

Repenser la discrimination «à raison du sexe» au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF

Prof. Karine Lempen

Congrès de la Société suisse des juristes
L'égalité revisitée
3 septembre 2021

Introduction

- Divers rapports et analyses sur l'efficacité de la loi fédérale sur l'égalité (LEg)

Rapport

relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002

du 15 février 2006

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Le Conseil fédéral

Le droit à la protection contre la discrimination
Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543
du 14 juin 2012

du 25 mai 2016

- Affiner la compréhension de la «discrimination à raison du sexe» (art. 3 LEg)
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)
 - Interprétation dynamique de la «discrimination à l'égard des femmes» (art. 1 CEDEF)
 - Influence des autres comités onusiens et de la CourEDH, CJUE, *US Supreme Court*



Discrimination au sens de la CEDEF

Au-delà de la seule comparaison « femmes-hommes »

- Sexe -> genre -> modification des rôles stéréotypés (art. 5 et 11 para. 2 CEDEF)
- Violence *fondée sur le genre* comme discrimination (Rec. gén. 19/1992 et 35/2017)
- Discrimination multiple (Rec. gén. 28/2010, para. 18)
- Discrimination par association (*N. Ciobanu c. République de Moldavie*, Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016).
- Discrimination fondée sur le refus d'aménagements raisonnables (art. 2, 5 para. 3, 6 et 27 CDPH)



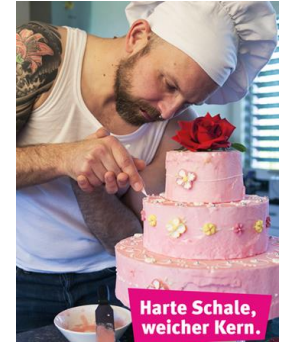
Trois méthodes

pour éliminer la discrimination au sens de la CEDEF (Rec. gén. 25/2004, para. 6-7)

- **Interdire la discrimination directe ou indirecte**
 - Discrimination indirecte
 - Effet discriminatoire établi sur la base d'une analyse
 - Quantitative
 - Qualitative (cf. Directives 2006/54/CE, art. 2 let. b et 2000/78/CE, art. 2 para. 2 let. b)
 - Absence de motif objectif
- **Réaliser l'égalité de fait via des mesures temporaires spéciales (art. 4 CEDEF)**
- **Lutter contre les stéréotypes de genre (art. 5 CEDEF)**



Lutter contre les stéréotypes de genre au sens de l'art. 5 CEDEF



- *Nocifs* pour les femmes et les hommes
 - CourEDH, Konstantin Markin c. Russie (2012)
 - CourEDH, Jurčić c. Croatie (2021)
- Liés à l'apparence physique
- Liés à l'expression de genre
 - US Supreme Court, Price Waterhouse v. Hopkins (1989)
 - US Supreme Court, Onacle v. Sundower (2008)
- Stéréotypes de genre et orientation sexuelle
- Droit de chaque individu de choisir de façon autonome sa manière de vivre son identité



Loi fédérale sur l'égalité (LEg)



Image www.transwelcome.ch/fr/

- Ancrage constitutionnel (art. 8 al. 3 Cst.)
 - «L'homme et la femme» → genre et transidentité (cf. CR Cst., art. 8 N 111, 113)
- Message relatif à la LEg (FF 1993 I 1163, 1210)
 - Discrimination *directe*: lorsqu'une différence de traitement « se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes [la grossesse] et qu'elle n'est pas justifiée objectivement ».
 - Discrimination *indirecte* « lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement ».

Le concept de *discrimination directe* (art. 3 LEg) et de *harcèlement sexuel* (art. 4 LEg) dans la jurisprudence fédérale

- **Accent mis sur la comparaison** entre femmes et hommes
 - surtout dans les procès pour discrimination salariale (p. ex. ATF 127 III 207, c. 4)
 - **sauf dans les procès pour**
 - **discrimination fondée sur la maternité**
 - en particulier à l'embauche (cf. ATF 146 V 210, c. 5) et lors de la résiliation (cf. TF, 4A_59/2019)
 - **harcèlement sexuel**, axés sur l'atteinte à la dignité de la personne
 - remarques sexistes, non sexuelles *stricto sensu* (TF, 8C_74/2019)
 - remarques sur l'orientation sexuelle (ATF 126 III 395)
- **y compris dans les procès pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle**
 - comparez l'ATF 145 II 153 (2019) avec US Supreme Court, Bostock v. Clayton County (2020)



Conclusion

Repenser la discrimination «à raison du sexe»

- Revoir le critère «sexe» à la lumière du devoir de lutter contre les stéréotypes de genre (art. 5 CEDEF).
- Ne pas se limiter à opérer une comparaison entre les catégories binaires femme/homme lors de l'analyse des discriminations directes ou indirectes interdites par la LEg.
- Améliorer la prise en considération de la discrimination «multiple» ou «par association» ainsi que la reconnaissance du «droit à des aménagements raisonnables» (art. 2 CDPH), notamment pour les femmes en situation de handicap (art. 6 CDPH).