert le même but d'amélioration que la séparation des catégories compétitives masculines et féminines.

31. Nulle part dans la décision du Tribunal je ne vois cette pondération, ou même les valeurs du paragraphe 15(2) de la *Charte*, reflétée. Je ne commenterai pas sur la façon dont ce but d'amélioration devrait être balancé avec les droits à l'égalité de l'appelante, mais je conclus qu'il incombait au Tribunal de procéder à cette analyse.

32. Je rejetterais donc l'appel et retournerais l'affaire au Tribunal pour considérer les valeurs de la *Charte* soulevées par chaque partie.

COURT OF ARBITRATION FOR SPORT
Executive Summary

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT
Sommaire exécutif

Introduction

1. On 30 April 2019, the Court of Arbitration for Sport (**CAS**) delivered an Award with respect to the challenges brought by Caster Semenya and Athletics South Africa (**ASA**) to the validity of the IAAF's Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development) (the **DSD Regulations**). By a majority, the CAS Panel dismissed the requests for arbitration considering that the Claimants could not establish that the DSD Regulation were "invalid". The Panel found that the DSD Regulations are discriminatory but that, on the basis of the evidence submitted by the parties, such discrimination is a necessary, reasonable and proportionate means of achieving the legitimate objective of ensuring fair competition in female athletics in certain events and protecting the "protected class" of female athletes in those events. The Panel also expressed serious concerns about the future practical application of the DSD Regulations. While the evidence has not established that those concerns are justified, or that they negate the conclusion of prima facie proportionality, this may change in the future unless constant attention is paid to the fairness of how the Regulations are implemented.

The DSD Regulations

2. In 2014 the Indian athlete Dutee Chand brought proceedings before the CAS challenging the IAAF Regulations Governing Eligibility of Females with Hyperandrogenism to Compete in Women's Competition (the **Hyperandrogenism Regulations**). In July 2015, the CAS delivered an Interim Award partially upholding Ms. Chand's challenge and suspending the Hyperandrogenism Regulations (CAS 2014/A/3759 *Dutee Chand v AFI & IAAF*).

Introduction

1. Le 30 avril, le Tribunal Arbitral du Sport (**TAS**) a rendu une Sentence concernant les contestations déposées par Caster Semenya et Athletics South Africa (**ASA**) à l'encontre de la validité du Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences de développement sexuel) de l'IAAF (le **règlement DDS**). À la majorité, le Comité du TAS a rejeté la demande d'arbitrage étant donné que les Demandeurs ne pouvaient pas établir que le règlement DDS est « invalide ». Le Comité a déterminé que le règlement DDS est discriminatoire mais que, sur la base de la preuve présentée par les parties, une telle discrimination est un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre le but légitime de préserver l'équité de la compétition féminine dans certains événements et protéger la « catégorie protégée » d'athlètes féminines qui figure dans ces événements. Le Comité a aussi exprimé de sérieuses préoccupations au sujet de la future application pratique du règlement DDS. Bien que la preuve n'ait pas établi que ces préoccupations soient justifiées, ou qu'elle pourrait servir à mettre de côté la conclusion de proportionnalité prima facie dans les circonstances, cela pourrait changer dans le futur à moins qu'une attention constante soit portée à l'équité de la mise en œuvre du règlement.

Le Règlement DDS

2. En 2014, l'athlète indienne Dutee Chand a engagé une demande avant le TAS contestant le Règlement de l'IAAF portant sur les conditions de qualification aux Compétitions Féminines des athlètes atteintes d'Hyperandrogénie (le **règlement d'Hyperandrogénie**). En juillet 2015, le TAS a remis une Sentence Provisoire accueillant de manière partielle la demande de Mme Chand et mettant de côté le règlement d'Hyperandrogénie (TAS 2014/A/3759 *Dutee*

3. In *Chand*, the CAS had determined that the hormone testosterone was the primary cause for the increase in lean body mass in males at puberty and that this provided athletic advantage to male athletes over female athletes. The Panel in that case was not satisfied as to the degree of that advantage and declined to validate the Hyperandrogenism Regulations. The IAAF was given the opportunity to provide further evidence to validate those regulations, which had set the maximum level of testosterone for an athlete in female competition to 10 nmol/L, this being well above the maximum level in the female population and slightly above the minimum level in the male population.

4. In March 2018, the IAAF informed the CAS that it intended to withdraw the Hyperandrogenism Regulations and to replace them with new Regulations.

5. In April 2018, the IAAF enacted the DSD Regulations. In summary, the DSD Regulations establish new requirements governing the eligibility of women with certain differences of sex development (**DSD**) to participate in the female classification in eight events (the **Restricted Events**) at international athletics competitions (**International Competitions**). The Restricted Events include the 400m, 800m and 1500m races – events in which Ms. Semenya regularly participates at International Competitions.

6. During the course of the proceedings before the CAS, the IAAF explained that, following an amendment to the DSD Regulations, the DSD covered by the Regulations are limited to “46 XY DSD” – i.e. conditions where the affected individual has XY chromosomes. Accordingly, no individuals with XX chromosomes are subjected to any restrictions or eligibility conditions under the DSD Regulations.

Chand c AFI et IAAF, seulement disponible en anglais).

3. Dans *Chand*, le TAS a déterminé que l’hormone testostérone était la cause principale pour l’augmentation de masse corporelle maigre chez les hommes à la puberté et que ceci confère un avantage athlétique aux athlètes féminines. Le Comité dans cette affaire n’était pas convaincu quant au degré de cet avantage et a refusé de valider le règlement d’Hyperandrogénie. L’IAAF a eu l’occasion de fournir une preuve supplémentaire pour valider le règlement, qui avait fixé un niveau maximum de testostérone de 10 nmol/L pour une athlète en compétition féminine, ceci étant bien au-dessus du niveau maximum dans la population féminine et quelque peu au-dessus du niveau minimum dans la population masculine.

4. En mars 2018, l’IAAF a informé le TAS qu’elle avait l’intention de retirer le règlement d’Hyperandrogénie et de le remplacer avec un nouveau règlement.

5. En avril 2018, l’IAAF a promulgué le règlement DDS. En résumé, le règlement DDS établit de nouvelles exigences concernant l’éligibilité des femmes avec certaines différences de développement sexuel (**DDS**) à participer dans la catégorie féminine en huit événements (les **épreuves visées**) aux compétitions internationales d’athlétisme (**compétitions internationales**). Les épreuves visées incluent les courses de 400m, le 800m et le 1500m – événements dans lesquels Mme Semenya participe régulièrement aux compétitions internationales.

6. Au cours de la procédure devant le TAS, l’IAAF a expliqué que, suite à une modification portée au règlement DDS, les DDS touchées par le règlement sont limitées au « 46 XY DDS » - c’est-à-dire, des conditions limitées à des individus ayant des chromosomes XY. En conséquence, aucun individu ayant des chromosomes XX n’est assujéti aux restrictions ou critères d’éligibilité sous le règlement DDS.

7. Athletes with 46 XY DSD have testosterone levels well into the male range. The DSD Regulations require athletes with 46 XY DSD who have a natural testosterone level of above 5 nmol/L, and who experience a “*material androgenizing effect*” from that enhanced testosterone level, to reduce their natural testosterone level to within the normal female range (i.e. to a level below 5 nmol/L) and to maintain that reduced level for a continuous period of at least six months in order to be eligible to compete in a Restricted Event at an International Competition. There is no requirement for, or suggestion of, any surgical intervention to achieve this level.

The Claimants’ challenges to the validity of the DSD Regulations

8. The DSD Regulations came into force on 1 November 2018. Prior to that date, however, Ms. Semenya and ASA (collectively, the **Claimants**) commenced arbitration proceedings before the CAS challenging the validity of the DSD Regulations.

9. The Claimants contended *inter alia* that the DSD Regulations unfairly discriminate against athletes on the basis of sex and/or gender because they only apply (i) to female athletes; and (ii) to female athletes having certain physiological traits. They submitted that the DSD Regulations lack a sound scientific basis; are unnecessary to ensure fair competition within the female classification; and are likely to cause grave, unjustified and irreparable harm to affected female athletes. Accordingly, the Claimants sought an award from the CAS declaring the DSD Regulations unlawful and preventing them from being brought into force on the basis that the Regulations are unfairly discriminatory, arbitrary and disproportionate and therefore violate the IAAF Constitution, the Olympic Charter, the laws of Monaco, the laws of jurisdictions in which international athletics

7. Les athlètes avec 46 XY DDS ont des niveaux de testostérone se situant dans la gamme masculine. Le règlement DDS exige qu’une athlète ayant 46 XY DDS et un niveau de testostérone naturel au-dessus de 5 nmol/L, et qui éprouve un « effet matériel d’androgénisation » de ce niveau élevé de testostérone, doit réduire son niveau de testostérone naturel à la gamme féminine normale (c’est-à-dire, un niveau moins de 5 nmol/L) et maintenir ce niveau abaissé pendant une période continue de six mois pour être éligible à participer dans les événements limités aux compétitions internationales. Il n’y a aucune exigence ni suggestion d’intervention chirurgicale pour atteindre ce niveau.

La demande des demandeurs d’annuler la validité du règlement DDS

8. Le règlement DDS est entré en vigueur le 1er novembre 2018. Cependant, avant ce jour, Mme Semenya et l’ASA (ensemble, les **demandeurs**) ont intenté cette procédure d’arbitrage devant le TAS contestant la validité du règlement DDS.

9. Les demandeurs prétendent, entre autres, que le règlement DDS discrimine injustement contre les athlètes en raison de sexe et/ou de genre parce que le règlement s’applique seulement (i) aux athlètes féminines; et (ii) aux athlètes féminines ayant certains traits physiologiques. Ils ont soumis que le règlement DDS manquait une base scientifique solide; qu’il était inutile pour assurer une compétition équitable dans la classification féminine; et qu’il était susceptible de causer un préjudice grave, injustifié et irréparable aux athlètes féminines visées. En conséquence, les demandeurs cherchaient une sentence du TAS déclarant le règlement DDS illégal et l’empêchant d’être mis en vigueur sur la base qu’il est injustement discriminatoire, arbitraire et disproportionné et conséquemment, qu’il viole la constitution de l’IAAF, la Charte olympique, les lois de Monaco, les lois des

competitions are held, as well as universally recognised fundamental human rights.

10. In response, the IAAF submitted that the DSD Regulations are based on the best available science; do not discriminate on the basis of any protected characteristic; and are a necessary, reasonable and proportionate means of pursuing the legitimate aim of safeguarding fair competition and protecting the ability of female athletes to compete on a level playing field.

11. Between 18-22 February 2019, a hearing of the Claimants' challenges was held before the CAS in Lausanne, Switzerland. The CAS Panel comprised the Hon. Dr. Annabelle Bennett AO SC (President); The Hon. Hugh L. Fraser (Arbitrator) and Dr. Hans Nater (Arbitrator). The Panel received detailed written and oral testimony from a large number of factual and expert witnesses. This included experts specialising in gynaecology, andrology and the causes, diagnosis, effects and treatment of DSD; genetics, endocrinology and pharmacology; exercise physiology and sports performance; medical and research ethics; sports regulation and governance; and statistics.

The Award of the CAS Panel

12. After setting out the parties' evidence and submissions, the Panel begins its analysis of the merits by noting that this case involves a complex collision of scientific, ethical and legal conundrums. It also involves incompatible, competing rights. It is not possible to give effect to one set of rights without restricting the other set of rights. Put simply, on one hand is the right of every athlete to compete in sport, to have their legal sex and gender identity respected, and to be free from any form of discrimination. On the other hand, is the right of female athletes, who are relevantly biologically disadvantaged vis-à-vis male athletes, to be able to compete against other female athletes and to achieve the benefits of athletic success. The decision is also

juridictions dans lesquelles les compétitions internationales d'athlétisme se déroulent, et les droits de la personne universellement reconnus.

10. En réponse, l'IAAF prétendait que le règlement DDS est basé sur la meilleure preuve scientifique disponible; ne discrimine pas en raison d'une caractéristique protégée; et est un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre le but légitime de préserver l'équité compétitive et de protéger la capacité des athlètes féminines à faire compétition sur un pied d'égalité.

11. Entre les 18 et 22 février 2019, l'audience relative à la demande a eu lieu devant le TAS à Lausanne, Suisse. Le Comité du TAS était composé de l'honorable Dr. Annabelle Bennett AO SC (présidente); l'honorable Hugh L. Fraser (arbitre) et Dr. Hans Nater (arbitre). Le Comité a entendu des témoignages oraux et écrits détaillés de nombreux témoins factuels et experts, incluant des experts spécialisant dans la gynécologie, l'andrologie, le diagnostic, les effets et le traitement du DDS; la génétique, l'endocrinologie et la pharmacologie; la physiologie et la performance du sport; l'éthique médicale et de recherche; la réglementation et la gouvernance du sport; et la statistique.

La Sentence du Comité du TAS

12. Après avoir résumé la preuve et les soumissions des parties, le Comité a procédé avec son analyse sur le fond en notant que ce cas confronte des énigmes scientifiques, éthiques et légales. Il met en cause des droits incompatibles qui sont en conflit. Il n'est pas possible de donner effet à un ensemble de droits sans limiter l'autre ensemble de droits. Bref, d'un côté est le droit de tout athlète de faire du sport, de faire respecter leur sexe légal et leur identité du genre, et d'être à l'abri de toute discrimination. De l'autre est le droit des athlètes féminines, étant défavorisées biologiquement d'une façon pertinente vis-à-vis les athlètes masculins, d'être capable de faire concurrence contre d'autres athlètes féminines et d'atteindre les avantages

constrained by the accepted, necessary, binary division of athletics into male events and female events, when there is no such binary division of athletes. That binary division has not been challenged.

13. The Panel has not found the issues in this case easy to decide. It is clear from the range of expert evidence presented on behalf of the parties that there are many scientific, ethical and regulatory issues on which reasonable and informed minds may legitimately differ. The Panel is mindful that, in considering these issues, it is not acting as a policy maker or regulator. It is neither necessary nor appropriate for the Panel to step into the shoes of the IAAF by deciding how it would have approached issues had it been charged with making policies or enacting rules itself. Instead, its function is a purely judicial one. The Panel must adjudicate the disputed legal issues on the basis of the applicable legal tests and by reference to the arguments and admissible evidence on the record in these proceedings. While this inevitably requires consideration of arguments and evidence based on an array of policy and scientific matters, the Panel must be mindful of its judicial role and the limits of that role. It is also bound to make its decision based upon the evidence presented to it, taking account of the submissions made by the parties.

Discrimination

14. The Panel unanimously concludes that the DSD Regulations are *prima facie* discriminatory since they impose differential treatment based on protected characteristics. In particular, since the DSD Regulations establish restrictions that are targeted at a subset of the female/intersex athlete population, and do not impose any equivalent restrictions on male athletes, it follows that the Regulations are *prima facie* discriminatory on grounds of legal sex. Similarly, the DSD Regulations create restrictions that are targeted at a group of individuals who have certain immutable biological characteristics

de succès sportif. La décision est aussi contrainte par la division nécessaire, acceptée et binaire du sport en catégorie masculine et féminine, quand une division comparable des athlètes n'existe pas. Cette division binaire n'est pas contestée.

13. Le Comité n'a pas considéré que les questions soulevées dans cette affaire faciles à régler. C'est évident de la gamme de preuve experte soumit au nom des parties qu'il existe plusieurs questions scientifiques, éthiques et réglementaires sur lesquelles des esprits raisonnables et informés peuvent différer légitimement. Le Comité est sensible qu'en considérant ces questions, il n'agit pas comme décideur politique ou réglementaire. Il n'est ni nécessaire ni approprié pour le Comité d'entrer dans la peau de l'IAAF en décidant comment il aurait abordé les questions s'il avait été chargé de créer lui-même les règles ou la politique en question. Plutôt, son rôle est de nature judiciaire. Le Comité doit appliquer les critères juridiques applicables et par référence aux arguments et à la preuve admise au dossier dans cette affaire. Bien que cela demande inévitablement la considération des arguments et de la preuve basés sur un éventail de questions politiques et scientifiques, le Comité doit être conscient de son rôle judiciaire et des limites de ce rôle. Il est aussi tenu de rendre sa décision en se basant sur la preuve soumise, prenant compte des arguments des parties.

Discrimination

14. Le Comité conclut de façon unanime que le règlement DDS est *prima facie* discriminatoire, car il impose un traitement différentiel en raison des caractéristiques protégées. En particulier, car le règlement DDS établit des limites qui visent un sous-ensemble de la population d'athlètes féminines/intersexes, et n'impose aucune limite équivalente aux athlètes masculins, il s'ensuit que le règlement est *prima facie* discriminatoire sur le motif de sexe. De même, le règlement DDS crée des limites qui visent un groupe d'individus ayant certaines caractéristiques immutables biologiques (c'est-à-dire, 46 XY DDS associé avec

(namely a 46 XY DSD coupled with a material androgenising effect arising from that condition), and which do not apply to individuals who do not have those characteristics. It follows that the Regulations are also *prima facie* discriminatory on grounds of innate biological characteristics.

15. The conclusion that the DSD Regulations are *prima facie* discriminatory is merely the starting point of the Panel's legal analysis. In particular, it is common ground that a rule that imposes differential treatment on the basis of a particular protected characteristic is valid if it is a necessary, reasonable and proportionate means of attaining a legitimate objective.

Necessity

16. The majority of the Panel concludes that the IAAF has succeeded in establishing the necessity requirement.

17. The Panel begins its consideration of this question by observing that once it is recognised that it is legitimate to have separate categories of male and female competition, it inevitably follows that it is necessary to devise an objective, fair and effective means of determining which individuals may, and which may not, participate in those categories.

18. The Panel accepts the IAAF's submission that reference to a person's legal sex alone may not always constitute a fair and effective means of making that determination. This is because the reason for the separation between male and female categories in competitive athletics is ultimately founded on biology rather than legal status. The purpose of having separate categories is to protect a class of individuals who lack certain insuperable performance advantages from having to compete against individuals who possess those insuperable advantages. In this regard, the fact that a person is recognised in law as a woman and identifies as a woman does not necessarily mean that they lack those insuperable performance advantages associated with certain biological traits that predominate in

un effet matériel d'androgénisation résultant de cette condition) qui ne s'appliquent pas aux individus n'ayant pas ces caractéristiques. Il se dégage que le règlement est aussi *prima facie* discriminatoire sur le motif de caractéristique immuable biologique.

15. La conclusion que le règlement DDS est *prima facie* discriminatoire n'est que le point de départ de l'analyse juridique du Comité. En particulier, il est reconnu qu'une règle qui impose un traitement différentiel en raison d'une caractéristique protégée particulière est valide s'il est un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre un but légitime.

Nécessité

16. La majorité du Comité conclut que l'IAAF a réussi à établir la nécessité du règlement.

17. Le Comité débute son analyse de cette question en observant que dès qu'il est reconnu comme légitime d'avoir des catégories compétitives masculine et féminine séparée, il s'ensuit inévitablement qu'il est nécessaire de mettre en place une manière objective, équitable et efficace de déterminer qui peut participer dans ces catégories.

18. Le Comité accepte la soumission de l'IAAF qu'une référence au sexe légal d'un individu ne constituerait pas toujours un moyen équitable et efficace de faire cette détermination. Ceci est parce que la raison pour la séparation des catégories masculine et féminine dans l'athlétisme compétitif est basée ultimement sur la biologie plutôt que le statut légal. L'objectif d'avoir des catégories distinctes est de protéger une classe d'individus qui manquent certains avantages de performance insurmontables d'avoir à rivaliser contre les individus ayant ces avantages. À cet égard, le fait qu'une personne soit reconnue de façon légale comme étant une femme et qu'elle s'identifie comme telle ne signifie pas nécessairement qu'elle n'a pas ces avantages de performance insurmontables liés

individuals who are generally (but not always) recognised in law as males and self-identify as males. It is human biology, not legal status or gender identity, that ultimately determines which individuals possess the physical traits which give rise to that insuperable advantage and which do not.

19. Accordingly, the purpose of the male-female divide in competitive athletics is not to protect athletes with a female legal sex from having to compete against athletes with a male legal sex. Nor is it to protect athletes with a female gender identity from having to compete against athletes with a male gender identity. Rather, it is to protect individuals whose bodies have developed in a certain way following puberty from having to compete against individuals who, by virtue of their bodies having developed in a different way following puberty, possess certain physical traits that create such a significant performance advantage that fair competition between the two groups is not possible. In most cases, the former group comprises individuals with a female legal sex and a female gender identity, while the latter group comprises individuals with a male legal sex and male gender identity. However, this is not true of all cases. Natural human biology does not map perfectly onto legal status and gender identity. The imperfect alignment between nature, law and identity is what gives rise to the conundrum at the heart of this case.

20. The Panel considers that, once it is recognised that the reason for organising competitive athletics into separate male and female categories rests on the need to protect one group of individuals against having to compete against individuals who possess certain insuperable performance advantages derived from biology rather than legal status, it follows that it may be legitimate to regulate the right to participate in the female category by reference

avec certains traits biologiques qui prédominent chez les individus qui sont généralement (mais pas toujours) reconnus en droit comme étant des hommes et qui s'identifient comme des hommes. C'est la biologie humaine, non pas le statut légal ou l'identité de genre, qui détermine ultimement quels individus possèdent les traits physiques qui donnent lieu à ces avantages insurmontables et qui n'en possèdent pas.

19. En conséquence, l'objectif de la division masculine féminine dans l'athlétisme compétitive n'est pas de protéger les athlètes de sexe légal féminin d'avoir à rivaliser contre les athlètes de sexe légal masculin. Ce n'est pas de protéger les athlètes avec l'identité de genre féminine d'avoir à rivaliser contre ceux avec l'identité de genre masculin. Plutôt, c'est de protéger les individus dont le corps s'est développé d'une manière suite à la puberté d'avoir à rivaliser contre ceux qui, en vertu de leurs corps ayant développé d'une manière différente suite à la puberté, possèdent certains traits physiques qui créent un avantage de performance si significative que la compétition équitable entre les deux groupes n'est pas possible. Dans la plupart des cas, le premier groupe comprend des individus de sexe légal féminin et d'identité de genre féminin, alors que ce dernier cas comprend des individus ayant un sexe légal masculin et une identité de genre masculine. Cependant, ceci n'est pas toujours le cas. La biologie humaine naturelle ne développe pas toujours parfaitement de concert avec le statut légal et l'identité de genre. L'alignement imparfait entre la nature, le droit et l'identité donne lieu à l'énigme au cœur de cette affaire.

20. Le Comité considère que, dès qu'il est reconnu que l'objectif derrière l'organisation de l'athlétisme compétitive en des catégories masculines et féminines distinctes se base sur le besoin de protéger un groupe d'individus d'avoir à rivaliser contre d'autres individus possédant des avantages de performance insurmontables dérivées de la biologie plutôt que du statut légal, il s'ensuit qu'il pourrait être légitime de réglementer le droit de participer dans la

to those biological factors rather than legal status alone.

21. It was common ground between the parties that there is a substantial difference in elite sports performance between males and females. It was also common ground that (a) the normal female range of serum testosterone, produced mainly in the ovaries and adrenal glands, is 0.06 to 1.68 nmol/L; and (b) the normal male range of serum testosterone concentration, produced mainly in the testes, is 7.7 to 29.4 nmol/L. On the basis of the scientific evidence presented by the parties, the Panel unanimously finds that endogenous testosterone is the primary driver of the sex difference in sports performance between males and females.

22. The IAAF submitted that all but one of the many different factors that contribute to sport performance - including training, coaching, nutrition and medical support, as well as many genetic variations - are equally available to men and women. The only factor that is available only to men is exposure to adult male testosterone levels. The IAAF submitted that if the purpose of the female category is to prevent athletes who lack that testosterone-derived advantage from having to compete against athletes who possess that testosterone-derived advantage, then it is necessarily “category defeating” to permit any individuals who possess that testosterone-derived advantage to compete in that category. The majority of the Panel accepts the logic of the IAAF’s submission.

23. Having carefully considered the expert evidence, the majority of the Panel concludes that androgen sensitive female athletes with 46 XY DSD enjoy a significant performance advantage over other female athletes without such DSD, and that this advantage is attributable to their exposure to levels of circulating

catégorie féminine par référence à ces facteurs biologiques plutôt qu’au statut légal soi-même.

21. C’était un terrain d’entente entre les parties qu’il existe une différence substantielle dans la performance sportive des élites entre les hommes et les femmes. Il était aussi un terrain d’entente que (a) la gamme normale de testostérone sérique, produite principalement par les ovaires et les glandes surrénales, est de 0.06 à 1.68 nmol/L; et (b) la gamme normale de concentration testostérone sérique, produite principalement dans les testicules, est de 7.7 à 29.4 nmol/L. Sur la base de cette preuve scientifique présentée par les parties, le Comité détermine unanimement que la testostérone endogène est le principal moteur de la différence sexuelle performative entre les hommes et les femmes.

22. L’IAAF soumet que tous sauf un des nombreux facteurs différents qui contribuent à la performance sportive – y compris la préparation, l’entraînement, le support nutritionnel et médical, aussi bien que plusieurs variations génétiques – sont également disponibles aux hommes et aux femmes. Le seul facteur qui est disponible uniquement aux hommes adultes est l’exposition à des taux de testostérone. L’IAAF prétend que si le but de la catégorie féminine est de prévenir les athlètes qui manquent cet avantage performatif dérivé de la testostérone d’avoir à rivaliser contre les athlètes qui possèdent cet avantage dérivé de la testostérone, l’existence de catégories devient sans objet, et il devient inutile de permettre à quiconque individu qui possède cet avantage dérivé de la testostérone de rivaliser dans cette catégorie. La majorité du Comité accepte la logique de la soumission de l’IAAF.

23. Ayant considéré attentivement la preuve d’expert, la majorité du Comité conclut que les athlètes féminines sensibles aux androgènes avec 46 XY DDS profitent d’un avantage performatif insurmontable par rapport aux autres athlètes féminines, et que cet avantage est attribuable à leur exposition à des taux de

testosterone in the normal adult male range, rather than the normal adult female range. The majority of the Panel observes that the evidence concerning the performances and statistical over-representation of female athletes with 46 XY DSD in certain Relevant Events demonstrates that the elevated testosterone levels that such athletes possess creates a significant and often determinative performance advantage over other female athletes who do not have a 46 XY DSD condition.

24. On this basis, the majority of the Panel accepts that the IAAF has discharged its burden of establishing that regulations governing the ability of female athletes with 46XY DSD to participate in certain events are necessary to maintain fair competition in female athletics by ensuring that female athletes who do not enjoy the significant performance advantage caused by exposure to levels of circulating testosterone in the adult male range do not have to compete against female athletes who do enjoy that performance advantage.

Proportionality

25. The majority of the Panel concludes that, on the evidence adduced, the DSD Regulations are on their face reasonable and proportionate. In reaching this conclusion, the majority notes, amongst other things, that the DSD Regulations do not require any athlete to undergo any surgical intervention, and envisage that affected athletes can control their testosterone levels by using conventional oral contraceptives. The majority has also had regard to the possible side effects of such oral contraceptives, to the nature of the examinations that will be undertaken for the purpose of determining whether an athlete has experienced a “material androgenising effect” from their high testosterone levels, and the risk of individuals’ medical confidentiality being compromised.

testostérone que l’on observe ordinairement dans la gamme normale masculine, plutôt que dans la gamme normale féminine. La majorité du Comité remarque que la preuve concernant la performance et la surreprésentation statistique des athlètes féminines avec 46 XY DDS dans certains des évènements pertinents démontre que les taux élevés de testostérone que possèdent ces athlètes créés un avantage significatif et souvent déterminant de performance sur les autres athlètes féminines qui n’ont pas de condition 46 XY DDS.

24. Sur cette base, la majorité du Comité accepte que l’IAAF ait déchargé son fardeau d’établir qu’un règlement régissant la capacité des athlètes féminines avec 46 XY DDS de participer dans certains évènements est nécessaire pour conserver la compétition équitable dans le sport féminin en assurant que les athlètes féminines qui n’ont pas cet avantage significatif de performance résultant de l’exposition à des taux de testostérone que l’on observe ordinairement dans la gamme normale masculine n’aient pas à rivaliser contre les athlètes féminines qui ont cet avantage.

Proportionnalité

25. La majorité du Comité conclut que, selon la preuve soumise, le règlement DDS est, à sa face-même, raisonnable et proportionné. En tirant cette conclusion, la majorité note que, entre autres, le règlement DDS n’exige à aucune athlète de subir aucune intervention chirurgicale, et envisage que les athlètes touchées peuvent contrôler leur taux de testostérone en utilisant des contraceptifs conventionnels. La majorité a aussi tenu compte des effets secondaires possibles des contraceptifs oraux, de la nature des examens qui seront entrepris afin de déterminer si une athlète a connu un « effet matériel d’androgénisation » en raison de leur taux élevé de testostérone, et du risque que la confidentialité de ces individus soit compromise.

26. While the majority concludes that the DSD Regulations are not disproportionate on their face, the Panel highlights its serious concerns about aspects of the practical application of the DSD Regulations when they are implemented. In particular, the Panel expresses its concerns about the potential difficulty for an athlete in complying with the requirements under the Regulations (including the possibility that affected athletes may inadvertently, and through no fault of their own, be unable consistently to maintain a natural testosterone level below 5 nmol/L). The Panel also notes the paucity of evidence to justify the inclusion of two events (the 1500m and one mile events) within the category of Restricted Events. The Panel strongly encourages the IAAF to address the Panel's concerns in its implementation of the DSD Regulations. At the same time, the majority of the Panel observes that it may be that, on implementation and with experience, certain factors, supported by evidence, may be shown to affect the overall proportionality of the DSD Regulations, either by indicating that amendments are required in order to ensure that the Regulations are capable of being applied proportionately, or by providing further support for or against the inclusion of particular events within the category of Restricted Events.

The Panel's expression of gratitude to Ms. Semenya

27. In its Award the Panel expressly pays tribute to Ms. Semenya's grace and fortitude throughout this process. The Panel expresses its profound gratitude for her dignified personal participation and the exemplary manner in which she has conducted herself throughout the proceedings.

28. The Panel also stresses that while much of the argument in this proceeding has centred around the "fairness" of permitting Ms. Semenya to compete against other female athletes, there can be no suggestion that Ms. Semenya (or any

26. Bien que la majorité conclue que le règlement DDS n'est pas à première vue disproportionnée, le Comité met en lumière de préoccupations sérieuses concernant divers aspects entourant l'application pratique du règlement DDS quand il sera mis en œuvre. En particulier, le Comité exprime sa préoccupation concernant la difficulté potentielle pour une athlète de se conformer aux exigences du règlement (y compris la possibilité qu'une athlète touchée pourrait par inadvertance, et sans faute de sa part, être incapable de maintenir constamment un taux naturel de testostérone en bas de 5 nmol/L). Le Comité note aussi le manque de preuve justifiant l'inclusion de deux événements (le 1500m et le mile) dans la catégorie des épreuves visées. Le Comité encourage fortement l'IAAF de s'adresser aux préoccupations du Comité en mettant en œuvre le règlement DDS. En même temps, la majorité du Comité note qu'il se peut qu'une fois mis en œuvre et avec l'expérience, certains facteurs soutenus par la preuve puissent avec le temps affecter la proportionnalité globale du règlement DDS, soit en indiquant la nécessité de modifier le règlement pour assurer qu'il est capable d'être appliqué de manière proportionnelle, ou en fournissant des justifications supplémentaires pour ou contre l'inclusion de certains événements dans la catégorie des épreuves visées.

L'expression de gratitude du Comité envers Mme Semenya

27. Dans sa sentence, le Comité rend expressément hommage à la grâce et la force morale de Mme Semenya pendant ce processus. Le Comité exprime sa gratitude profonde pour sa participation personnelle dignifiée et la manière exemplaire dont elle s'est conduite pendant la procédure.

28. Le Comité souligne également que malgré qu'une grande partie de l'argumentation dans cette procédure a été centrée sur l'« équité » de permettre Mme Semenya de rivaliser contre d'autres athlètes féminines, il ne peut y avoir

other female athletes in the same position as Ms. Semenya) has done anything wrong. This is not a case about cheating or wrongdoing of any sort. Ms. Semenya is not accused of breaching any rule. Her participation and success in elite female athletics is entirely beyond reproach and she has done nothing whatsoever to warrant any personal criticism.

aucune suggestion que Mme Semenya (ou toute autre athlète féminine dans la même position que Mme Semenya) a fait quelque chose de mal. Ceci n'est pas un cas concernant la tricherie quelconque forme de tort. Mme Semenya n'est accusée de violer aucune règle. Sa participation et son succès sont tout à fait sans reproche et elle n'a rien fait qui justifierait qu'on lui critique sur le plan personnel.