

**MOTS CLEFS : Droit international — droit de la culture — discrimination.**

Par un arrêt rendu le 27 septembre 2024, la Cour suprême de Tasmanie a annulé une décision rendue plus tôt dans l'année. La Haute juridiction de l'État australien a ainsi considéré qu'une installation artistique, au sein d'un musée, dont l'accès est uniquement autorisé aux femmes et à celles qui s'identifient comme telles est légale. Elle établit un véritable vade-mecum dans lequel elle précise l'application de la section 26 *Equal opportunities* de la loi Anti-Discrimination de 1998.

**FAITS** : Dans le cadre d'une exposition, un musée australien a ouvert une installation participative intitulée « *Ladies Lounge* ». L'accès est ouvert uniquement aux femmes et à celles qui s'identifient comme telles. Les hommes y sont exclus.

**PROCÉDURE** : Un visiteur du musée a souhaité accéder à l'installation. Il s'est vu refuser l'entrée. Il décide le 5 avril 2023 de saisir « *Equal Opportunity Tasmania* », bureau du Commissaire à la lutte contre la discrimination, conformément à la section 60 de la loi Anti-Discrimination de 1998. En vertu de la section 78, le Commissaire a déposé une plainte au tribunal qui lui-même a ouvert une enquête. Le tribunal a rendu sa décision le 9 avril 2024. Il estime que le refus d'accéder à l'installation *Ladies Lounge* est discriminatoire et contrevient à la loi de 1998. Il ordonne au musée de cesser de refuser l'entrée au salon privé aux personnes qui ne s'identifient pas comme des femmes. Le musée a interjeté appel de la décision.

**PROBLÈME DE DROIT** : En Tasmanie, un musée peut-il refuser l'accès aux hommes d'une installation artistique sous prétexte de promouvoir l'égalité des chances ?

**SOLUTION** : Le 27 septembre 2024, la Cour suprême de Tasmanie a annulé la décision des juges du fond. Elle délivre une méthodologie en trois étapes quant à l'application de la section 26 de la loi Anti-Discrimination de 1998. Tout d'abord, promouvoir l'égalité des chances doit être le but poursuivi par le dispositif. Ensuite, il doit être raisonnable pour l'auteur de croire qu'un tel dispositif pouvait promouvoir l'égalité des chances. Enfin, les personnes avantagées doivent avoir un besoin particulier en raison d'une caractéristique bien précise. À ces trois questions, la Haute juridiction tasmanienne répond par l'affirmative. Elle estime qu'il est donc possible de discriminer un groupe de personnes si les 3 conditions suscitées sont remplies. Les hommes peuvent donc être exclus de l'installation. Elle énonce également que les juges du fond ont commis plusieurs erreurs de droit et de fait. Ils n'ont pas su définir ce que *Ladies Lounge* visait à promouvoir et de quelle manière le dispositif comptait le faire. Le tribunal devra réexaminer l'affaire suite à son renvoi.



## SOURCES :

- Anti-Discrimination Act 1998
- <https://www.abc.net.au/news/2024-09-17/mona-ladies-lounge-appeal-supreme-court/104358998>



## NOTE :

Dans cet arrêt, la Cour suprême de Tasmanie apporte des précisions quant à l'application de la section 26 intitulée « *Equal opportunities* » (égalité des chances) de la loi Anti-Discrimination de 1998. De surcroît, elle porte un regard attentif sur l'intention artistique de l'auteur.

### I. L'application stricte de la loi Anti-discrimination de 1998

Cette décision met en lumière la loi Anti-discrimination de 1998. Celle-ci vise à interdire la discrimination sous toute ses formes. Dans sa partie 5 relative aux exceptions et aux exemptions, plus précisément en sa division 1 qui concerne les exceptions générales, on retrouve la section 26 *Equal opportunities* que l'on pourrait traduire par l'égalité des chances. Cette dernière énonce que « *A person may discriminate against another person in any program, plan or arrangement designed to promote equal opportunity for a group of people who are disadvantaged or have a special need because of a prescribed attribute.* » À l'instar de la discrimination positive en France, il est possible pour une personne de discriminer une autre dans le cadre d'un programme ou d'un dispositif dans le but de promouvoir l'égalité des chances pour un groupe de personnes désavantagé ou ayant un besoin spécial en raison d'une caractéristique déterminée.

C'est ainsi que la cour va procéder à une application stricte de la section 26 en la confrontant au cas d'espèce. Le *Ladies Lounge* répondait-il aux conditions posées par la loi ? Il convient de rappeler quelques éléments capitaux. Le MONA (*Museum of Old and New Art*), musée incontournable en Tasmanie abrite depuis 2020 un salon privé. Un employé surveille l'entrée au *lounge* et ne laisse pénétrer que les personnes appartenant ou s'identifiant au genre féminin. Les visiteurs du musée sont avertis que le *Ladies Lounge* est une installation participative dont l'admission pour les femmes ou le refus d'accès pour les hommes fait parti du procédé artistique. Kirsha Kaechele,

auteure de l'oeuvre, a créé ce dispositif dans le but de « promouvoir l'égalité des chances en donnant aux femmes une expérience qui pourrait remettre en question les préjugés sexistes liés à la société qui existent encore aujourd'hui ».

La Cour suprême de Tasmanie rejette l'interprétation de la section 26 proposée par le tribunal. Elle en donne la méthode appropriée. Il faut premièrement se demander si l'installation a pour but de promouvoir l'égalité des chances. La réponse est oui. En effet, *Ladies Lounge* a été créé pour « fournir aux femmes un espace exclusif où elles reçoivent un avantage positif par opposition au préjudice social général qu'elles subissent comme le montre le *Report Card* ». Ce dernier est un rapport publié chaque année par le gouvernement australien dans lequel il est démontré que les femmes souffrent actuellement et ont souffert de préjudices historiques notamment à travers l'écart de salaire. Deuxièmement, il convient de se demander s'il est raisonnable pour la requérante de croire qu'un tel dispositif pouvait promouvoir l'égalité des chances. La réponse est également positive en raison des preuves apportées par le *Report Card*. Troisièmement, la dernière question soulevée est la suivante : le groupe de personnes que l'on cherche à avantager a-t-il un besoin particulier en raison d'une caractéristique déterminée ? La juridiction a répondu par l'affirmative en soutenant que la caractéristique en question était le genre. Elle énonce qu'« il y a un besoin particulier de remédier aux préjudices et d'y remédier de manière continue en veillant à ce que le *Ladies Lounge* soit ouvert uniquement aux femmes et à celles qui s'identifient comme telles ».

Mais l'application de cette loi va de pair avec l'intention artistique de l'auteure.

### II. L'intention artistique de l'auteure comme élément fondamental

*Ladies Lounge* promeut l'égalité des chances « en mettant en lumière les



préjudices sociaux présents et passés subis par les femmes ». L'installation est une réponse à l'exclusion historique des femmes de certains espaces. Selon l'auteure, grâce à ce dispositif, les femmes profitent d'une expérience unique où, pour une fois, elles bénéficient d'un espace exclusif. Kaechele veut attirer l'attention sur les discriminations sociales passées et actuelles en s'appuyant sur le *Report Card*. Ce rapport souligne à travers des exemples concrets que les femmes australiennes souffrent et ont souffert par le passé de désavantages. La Cour suprême de Tasmanie contredit l'argumentation du tribunal et énonce qu'il a commis une erreur de droit en ne prenant pas en compte le rapport dans le contexte des désavantages actuelles.

La conception d'un « univers inversé » est au coeur du procédé artistique au sens de l'auteure puisqu'il trouve sa genèse dans l'histoire australienne. En effet, le *ladies lounge* était un lieu réservé aux femmes situé au coeur des *pubs* australiens car elles étaient exclues des bars publics. Ce n'est que vers la fin des années 70 que les femmes australiennes ont pu se rendre dans les bars. L'auteure a souhaité bousculer les préjugés sexistes toujours actuelles dans la société.

L'arrêt a fait couler beaucoup d'encre en raison des différents droits mis en balance : le droit à la liberté d'expression et de la liberté de création artistique qui s'en rattache d'une part et le droit à l'égalité contenu dans la loi Anti-Discrimination d'autre part. Mais c'est le droit à l'égalité des chances qui a prévalu en faveur des femmes et à toutes celles qui s'identifient comme telles. La cour en s'appuyant sur l'argumentaire de la requérante a conclu que l'oeuvre artistique ne violait pas la loi Anti-Discrimination de 1998.

Ainsi, l'« univers inversé » proposé par Kirsha Kaechele discrimine incontestablement les hommes. Toutefois, il a été reconnu par la cour que le dispositif dont les justifications sont capitales constituait une exception légale au titre de la section 26 de la loi susvisée. Il convient de souligner que les visiteurs masculins ne sont pas totalement exclus

car d'après l'avocate du MONA, l'homme à l'origine de l'affaire a participé inconsciemment à l'oeuvre d'art.

Ludwig BENOIST  
Master 2 Droit des industries culturelles et créatives  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ, LID2MS-IREDIC 2024



## ARRÊT :

### Cour suprême de Tasmanie - Moorilla Estate Pty Ltd v Lau [2024] TASSC 49

{...}

30. In that way, the Ladies Lounge can be seen as an arrangement to promote equal opportunity by highlighting the lack of equal opportunity, which generally prevails in society, by providing women with a rare glimpse of what it is like to be advantaged rather than disadvantaged by the refusal of entry to the Ladies Lounge by men.
31. The Report Card shows the entrenched disadvantage experienced by Australian women compared with men. Read as a whole it amply demonstrates current societal disadvantage. Reliance on it by the appellant contradicts the erroneous finding of the Tribunal at [74] that: "Ms Kaechele's intention was to clearly address past wrongs of access by advancing women generally as opposed to addressing or redressing current substantive inequality of opportunity."
32. Ms Kaechele's evidence about disadvantage in the course of s 26 applying "now to equalise gender imbalance" (emphasis added) contradicts the above finding of the Tribunal. The appellant's evidence, properly read, supports the case that intention was to address past and current wrongs regarding gender imbalance and not just in respect of access. So much is so, especially in the context of the Report Card relied on in a hearing that was conducted shortly after the Report Card was produced. The Report Card is dated 8 March 2024. The Tribunal hearing was held on 19 March 2024. The decision of the Tribunal was delivered on 9 April 2024. In failing to take into account the significance of the Report Card in the context of current disadvantage, the Tribunal failed to take into account a relevant consideration and thereby erred in law.
33. The Tribunal asked itself the wrong question by considering whether the relevant disadvantage for the purposes of s 26 was the disadvantage experienced by women artists in the context of work displayed and made an error of fact by categorising the disadvantage claimed as past disadvantage only and also past disadvantage merely about access to spaces. The disadvantage addressed by the arrangement was ongoing gender disadvantage. Equal opportunity was promoted by highlighting the disadvantage by providing women with a rare reverse experience where they were advantaged and men disadvantaged.
34. At [70] the Tribunal referred to being satisfied that the disadvantage by women artists as a group in having artwork displayed at MONA and other art museums "inspired and precipitated the Ladies Lounge". The Tribunal then said: "I am not satisfied that it is an arrangement designed to promote equal opportunity for that group".
35. The Ladies Lounge, as ultimately established and as distinct from what may have been originally proposed, was not designed to provide equal opportunity to female artists. To the extent that such concept had any relevance to the appellant's case, it was but one minor example of overall societal disadvantage experienced by women.
36. By focussing on a group in respect of which the appellant did not rely on to promote equal opportunity the Tribunal asked itself the wrong questions when considering whether s 26 was satisfied and thereby made an error of law.
37. The Court has already referred to the error committed by the Tribunal for failing to consider that the claimed disadvantage was current and ongoing. In the context of that error, the Tribunal committed an additional error at [74] by couching the claimed disadvantage in the context of exclusivity of spaces entirely. On the contrary, the appellant highlighted general societal disadvantage and



not merely lack of access to spaces. The Tribunal noted that the appellant was able to apply under s 56 of the Act for an exemption to allow the Ladies Lounge to operate. That observation was beside the point and irrelevant. No exemption is required when s 26 is satisfied on the facts. So much is so especially when s 56 is focused on past discrimination where here past discrimination is not the sole focus of the arrangement. Current discrimination is just as important because of its continuing adverse effect.

38. The correct approach to s 26 is to ask first whether the arrangement's purpose was to promote equal opportunity. On the evidence, the unequivocal answer is yes because the Ladies Lounge was designed to provide women with an exclusive space where they receive positive advantage as distinct from the general societal disadvantage they experience as evidenced by the Report Card.
39. Then one asks whether it was reasonable for the appellant to believe that such a purpose could promote equal opportunity. Having regard to the evidence referred to above, it was objectively reasonable for the appellant to believe that equal opportunity could thereby be promoted. The answer to that question is also yes.
40. The last question raised by s 26 is whether the group of people sought to be advantaged have a special need because of a prescribed attribute. The answer to that question is also yes. The attribute concern is gender (see s 16(e)). The special need is the need to have disadvantage redressed and addressed on an ongoing basis by having the Ladies Lounge open to women only and those who identify as women.
41. It follows that, having regard to the foregoing, there are several errors of fact and law in the decision of the Tribunal. Those errors included the mischaracterisation of what the Ladies Lounge was designed to

promote and how that was intended to be achieved.

42. Consequently the appeal is allowed and the following orders are made:
  1. The decision of the Tribunal dated 9 April 2024 is quashed.
  2. The matter is remitted to the Tribunal for reconsideration in accordance with the accompanying reasons for judgment.

