

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 140 (2021)

**Artikel:** Repenser la discrimination "à raison du sexe" au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF

**Autor:** Lempen, Karine

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1052962>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 28.12.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

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

KARINE LEMPEN\*

---

\* Prof. Karine Lempen, professeure de droit du travail à l'Université de Genève. Je suis très reconnaissante à Mme Julie Udry, assistante-doctorante au Département de droit civil, d'avoir relu avec soin le présent texte au fur et à mesure de sa rédaction. Ses recherches, ainsi que celles effectuées par Mme Roxane Hutmacher, assistante-doctorante au sein du même département, m'ont été fort utiles.





## Table des matières

A.	Introduction . . . . .	194
B.	La discrimination au sens de la CEDEF . . . . .	196
I.	Approche asymétrique . . . . .	196
II.	Interprétation dynamique . . . . .	197
1.	Nouvelles thématiques: numérisation, climat, pandémie . . . . .	197
2.	Du «sexe» au «genre»: vers une analyse non limitée à la comparaison «femme-homme» . . . . .	198
3.	La discrimination sous forme de violence fondée sur le genre . . . . .	199
4.	La discrimination multiple . . . . .	200
5.	La discrimination par association . . . . .	202
6.	La discrimination fondée sur le refus d'aménagements raisonnables . . . . .	204
a.	En raison du handicap, par association . . . . .	204
b.	En raison de la parentalité . . . . .	206
c.	En raison de l'effet combiné du handicap et du genre . . . . .	208
7.	Synthèse . . . . .	208
III.	Trois méthodes pour éliminer les discriminations . . . . .	210
1.	Interdire la discrimination directe ou indirecte . . . . .	210
a.	Effet discriminatoire . . . . .	210
aa.	Analyse quantitative . . . . .	211
aaa.	Prescriptions de taille à l'embauche: limites de l'approche quantitative . . . . .	212
bbb.	Prescriptions vestimentaires: limites de l'approche quantitative . . . . .	213
bb.	Analyse qualitative . . . . .	213
aaa.	Prescriptions de taille à l'embauche . . . . .	214
bbb.	Prescriptions vestimentaires . . . . .	215
b.	Absence de justification objective . . . . .	216
2.	Réaliser l'égalité de fait via des mesures temporaires spéciales . . . . .	218
a.	Rééquilibrage indispensable . . . . .	218
b.	Dans la sphère professionnelle . . . . .	219
3.	Lutter contre les stéréotypes de genre . . . . .	220
a.	Stéréotypes nocifs . . . . .	220
aa.	La jurisprudence du Comité CEDEF (art. 5 CEDEF) . . . . .	221
bb.	La jurisprudence de la CourEDH (art. 5 CEDEF) . . . . .	222
b.	Stéréotypes nocifs pour les femmes et les hommes . . . . .	223
c.	Stéréotypes liés à l'apparence physique et à l'expression de genre . . . . .	224
aa.	Codes vestimentaires et idéaux de beauté . . . . .	225
bb.	Transgression des normes de genre . . . . .	226
d.	Stéréotypes de genre et orientation sexuelle . . . . .	227
e.	Stéréotypes de genre au sens large . . . . .	229
4.	Synthèse . . . . .	230
C.	La discrimination au sens de la loi sur l'égalité (LEg) . . . . .	232
I.	Généralités . . . . .	232
II.	Ancrage constitutionnel: art. 8 Cst. . . . .	233
1.	Portée symétrique ou asymétrique . . . . .	233
2.	Notion de «sexe» . . . . .	234
3.	Trois méthodes pour réaliser l'égalité . . . . .	235
4.	Articulation des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst. . . . .	237

III. Champ d'application de la LEg . . . . .	238
1. Rapports de travail salariés . . . . .	238
2. Discrimination fondée sur le genre . . . . .	239
3. Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle? . . . . .	241
IV. Le concept de discrimination dans la jurisprudence LEg . . . . .	243
1. Généralités . . . . .	243
2. Embauche . . . . .	244
a. Lutte contre les stéréotypes de genre . . . . .	244
b. Mesures temporaires spéciales, quotas . . . . .	245
3. Rémunération . . . . .	247
a. La conception traditionnelle . . . . .	247
b. Au-delà de la seule comparaison femmes-hommes . . . . .	248
c. Lutte contre les stéréotypes . . . . .	250
4. Licenciement . . . . .	250
5. Harcèlement sexuel . . . . .	252
a. Au-delà de la comparaison femmes-hommes: l'atteinte à la dignité . . . . .	252
b. Propos sexuels ou sur l'orientation sexuelle . . . . .	252
c. Propos hostiles fondés sur le sexe, non sexuels stricto sensu . . . . .	253
D. Conclusion . . . . .	254
Bibliographie . . . . .	260
Rapports et autres sources . . . . .	273
Recommandations et observations générales des comités onusiens . . . . .	274

## A. Introduction

Depuis un quart de siècle, la loi fédérale sur l'égalité<sup>1</sup> interdit la discrimination «à raison du sexe» (art. 3 LEg) dans les rapports de travail salariés. Les résultats des analyses relatives à son efficacité sont mitigés. Si quelques grands procès ont eu pour effet d'améliorer la classification de métiers dits féminins dans les échelles de traitement communales ou cantonales<sup>2</sup>, la majorité des procédures intentées sur la base de la LEg se sont soldées par un échec pour la partie salariée<sup>3</sup>.

La nouvelle section de la LEg obligeant la partie employeuse à analyser régulièrement sa pratique salariale et à faire vérifier les résultats par un organe indépendant s'inscrit dans les efforts déployés pour rendre la loi plus efficace<sup>4</sup>. Les recommandations formulées jusqu'à ce jour visent avant tout à améliorer

1 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), RS 151.1.

2 Rapport du Conseil fédéral 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, FF 2006 3061, 3088.

3 Sur 165 jugements cantonaux, 103 (62,5 %) ont eu une issue entièrement ou majoritairement défavorable à la partie employée (LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, ch. 4.35). De même, devant le Tribunal fédéral, l'issue de la procédure s'avère défavorable à la partie salariée dans environ deux tiers des cas (LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.38).

4 Section 4a introduite par le ch. I de la LF du 14 décembre 2018, en vigueur du 1<sup>er</sup> juillet 2020 au 30 juin 2032 (RO 2019 2815; FF 2017 5169).

l'accès à la justice des personnes discriminées et portent notamment sur la preuve, le droit d'action des organisations ou les frais et dépens. Un renforcement de la protection contre les licenciements, une élévation du plafond prévu pour les indemnités et l'introduction de contrôles étatiques sont en outre préconisés<sup>5</sup>.

Peu d'attention est en revanche accordée à la notion même de discrimination «à raison du sexe». Les rapports relatifs à l'efficacité de la LEg évoquent la nécessité de former les juristes aux concepts de discrimination «indirecte» ou «multiple» et de les sensibiliser aux «stéréotypes sexistes»<sup>6</sup>, sans pour autant tracer les contours de ces notions avec précision. La présente contribution vise à expliciter ces concepts, à explorer le potentiel de figures moins connues du droit antidiscriminatoire, comme la discrimination «par association», et à préciser la portée de l'interdiction de discriminer fondée sur le «sexe». L'objectif n'est pas de proposer l'abolition de cette catégorie<sup>7</sup>, à laquelle sont rattachés les droits prévus par la LEg, mais d'esquisser des pistes pour repenser son interprétation<sup>8</sup>.

L'analyse des évolutions jurisprudentielles récentes ou souhaitables en matière de LEg s'effectue à la lumière de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)<sup>9</sup>. En effet, indépendamment de la question de la justiciabilité des droits prévus par ses dispositions, les tribunaux suisses sont tenus d'interpréter le droit interne de manière conforme à cette convention<sup>10</sup>, ratifiée par la Suisse en 1997, un an après l'entrée en vigueur de la LEg.

La première partie de cette contribution (B.) présente la notion de discrimination au sens de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF. L'accent est mis sur l'interprétation dynamique que fait le Comité CEDEF de cette disposition. Le Comité CEDEF n'œuvrant pas en vase clos, la présentation de son travail interprétatif est ponctuée de références aux jurisprudences d'autres comités onusiens, de la CourEDH, de la CJUE et de la Cour Suprême des Etats-Unis. La seconde partie (C.) est consacrée à l'interdiction de discriminer prévue par la LEg et analyse la jurisprudence y relative à la lumière de la CEDEF. Là encore, l'argumentation

5 Voir notamment le Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.343 du 14 juin 2012, «Le droit à la protection contre la discrimination», du 25 mai 2016, c. 2.2.1.

6 HAUSAMMANN/DE PIETRO, p. 42; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, Recommandation n° 6 et Analyse 2021, Recommandation n° 3.

7 Sur l'approche «anti-catégorielle» du droit et la suppression du critère «sexe», voir BÜCHLER/COTTIER, p. 416–419 avec les références.

8 A juste titre, KLEBER (p. 365) relève que la solution aux problèmes posés par les catégories du droit antidiscriminatoire ne réside pas dans l'abandon de celles-ci mais dans le questionnement de leur construction.

9 Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997, RS 0.108.

10 Voir l'ATF 137 I 305, c. 3.2 avec les références.

s'appuie sur les droits européen et états-unien, sources d'inspiration lors de l'élaboration de la LEg<sup>11</sup>.

Alors que la CEDEF touche tous les domaines de la vie, notre étude se limite aux rapports de travail, seuls couverts par le champ d'application de la LEg<sup>12</sup>. Elaborées sur la base d'exemples relatifs au monde professionnel, nos réflexions sur le concept de discrimination devraient, nous l'espérons, susciter l'intérêt au sein du cercle des spécialistes du droit du travail, et au-delà.

## B. La discrimination au sens de la CEDEF

### I. Approche asymétrique

Au niveau des Nations Unies, divers traités ratifiés par la Suisse prohibent la discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. A titre d'illustration, on peut citer les normes de l'Organisation internationale du Travail (OIT), notamment les Conventions n° 100<sup>13</sup>, 111<sup>14</sup>, 183<sup>15</sup> et 189<sup>16</sup>, ou le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)<sup>17</sup>. Alors que ce dernier consacre le droit égal de «l'homme et la femme» à bénéficier des droits énumérés dans le Pacte (art. 3), le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CDESC) souligne la nécessité, en pratique, d'accorder une attention particulière au groupe social principalement concerné par les discriminations fondées sur le sexe, à savoir les femmes<sup>18</sup>. De même, malgré la conception symétrique du principe de non-discrimination formulé dans les conventions de l'OIT, les travaux réalisés sous l'égide de cette organisation mettent l'accent sur le droit des femmes à ne pas être discriminées en raison du sexe dans le monde du travail<sup>19</sup>.

11 Voir le Message LEg, FF 1993 I 1163 expliquant que le projet de loi vise à rendre le droit suisse compatible avec le droit communautaire. En outre, la section relative au droit comparé accorde une place importante au droit en vigueur aux Etats-Unis, ce pays étant au bénéfice d'une «longue tradition jurisprudentielle sur les discriminations sexuelles» (FF 1993 I 1163, 1192).

12 Voir *infra* C. III. 1.

13 Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0).

14 Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1), art. 1.

15 Convention n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité (RS 0.822.738.3), art. 8 et 9.

16 Convention n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9), art. 3 § 2 et art. 11.

17 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels (RS 0.103.1), art. 2 § 2 et art. 3.

18 CDESC, Obs. gén. n° 16/2005 (Doc. NU E.C.12/2005/4), § 5 et 8; CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 8b; CDESC, Obs. gén. n° 23/2016 (Doc. NU E/C.12/GC/23), notamment § 47. Voir aussi K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 31.

19 Parmi de très nombreux exemples, voir le Rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail de l'OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, janvier 2019, p. 34–36, ou une note de

Complémentaire à ces instruments universels<sup>20</sup>, la CEDEF va plus loin dans la prise en considération de la réalité asymétrique de la discrimination fondée sur le sexe en limitant d'emblée son champ d'application aux discriminations vécues par les femmes<sup>21</sup>, notamment dans le domaine de l'emploi<sup>22</sup>.

## II. Interprétation dynamique

### 1. Nouvelles thématiques: numérisation, climat, pandémie

L'art. 2 CEDEF demande aux Etats de condamner la discrimination à l'égard des femmes «sous toutes ses formes», y compris celles qui n'existaient pas au moment de l'adoption du texte et qui sont apparues depuis lors<sup>23</sup>. Ainsi, la portée de la convention évolue au fil des années<sup>24</sup> et le Comité CEDEF analyse, dans ses récents travaux, l'impact de phénomènes au cœur des préoccupations actuelles, tels que les changements climatiques<sup>25</sup>, la numérisation de la société<sup>26</sup> ou la propagation mondiale d'une nouvelle maladie<sup>27</sup>. Par exemple, eu égard à la formation et au libre choix de la profession<sup>28</sup>, le Comité CEDEF demande aux Etats de favoriser l'accès des femmes et des filles aux nouvelles technologies<sup>29</sup>. En même temps, il souligne la nécessité de lutter contre des formes contemporaines de violences via Internet<sup>30</sup>, dont la fréquence s'accroît en temps de pandémie<sup>31</sup>.

---

synthèse publiée par l'OIT en mai 2020, dont le titre reflète une approche asymétrique: *Répondre à la crise du COVID-19: réaliser l'égalité de genre pour améliorer l'avenir des femmes au travail*.

20 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 3; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 6–8; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 7–11.

21 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 5. C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 24 souligne le pragmatisme de cette approche.

22 Voir les art. 1 et 11 CEDEF.

23 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 8 et 15; CEDEF, Rec. gén. 37/2018 (Doc. NU CEDAW/C/GC/37), § 31. Dès lors, comme relevé par SCHIESS RÜTIMANN, p. 179, il ne suffit pas que le droit national ait été conforme à la CEDEF au moment de sa ratification par l'Etat concerné.

24 C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 15; K/CEDAW-STURM/SCHLÄPPI/KÜNZLI, Art. 3 N 2, 5.

25 CEDEF, Rec. gén. 37/2018 (Doc. NU CEDAW/C/GC/37).

26 Au sujet de la discrimination par algorithmes, voir *infra* B. III. 1. aaa.

27 Voir p.ex. CEDEF, *Guidance Note on CEDAW and Covid-19* (INT\_CEDAW\_STA\_9156\_E).

28 Art. 10 et art. 11 § 1 let. c CEDEF.

29 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 33–35, 61, 81. Voir aussi C/CEDEF-WILSON/PATRY, art. 10 N 18; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 44 avec les références aux Observations finales.

30 CEDEF, Rec. gén. 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 20.

31 Voir CEDEF, Rec. gén. 38/2020 (Doc. NU CEDAW/C/GC/38), § 36–37 relatifs à l'impact des technologies numériques sur la traite des femmes et des filles, en particulier durant la pandémie de COVID-19.

## 2. Du «sexe» au «genre»: vers une analyse non limitée à la comparaison «femme-homme»

La CEDEF «est un instrument dynamique qui contribue et s'adapte au développement du droit international»<sup>32</sup>. A son tour, le droit international s'inspire des théories féministes du droit et suit leurs évolutions<sup>33</sup>.

Ainsi, il y a une dizaine d'années, le Comité CEDEF a précisé que, bien que la Convention ne mentionne «que la discrimination fondée sur le sexe, la lecture de l'article premier en parallèle avec les articles 2f) et 5a) montre qu'elle se rapporte également à la discrimination à l'égard des femmes fondée sur le genre». Selon le Comité, le terme «sexe» désigne les «différences biologiques entre l'homme et la femme», alors que le mot «genre» renvoie à la signification «que la société donne aux différences biologiques», construction sociale qui «engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes» et une répartition inégale «du pouvoir et des droits», au détriment des premières<sup>34</sup>. Les dispositions susmentionnées obligent en effet les Etats parties à prendre toutes les mesures propres à modifier les pratiques fondées «sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5a CEDEF), y compris lorsqu'elles émanent d'individus ou organisations privées<sup>35</sup>. Dès lors, les Etats sont par exemple tenus de condamner la pratique entrepreneuriale consistant à ne pas retenir la candidature d'une jeune femme sur la base du présumé selon lequel la travailleuse deviendra prochainement mère et se désinvestira certainement de la sphère professionnelle<sup>36</sup>.

S'intéressant aux racines de la discrimination à l'égard des femmes, l'art. 5b CEDEF rappelle que «la maternité est une fonction sociale» et souligne «la responsabilité commune de l'homme et de la femme» dans l'éducation des enfants. L'art. 11 § 2 let. c CEDEF requiert des Etats qu'ils mettent en place un cadre habilitant les *parents* à trouver un équilibre entre vies professionnelle et familiale, notamment via le soutien au développement de structures d'accueil ou l'instauration d'un congé de paternité<sup>37</sup>.

32 CEDEF, Rec. gén. n° 32/2014 (Doc. NU CEDAW/C/GC/32), § 2. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 2; CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 3; C/CEDEF-CHATTON, art. 3 N 11.

33 Voir notamment CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 613–645; KNOP, p. 1–12; RUDOLF, p. 5–10; VON ARNAULD, p. 13–45.

34 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 5; CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8. La dichotomie sexe (biologique)/genre (social) sur laquelle se fonde le Comité CEDEF est toutefois critiquable eu égard aux travaux menés en sciences sociales (sur l'intersexualité, p.ex.) montrant que le sexe biologique est aussi une construction sociale. Parmi d'autres: PARINI, p. 25–29; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 22–23; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 10, 46.

35 Voir l'art. 2 let. e et f CEDEF.

36 CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 20; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 32; K/CEDAW-HOLTZLEITHNER, Art. 5 N 23.

37 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 94–98 et *infra* B. III. 3. b.

Ainsi, l'art. 11 CEDEF, lu conjointement avec l'art. 5 CEDEF, ne se limite pas à garantir aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes dans le domaine de l'emploi mais vise, de façon plus fondamentale, une modification des rôles sociaux<sup>38</sup>. Alors que le premier paragraphe de l'article 11 demande aux Etats de prendre toutes les mesures propres à assurer aux femmes le droit au travail «sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme», le deuxième paragraphe sort de la logique de la comparaison avec une personne du sexe opposé et met l'accent sur la discrimination vécue par les femmes dans le monde du travail *en raison de* leur statut d'épouse ou de (potentielle) mère<sup>39</sup>. L'article premier de la CEDEF interdit explicitement la discrimination fondée sur l'état civil (ou «statut matrimonial»)<sup>40</sup> et partant les différences de traitement *entre femmes mariées et femmes non mariées*, qui trouvent leur origine dans une conception stéréotypée des rôles féminin et masculin<sup>41</sup>.

### 3. *La discrimination sous forme de violence fondée sur le genre*

Au début des années nonante, une étape importante a été franchie dans le processus d'interprétation de la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de la CEDEF. Dans une Recommandation générale n° 19, le Comité CEDEF a précisé que «la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme» entre dans le champ d'application de la Convention<sup>42</sup>. Une version complétée et actualisée de cette Recommandation utilise l'expression «violence à l'égard des femmes fondée sur le genre» afin de mettre en évidence que cette violence vise ces dernières en tant que groupe social et représente un des principaux moyens de perpétuer «la subordination des femmes par rapport aux hommes et leurs rôles stéréotypés»<sup>43</sup>. La violence fondée sur le genre est considérée à la fois comme une cause et une conséquence des inégalités entre femmes et hommes<sup>44</sup>. Au niveau du Conseil de l'Europe, la Convention d'Istanbul, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> avril 2018, définit d'emblée la «violence à l'égard des femmes» comme une forme de discrimination<sup>45</sup>. Selon cette

38 Sur l'approche transformative de la CEDEF, voir aussi *infra* B. III. 3.

39 Voir RADAY, p. 284; K/CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 N 6–8.

40 Voir aussi l'art. 16 CEDEF.

41 Dans ce sens: K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 58–59; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 37.

42 CEDEF, Rec. gén. n° 19/1992 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), § 6. Voir aussi CEDEF, Rec. gén. n° 12/1989 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)); CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 19.

43 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), §§ 9–10. Développée en particulier par MACKINNON à la fin des années 1970 aux Etats-Unis, la théorie de la subordination a durablement influencé la conception du harcèlement sexuel sur le lieu de travail comme discrimination fondée sur le sexe (voir MACKINNON, *Sexual Harassment*, p. 101–213). Pour un résumé de la théorie et des discussions à son sujet, voir LEMPEN, *Au-delà du mobbing*, p. 151–155.

44 Voir notamment C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 45–48; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 39.

45 Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (RS.0.311.35), art. 3 let. a.



convention, dont le préambule se réfère à la CEDEF, «le terme «violence à l'égard des femmes fondée sur le genre» désigne toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée»<sup>46</sup>.

Le harcèlement sexuel dans les relations de travail constitue un exemple classique de violence fondée sur le genre, comme le souligne la Convention OIT n° 190, dont le champ d'application couvre la violence et le harcèlement commis «à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail», notamment via les médias sociaux<sup>47</sup>. Bien que ce nouvel instrument, à l'instar des conventions précitées, reconnaisse que «la violence et le harcèlement fondés sur le genre touchent de manière disproportionnée les femmes et les filles» à l'échelle mondiale<sup>48</sup>, cette forme de discrimination ne présuppose pas, dans un cas concret, qu'une comparaison<sup>49</sup> soit opérée entre le nombre de femmes et d'hommes harcelés au sein de la même entité employeuse. La démonstration qu'une personne a été harcelée «en raison de son sexe ou de son genre»<sup>50</sup> suffit. L'établissement du lien de causalité implique de se demander si la personne concernée aurait été harcelée si elle avait été d'un autre genre. Autrement dit, comme en matière de licenciement abusif ou discriminatoire<sup>51</sup>, il convient de déterminer si, en l'absence du critère «femme», le traitement aurait tout de même été infligé, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une comparaison avec une personne du sexe opposé sur le lieu de travail concerné. Le droit de l'Union européenne définit le harcèlement comme une forme spécifique de discrimination, ne présupposant aucune comparaison avec les «personnes d'un autre sexe»<sup>52</sup>. Nous verrons qu'il en va de même en droit suisse<sup>53</sup>.

#### 4. La discrimination multiple

La notion de discrimination multiple trouve son origine dans la critique raciale féministe (*Black Feminist Critique*) du droit antidiscriminatoire, développée dans les années 1980 en Amérique du Nord<sup>54</sup>. Dès les années 1990, le terme est utilisé au niveau des Nations Unies pour décrire les discriminations fondées

46 Art. 3 let. d Convention d'Istanbul.

47 Convention OIT n° 190 du 21 juin 2019 sur la violence et le harcèlement dans le monde du travail, art. 3. Voir *infra* C. III. 1.

48 Voir le préambule de la Convention OIT n° 190.

49 Voir KLEBER, p. 391–392; TOBLER, Diskriminierungsbegriff, p. 45.

50 Art. 1 let. b Convention OIT n° 190.

51 Parmi d'autres: CS/CIT-DUNAND, art. 336 CO N 3, 7–8, 16–17.

52 Comparez les définitions de la «discrimination indirecte» et du «harcèlement» consacrées par l'art. 2 de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), L 204/23.

53 Voir l'art. 4 LEg et *infra* C. IV. 5.

54 Voir KLEBER, p. 19–25 qui se réfère à la théorie de l'intersectionnalité développée par CRENshaw et présente les critiques adressées à cette théorie, notamment celle selon laquelle le fait de

sur plusieurs critères<sup>55</sup>. Le Comité CEDEF explique que la «discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique<sup>56</sup>, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles»<sup>57</sup>.

Dans le contexte de la lutte contre la pandémie de COVID-19, le Comité CEDEF enjoint les Etats à atténuer les effets de la crise économique sur les groupes de femmes confrontées à un risque accru de pauvreté, notamment celles employées selon des modalités précaires, avec une faible rémunération ou actives dans le secteur informel<sup>58</sup>, dont un grand nombre de travailleuses domestiques<sup>59</sup>. De façon générale, le Comité s'inquiète de l'accès limité au marché du travail des femmes confrontées à des «formes multiples et croisées de discrimination», notamment les travailleuses migrantes<sup>60</sup>, âgées<sup>61</sup> ou en situation de handicap<sup>62</sup>.

Au sujet de ce dernier critère, il est intéressant de noter que la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>63</sup>, adoptée quinze ans après la Recommandation générale du Comité CEDEF sur les «femmes handicapées»<sup>64</sup>, traite explicitement de la discrimination multiple en consacrant une disposition à ces dernières<sup>65</sup>. Le Comité CDPH explique que les «femmes handicapées» sont davantage discriminées par rapport à la fois aux hommes handicapés et aux femmes non handicapées<sup>66</sup>. En outre, ce groupe est loin d'être homogène et inclut des femmes de différentes origines ethniques, pratiquant

---

croiser les catégories permet certes de montrer leur interaction mais se prête mal à leur remise en question. Voir CONAGHAN, p. 333.

55 Voir KLEBER, p. 25–28.

56 Voir CEDEF, L. A. *et al.* c. Macédoine du Nord (Doc. NU CEDAW/C/75/D/110/2016); CEDEF, S.N., E.R. c. Macédoine du Nord (Doc. NU CEDAW/C/75/D/107/2016).

57 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; KLEBER, p. 91–93; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 30; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 49–51.

58 CEDEF, *Guidance Note on CEDAW and Covid-19* (INT\_CEDAW\_STA\_9156\_E), § 6–7. Voir aussi CDESC, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels (Doc. NU E./C.12/2020/1), § 5, qui mentionne en outre la vulnérabilité particulière du personnel soignant.

59 Le Comité CEDEF recommande de ratifier la Convention OIT n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9) et de faciliter l'accès des femmes au secteur structuré de l'économie. Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 23–27 avec les références aux Observations finales du Comité.

60 CEDEF, Rec. gén. n° 26/2008 (Doc. NU CEDAW/C/2009/WP.1/R).

61 CEDEF, Rec. gén. n° 27/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/27), § 41.

62 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 34–40 avec les références aux Observations finales.

63 Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 (CDPH, RS 0.109).

64 CEDEF, Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)). Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/G/GC/36), §§ 43–44 (étudiantes handicapées).

65 Voir l'art. 6 CDPH à lire conjointement avec l'art. 27 CDPH (droit au travail). Voir aussi CDPH, Rec. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), §§ 19, 21, 36; KLEBER, p. 98–99 et *infra* B. III. 3. c. (stéréotypes intersectionnels).

66 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 9.

diverses religions et de toutes orientations sexuelles, pour ne citer que ces exemples<sup>67</sup>.

Depuis 2010<sup>68</sup>, le Comité CEDEF se préoccupe des difficultés spécifiques rencontrées par les femmes du fait de leur orientation sexuelle ou identité de genre<sup>69</sup>, notamment en lien avec le droit à l'éducation<sup>70</sup> ou le droit au travail<sup>71</sup>. Au fil du temps, la notion de «femmes» a donc évolué de façon à inclure<sup>72</sup>, notamment, les femmes «lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées», particulièrement touchées par les violences fondées sur le genre<sup>73</sup>. Nous examinerons plus loin la question de savoir si une interprétation dynamique de la CEDEF requiert d'étendre son champ d'application à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, non pas seulement sous l'angle de la discrimination multiple vécue par les femmes, mais *en tant que telle*, indépendamment d'une comparaison entre femmes et hommes<sup>74</sup>.

### 5. *La discrimination par association*

Le Comité CDESC explique «la discrimination par association» de la façon suivante: «Lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est victime de discrimination fondée sur l'un ou plusieurs des motifs interdits, cette identification, sauf justification contraire, est fondée sur l'auto-identification de l'individu concerné. L'appartenance à un groupe inclut aussi l'association à un groupe victime de discrimination pour l'un ou plusieurs des motifs interdits – cas d'un parent d'enfant handicapé<sup>75</sup>, par exemple – ou le fait d'être perçu par autrui comme appartenant à un groupe (par exemple, personne ayant la même couleur de peau ou défendant les droits d'un groupe particulier ou ayant appartenu à un groupe par le passé)»<sup>76</sup>. Ainsi, une personne licenciée pour avoir pris part à une manifestation en faveur de la communauté lesbienne, gay et bisexuelle est en

67 Voir CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 5.

68 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18.

69 Indépendamment du sexe assigné à la naissance, une personne peut avoir le sentiment d'appartenir au genre féminin ou masculin ou de ne se reconnaître dans aucun de ces deux pôles.

70 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/G/GC/36), § 45–46 (étudiantes bisexuelles, transgenres et intersexuées).

71 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 35.

72 C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 40. Voir aussi: K/CEDAW-SCHLÄPPI/WYTENBACH/ULRICH, Teil 1 N 31–32; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 47–48; SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 89.

73 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 12, 29c. Voir aussi HOLTMAAT/POST, p. 327–330; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 60 avec les réf. aux Observations finales du Comité CEDEF sur les violences homophobes et transphobes.

74 *Infra* B. III. 3. d.

75 Le Comité CDPH précise que l'interdiction de toute discrimination «fondée sur le handicap» vise à protéger les personnes handicapées et leur entourage. Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 17, 20.

76 CDESC, Rec. gén. n° 20/20009 (Doc. NU E./C/12/GC/20), § 16.

droit d'invoquer une discrimination par association fondée sur l'homosexualité ou la bisexualité, quelle que soit sa propre orientation sexuelle<sup>77</sup>.

La discrimination par association est un concept connu du droit européen en matière de non-discrimination<sup>78</sup>. Dans un arrêt *Coleman*<sup>79</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une travailleuse stigmatisée sur son lieu de travail en raison du handicap de son fils avait subi, par association, une discrimination directe<sup>80</sup> et un harcèlement fondé sur le handicap au sens de la directive 2000/78/CE<sup>81</sup>. L'arrêt ne précise pas si une discrimination par association pourrait être retenue dans l'hypothèse où la personne en situation de handicap n'aurait pas été l'enfant de la travailleuse mais un autre parent ou un ami proche auquel la salariée prodiguerait au quotidien les soins nécessaires<sup>82</sup>. La question de savoir si la travailleuse avait en outre été discriminée sur la base de la maternité, en violation de la directive 2006/54/CE relative à l'égalité entre femmes et hommes<sup>83</sup>, n'a pas davantage été examinée<sup>84</sup>.

Récemment, le Comité CEDEF a constaté<sup>85</sup> une violation des art. 3 et 11 CEDEF<sup>86</sup> dans une affaire concernant une retraitée dont la rente de vieillesse avait été fixée sans inclure dans la période de cotisation une partie des années consacrées à la prise en charge d'un enfant gravement handicapé. Au niveau national, l'auteure de la plainte avait notamment invoqué une discrimination fondée sur son association avec sa fille en situation de grave handicap. Le Comité CEDEF prend en considération cette discrimination par association dans le cadre de son analyse de la discrimination multiple<sup>87</sup>. En effet, le Comité note «que

77 Comme jugé par le Tribunal de district de Varsovie, V CA 3611/14, le 18 novembre 2015. Arrêt résumé in Agence FRA, p. 57–58.

78 Voir Agence FRA, p. 56–58, qui se réfère à l'arrêt CourEDH, *Guberina c. Croatie* du 22 mars 2016, n° 23682/13, § 79, où la Cour conclut que «le traitement discriminatoire dont le requérant se plaint à raison du handicap de son enfant, avec lequel il entretient des liens personnels étroits et auquel il prodigue des soins s'analyse en une forme de discrimination fondée sur le handicap qui est couverte par l'article 14 de la Convention».

79 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008, résumé notamment par KLEBER, p. 344; WADDINGTON/BRODERICK, p. 74–75.

80 La possibilité d'une discrimination *indirecte*, par association, a été admise dans un arrêt CJUE du 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, aff. C-83/14, § 45–60, afférent au critère de «l'origine ethnique» au sens de la directive 2000/43/CE (réf. complète). Voir WADDINGTON/BRODERICK, p. 51, 75–76.

81 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE L 303 du 2 décembre 2000 p. 0016–0022, § 2.

82 Voir VENTEGODT LIISBERG, p. 100–101; LEMPEN, Handicap, p. 125–127.

83 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), L 204/23.

84 Comme le relèvent BURRI/SCHIEK, p. 8; KLEBER, p. 306 n. 1243.

85 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016).

86 En particulier, l'art. 11 § 1 let. e (accès au système de sécurité sociale) et § 2 let. c (équilibre entre responsabilités familiales et professionnelles) CEDEF.

87 Sur cette notion, voir *supra* B. II. 4.

l’auteure est une personne âgée qui se trouve dans une situation économique critique après avoir pris soin de sa fille gravement handicapée (et aujourd’hui décédée) pendant 20 ans et que la conjonction des motifs de discrimination invoqués, le sexe et son association avec un enfant handicapé, la rend particulièrement vulnérable à la discrimination [...]»<sup>88</sup>. Ainsi, le Comité CEDEF semble avoir reconnu l’existence d’une discrimination fondée sur le sexe<sup>89</sup>, sur l’âge et – par association – sur le handicap. En l’espèce, une violation de la CDPH<sup>90</sup>, en sus de la CEDEF, ne paraît pas avoir été invoquée et n’aurait probablement pas été examinée, faute de compétence matérielle<sup>91</sup>. Dans son Observation générale sur les femmes et les filles handicapées, le Comité CDPH relève que les femmes pourvoyeuses de soins à une personne handicapée subissent souvent une discrimination par association<sup>92</sup>.

## 6. *La discrimination fondée sur le refus d’aménagements raisonnables*

### a. *En raison du handicap, par association*

La reconnaissance d’une discrimination par association fondée sur le handicap dans des litiges concernant des mères se trouvant dans une situation financière précaire après avoir dû cesser ou réduire une activité lucrative pour s’occuper «de leurs enfants handicapés dans une société qui attribue traditionnellement aux femmes la responsabilité des soins»<sup>93</sup>, pose la question de savoir si ces dernières seraient fondées à se prévaloir, par association, du droit à des aménagements raisonnables au sens de la CDPH ou de la directive 2000/78/CE.

Rappelons que la CDPH qualifie de discrimination fondée sur le handicap le refus de procéder à des «aménagements raisonnables»<sup>94</sup>, notamment dans le domaine de l’emploi<sup>95</sup>. Pour être qualifiés de «raisonnables», les adaptations doivent être «nécessaires et appropriées», au regard des besoins individuels<sup>96</sup>

88 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.11.

89 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.15-7.16.

90 Pourtant ratifiée en 2010 par la République de Moldavie.

91 Voir C/CEDEF-RUEDIN, art. 1 PF-CEDEF, N 7. Voir aussi art. 4 § 2 let. b PF-CEDEF. Un tel «cloisonnement procédural» se prête mal à une réparation adéquate du préjudice lié à une discrimination multiple: voir PREVITALI, p. 201–202.

92 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 17c.

93 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.16. Voir les explications données au chiffre précédent.

94 Art. 2 § 3, 5 § 3. Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 17 et 18c; CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 14–15.

95 En particulier, la lettre i de l’art. 27 § 1 CDPH demande aux Etats partie de prendre les mesures appropriées pour «faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées». Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 23, 67. Voir aussi HESS-KLEIN, *Cadre conventionnel*, p. 44; LEMPEN, *Handicap*, p. 134–135 avec les références.

96 Alors que les mesures positives bénéficient à un groupe, afin de changer la réalité sociale, l’aménagement raisonnable vise avant tout à répondre *ex nunc* aux besoins spécifiques d’un in-

dans une situation concrète, et ne pas imposer une «charge disproportionnée ou indue» à la partie employeuse<sup>97</sup>.

Au niveau de l'Union européenne, la directive 2000/78/CE consacre un véritable droit<sup>98</sup> à des «aménagements raisonnables» dans les rapports de travail uniquement en lien avec le critère du handicap<sup>99</sup>. Selon le préambule de la directive, il convient de prévoir des «mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap»<sup>100</sup>, par exemple en mettant à disposition un local agencé pour l'allaitement et accessible aux mères handicapées<sup>101</sup>. En pareil cas, l'aménagement prend en considération à la fois le handicap et la maternité<sup>102</sup>. Il peut aussi s'agir d'adapter les «équipements» (p.ex. informatiques), les «tâches» ou les «rythmes de travail»<sup>103</sup>.

Dès lors, dans l'arrêt susmentionné *Coleman c. Attridge Law*<sup>104</sup>, la travailleuse aurait-elle été fondée à se prévaloir d'un droit à ce que ses horaires soient aménagés de façon à faciliter la prise en charge de son enfant en situation de handicap? La Cour de justice de l'Union européenne répond par la négative au motif que le texte de l'art. 5 de la directive 2000/78/CE relatif aux aménagements raisonnables indique que seule une «personne handicapée» est légitimée à invoquer cette disposition<sup>105</sup>. En principe, rien n'empêche toutefois les salariées dans une situation similaire à celle de Mme Coleman de solliciter des aménagements raisonnables en raison de leur *propre* situation de mère, proche aidante<sup>106</sup>, sans obligation cependant pour la partie employeuse d'accéder à leur requête, comme exposé dans les lignes qui suivent.

---

dividu (CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 [Doc. NU CRPD/C/GC/6]), sans forcément remettre en question la norme. Voir KLEBER, p. 401 avec les références.

97 Voir la définition donnée à l'art. 2 § 4 CDPH. Sur le caractère «raisonnable»: CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 25a/b; WADDINGTON/BRODERICK, p. 70, 72; VENTEGODT LIISBERG, p. 109–111.

98 Contrairement à l'art. 2 CDPH, l'art. 5 directive 2000/78/CE ne définit pas la violation de ce droit comme une discrimination: WADDINGTON/BRODERICK, p. 69, 71. VENTEGODT LIISBERG, p. 112–115 propose d'analyser le refus d'aménagements raisonnables comme une forme *sui generis* de discrimination. Du même avis: PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 1209.

99 Bien que cette directive couvre aussi d'autres critères, dont la religion, à propos de laquelle la notion d'aménagements raisonnables a été initialement développée en Amérique du Nord. Voir WADDINGTON, p. 189–190; BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, p. 139–150.

100 Préambule, chiffre 20.

101 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 15.

102 Voir WADDINGTON, p. 198.

103 Préambule, chiffre 20. En Suisse, pour le personnel de la Confédération, voir la liste figurant à l'art. 12 OHand (Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003, RS 151.31). Pour le secteur privé, voir les art. 328 CO et art. 6 LTr. Voir aussi: SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 97, 100; LEMPEN, Handicap, p. 140, 144–146.

104 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008.

105 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008, § 39. WADDINGTON/BRODERICK, p. 73, 76 jugent cette interprétation non conforme à la CDPH. Voir aussi FERRI/LAWSON, p. 55.

106 Pour une définition de l'«aidant», voir la Directive UE/2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la direc-

*b. En raison de la parentalité*

Depuis quelques années, la doctrine constate une tendance à un élargissement du cercle des bénéficiaires du droit à des «aménagements raisonnables» dans les rapports de travail, notamment suite aux progrès réalisés pour favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et vie familiale<sup>107</sup>. En Suisse, par exemple, un droit à des aménagements résulte désormais non seulement des dispositions de protection des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes<sup>108</sup> et des articles sur le congé maternité<sup>109</sup>, mais aussi des nouvelles normes sur le congé paternité<sup>110</sup> ou sur les congés pour s'occuper de proches malades<sup>111</sup>. D'autres règles, comme celles relatives à la prise en considération des responsabilités familiales lors de la fixation des horaires<sup>112</sup>, laissent toutefois une marge de manœuvre importante à la partie employeuse<sup>113</sup>. Généralement, en effet, les demandes d'aménagement flexible du temps de travail en lien avec la parentalité demeurent subordonnées au bon vouloir des directions, qui apprécient librement<sup>114</sup> la praticabilité d'une telle mesure au regard des besoins de l'entreprise<sup>115</sup>.

Dans ses Observations finales, le Comité CEDEF recommande aux Etats de promouvoir «des horaires de travail flexibles» afin de permettre aux parents de combiner responsabilités familiales et professionnelles<sup>116</sup>. Il suggère d'intro-

---

tive 2010/18/UE du Conseil, JO L 188/79, art. 3 § 1 let. d. Sur l'émergence de la notion de «proche aidant» en droit suisse, voir PERRENOUD, Proches aidants, 35 ss et 39–40. Voir aussi WITZIG, p. 123.

107 Voir ALIDADI, p. 121–122; DAVIDOV/MUNDLAK, p. 199; ROBIN-OLIVIER, Reasonable, p. 152–153.

108 Art. 11 § 2 let. d CEDEF, art. 35–35b LTr.

109 Art. 11 § 2 let. b CEDEF; art. 329f CO, 16b–16h LAPG. Plus d'explications sur ces aménagements: PERRENOUD, Durée du travail, p. 668–675.

110 Art. 11 § 2 let. c CEDEF; art. 329g CO, 16i–16m LAPG.

111 Art. 11 § 1 let. e et § 2 let. c CEDEF; art. 36 al. 3 et 4 LTr; art. 329h CO (congé de courte durée pour assister un proche malade, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021); art. 329i CO, art. 16n–16 s LAPG (congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021). A l'instar des nouveaux articles sur le congé paternité (cités à la note précédente), ces dispositions ont été introduites par la LF du 20 décembre 2019 sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches (RO 2020 4525; FF 2019 3941).

112 Art. 36 al. 1 LTr. Voir aussi l'art. 321c al. 1 CO (sur les limites à l'exigibilité des heures supplémentaires).

113 Dans ce sens: HENSCH, p. 1641.

114 La situation actuelle, avec *obligation* de recourir au télétravail pour des motifs de santé publique (voir Ordonnance 3 du 3 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus [COVID-19] RS 818.101.24, art. 27a), est exceptionnelle et ne résout pas les problèmes de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, en particulier pour les femmes. Voir: BÜTIKOFER/CARVIOLINI/HERMANN/KRÄHENBÜHL, p. 16–18.

115 Voir LEMPEN/MAJOR, p. 128–129 avec les références. Voir aussi la Directive UE/2019/1158, art. 9 § 2 («les employeurs examinent les demandes de formules souples du travail [...] en tenant compte à la fois de leurs propres besoins et de ceux de travailleurs»).

116 CEDEF, Obs. fin. Argentine, n° 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ARG/CO/7), § 31.d; CEDEF, Obs. fin. Japon, no 7–8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/JPN/CO/7–8), § 35.b. Voir aussi CDESC,



duire, pour la partie employeuse, une «obligation d'accéder aux demandes raisonnables d'aménagements des modalités de travail»<sup>117</sup>. Le texte de la CEDEF ne contient toutefois aucune référence aux «aménagements raisonnables» ni *a fortiori* ne définit, à l'instar de l'art. 2 CDPH<sup>118</sup>, le refus de tels aménagements comme une discrimination.

Dans une certaine mesure, un devoir de procéder à des aménagements raisonnables en lien avec les critères sexe et parentalité peut se déduire de l'interdiction de la discrimination indirecte<sup>119</sup> prévue par l'art. 2 CEDEF. En effet, la discrimination indirecte au sens de cette disposition se produit notamment lorsqu'une pratique, apparemment neutre sous l'angle du genre, a en réalité un effet discriminatoire pour les femmes du fait qu'elle «ne prend pas en compte les inégalités préexistantes»<sup>120</sup>. Nous verrons dans la section suivante que, lorsque l'impact discriminatoire est établi, il sied d'examiner, au regard du principe de proportionnalité, si la mesure se justifie néanmoins objectivement<sup>121</sup>. Dans l'hypothèse, par exemple, où une entreprise réserverait l'accès aux postes à responsabilité aux personnes engagées à plein temps, il conviendrait de se demander, sous l'angle de la proportionnalité, si la condition du taux d'occupation à 100% (en moyenne plus difficile à remplir pour les femmes du fait de la répartition inégale des tâches domestiques) est véritablement nécessaire ou si, au contraire, on pourrait raisonnablement attendre de la direction qu'elle choisisse des critères de sélection moins discriminatoires et adapte ses exigences en offrant, par exemple, la possibilité d'un *job-sharing*. Notons que le Comité CEDEF recommande aux Etats d'encourager les entreprises à prévoir des emplois à temps partiels pour des «postes de haut niveau»<sup>122</sup>.

Les aménagements qui sont exigés, au niveau structurel, pour réussir le test de proportionnalité lors de l'examen d'une discrimination indirecte ne sont tou-

---

Obs. gén. n° 23/2016 (Doc. NU E/C.12/GC/23), § 46. Voir aussi la Recommandation de l'OIT n° 165 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (R165 relative à la C156), § 18 (b).

117 CEDEF, Obs. fin. Australie, n° 8/2018 (Doc. NU CEDAW/C/AUS/CO/8), § 44.b. Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 99.

118 Voir *supra* B. II. 6. a.

119 Voir WADDINGTON, p. 192–194. De façon générale, la jurisprudence relative au licenciement abusif (art. 336 CO) déduit de l'obligation de protection de la personnalité (art. 328 CO) un devoir de procéder à des aménagements raisonnables avant de mettre fin aux rapports de travail, notamment lorsque la personne salariée est âgée et bénéficie d'une grande ancienneté. Voir LEMPEN, Licenciement, p. 81–86 avec les références. Selon PÄRLI, Eltern, p. 945–946, cette jurisprudence pourrait fonder un devoir d'examiner la faisabilité d'une modification temporaire du taux d'activité avant de se résoudre à licencier une personne ayant des difficultés à respecter l'horaire convenu pour des motifs familiaux. Dans la fonction publique, le devoir de ne recourir au licenciement qu'en dernier recours résulte du principe de proportionnalité. Voir CANDRIAN, p. 110.

120 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16.

121 Voir *infra* B. III. 1. b.

122 CEDEF, Obs. fin. Allemagne, n° 7–8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/DEU/CO/7–8), § 36.b; CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), § 37.b; CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, n° 6–7/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LUX/CO/6–7), § 42c.



tefois pas assimilables à des «aménagements raisonnables» au sens de l'art. 2 § 4 CDPH<sup>123</sup>. En effet, alors que l'interdiction de la discrimination indirecte requiert de modifier la règle générale qui, *de facto*, a un impact négatif particulier pour un groupe social, l'aménagement raisonnable exige de faire, dans un cas individuel, une exception à la règle, sans pour autant l'abroger<sup>124</sup>. Il arrive que la règle générale, dont il s'avère qu'elle désavantage plus particulièrement les membres d'un groupe, repose sur une justification objective<sup>125</sup> et soit dès lors maintenue. En pareille hypothèse, l'aménagement raisonnable permettra d'y faire exception, de façon ponctuelle, afin de prendre en considération les besoins spécifiques d'une personne dans une situation concrète<sup>126</sup>.

*c. En raison de l'effet combiné du handicap et du genre*

Bien que la CEDEF demande aux Etats de prévoir certains aménagements (de façon à protéger les travailleuses enceintes et allaitantes<sup>127</sup> ou à favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et familiale<sup>128</sup>), force est de constater que cette convention ne consacre aucun droit à des aménagements raisonnables *stricto sensu* fondé uniquement sur le critère «sexe». Les seules femmes à pouvoir se prévaloir d'un tel droit devant le Comité CEDEF sont celles en situation de handicap. Il résulte des Recommandations générales sur les femmes handicapées adoptées respectivement par ce comité et par le Comité CDPH qu'un refus de procéder aux aménagements raisonnables permettant à une travailleuse en situation de handicap d'accéder à un emploi, p.ex. un aménagement des horaires de travail, peut constituer une discrimination multiple<sup>129</sup> au sens à la fois des art. 2 CDPH et 1<sup>er</sup> CEDEF<sup>130</sup>.

## 7. Synthèse

Au fil de ses sessions, le Comité CEDEF a précisé la portée de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF. Une interprétation évolutive de la convention permet d'appréhender de nouveaux phénomènes, comme la numérisation de la société<sup>131</sup>. Elle permet aussi d'intégrer et de contribuer aux développements théoriques du droit antidiscriminatoire. L'évolution terminologique du «sexe» au «genre», dans les travaux du Comité CEDEF, souligne que la convention ne se limite pas à garantir aux

123 Voir ALIDADI, p. 123–131.

124 Voir KLEBER, p. 404 avec les références.

125 Voir *infra* B. III. 1. b.

126 Dans ce sens: BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, p. 139.

127 Art. 11 § 2 let. b et d CEDEF.

128 Art. 11 § 1 let. c et e, §. 2 let. c CEDEF.

129 Voir *supra* B. II. 4.

130 CEDEF, Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)); CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 15.

131 Voir *supra* B. II. 1.

femmes les mêmes droits qu'aux hommes mais vise, de façon plus fondamentale, une modification des rôles sociaux<sup>132</sup>.

La qualification de la *violence fondée sur le genre* comme forme de «discrimination à l'égard des femmes» marque un tournant important dans la compréhension de cette notion. Le harcèlement sexuel des travailleuses, par exemple, est analysé comme un moyen de perpétuer les inégalités fondées sur le genre, indépendamment d'une comparaison entre collègues de sexe différent<sup>133</sup>.

Une autre étape décisive pour l'interprétation de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF a été franchie lorsque le Comité CEDEF a pris en considération la *discrimination multiple* et reconnu que la «discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles»<sup>134</sup>. Au cours des années, la notion de «femmes» a évolué de façon à inclure, notamment, les femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées, particulièrement touchées par les violences fondées sur le genre<sup>135</sup>.

Récemment, la notion de *discrimination par association* a fait son entrée dans la jurisprudence du Comité CEDEF<sup>136</sup>. La constatation d'une discrimination par association fondée sur le handicap dans des litiges concernant des mères ayant dû renoncer à leur emploi pour s'occuper de leur enfant handicapé pose la question de savoir si ces dernières sont fondées à se prévaloir, par association, du droit à des «aménagements raisonnables» tel que reconnu par la CDPH<sup>137</sup>. En particulier, l'art. 2 CDPH qualifie de discrimination fondée sur le handicap le refus de procéder à de tels aménagements. L'analyse effectuée plus haut, à lumière notamment du droit de l'Union européenne, montre qu'une *discrimination fondée sur le refus d'aménagements raisonnables* n'est interdite par la CEDEF que lorsque les aménagements requis sont nécessaires à la fois en raison du genre et du handicap, nonobstant l'accent mis par le Comité CEDEF sur la nécessité, de façon générale, d'aménager les conditions de travail en fonction des besoins du personnel assumant des responsabilités familiales<sup>138</sup>.

132 Voir *supra* B. II. 2.

133 Voir *supra* B. II. 3.

134 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; KLEBER, p. 91–93; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 30; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 49–51.

135 Voir *supra* B. II. 4.

136 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016). Voir *supra* B. II. 5.

137 Voir art. 5 § 3 et 27 CDPH.

138 Voir *supra* B. II. 6. a.

### III. Trois méthodes pour éliminer les discriminations

Afin d'éliminer la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de la CEDEF et de redistribuer les ressources et le pouvoir de façon équitable<sup>139</sup>, «il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes»<sup>140</sup>. La Convention met à charge des Etats parties «trois obligations fondamentales»<sup>141</sup>:

- interdire la discrimination directe ou indirecte;
- réaliser l'égalité de fait, notamment via des mesures temporaires spéciales;
- lutter contre les stéréotypes de genre.

Les lignes qui suivent passent en revue ces trois axes.

#### 1. *Interdire la discrimination directe ou indirecte*

En vertu de l'art. 2 let. e CEDEF, les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer les discriminations directes ou indirectes à l'égard des femmes, y compris lorsqu'elles émanent d'individus ou d'entités privées<sup>142</sup>. Alors que la discrimination directe vise un «traitement différent explicitement fondé sur le sexe» portant atteinte aux droits des femmes, la «discrimination indirecte se produit», selon le Comité CEDEF, quand une loi, une politique ou une pratique, *a priori* neutre sous l'angle du genre, s'avère en réalité avoir «un effet discriminatoire pour les femmes» dès lors qu'elle «ne prend pas en compte les inégalités préexistantes» et contribue ainsi à les perpétuer<sup>143</sup>. Ni cette définition ni celle figurant à l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF («qui a pour but ou pour effet») ne présupposent une intention de discriminer<sup>144</sup>.

#### a. *Effet discriminatoire*

La mention d'un «effet» discriminatoire, à l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF et dans la définition de la discrimination indirecte donnée par le Comité<sup>145</sup>, révèle la centralité de ce critère et pose la question de savoir comment l'établir dans un cas concret.

139 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 9.

140 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8.

141 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 6–7, à laquelle se réfèrent notamment: HOLTMAAT/POST, p. 324; HOLTMAAT/TOBLER, p. 404; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 43; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 19; SCHIESS RÜTIMANN, p. 177–178.

142 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16, 36; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 15, 67 et 71.

143 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16. A titre d'illustration, en lien avec le droit à la sécurité sociale (art. 11 § 1 let. e CEDEF): CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016); § 7.8–7.10.

144 C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 32–34; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 21–22, 54.

145 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16. Voir aussi CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.8; CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 10b («effet discriminatoire disproportionné»).

## aa. Analyse quantitative

De façon générale, le Comité CEDEF insiste sur la nécessité pour les Etats de collecter des «statistiques ventilées par sexe, âge, handicap, nationalité, appartenance ethnique, religion et lieu de résidence», notamment, afin d'identifier toutes formes de discriminations à l'égard des femmes<sup>146</sup>. De telles données sont par exemple requises pour mettre en évidence l'impact genré de la pandémie de Covid-19<sup>147</sup>.

Dans l'affaire *Ciobanu c. République de Moldavie*<sup>148</sup>, tranchée par le Comité CEDEF en 2019, un document du Bureau de la statistique moldave, montrant que le travail de soins non rémunéré est principalement effectué par des femmes, a permis de constater le caractère discriminatoire d'une législation sur les rentes de vieillesse qui, bien que formulée de façon neutre, restreignait dans les faits l'accès à la sécurité sociale pour un «pourcentage plus élevé de femmes que d'hommes»<sup>149</sup>. Quelques années auparavant, dans l'affaire *Di Trizio c. Suisse*, la CourEDH avait reconnu la nature indirectement discriminatoire d'une méthode de calcul des prestations d'invalidité eu égard aux statistiques révélant que, dans 97 % cas, la méthode litigieuse avait été appliquée pour déterminer le taux d'invalidité de femmes ayant diminué leur activité lucrative suite à la naissance d'un enfant<sup>150</sup>.

L'analyse chiffrée consistant à examiner si une mesure apparemment neutre (par exemple le fait de réserver l'accès au régime de pension de l'entreprise au personnel engagé à plein temps), affecte en réalité «un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes» (eu égard à la surreprésentation des femmes employées à temps partiel) s'inspire de la jurisprudence développée dès les années 1970 aux Etats-Unis<sup>151</sup> puis à partir des années 1980 au niveau de l'Union européenne<sup>152</sup>. Selon cette approche, afin d'établir si une décision, neutre au

146 Voir p. ex: CEDEF, Liste de points et de questions établies avant la soumission du sixième rapport périodique de la Suisse (Doc. NU. CEDAW/C/CHE/QPR/6), § 1 qui se réfère à la cible 5.1 des objectifs de développement durable; CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 10.

147 Guidance Note on CEDAW and Covid-19 (INT\_CEDAW\_STA\_9156\_E), § 9.

148 Evoquée *supra* B. II. 5. en lien avec la discrimination par association (faible rente vieillesse suite à une démission liée à la nécessité de s'occuper d'un enfant handicapé).

149 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.13–7.16.

150 Arrêt CourEDH, *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016, req. n° 7186/09, § 88 ss. La différence de traitement ne reposant sur aucune justification objective et raisonnable, la CourEDH conclut à une violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

151 La théorie du «disparate impact» a été développée pour la première fois en lien avec le critère «race» dans l'affaire US Supreme Court du 8 mars 1971, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424.

152 En particulier: arrêt CJUE du 31 mars 1981, *J. P. Jenkins c. Kingsgate*, aff. 96/60, Rec. 1981, p. 911; arrêt CJUE du 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1985, p. 1607. Voir KLEBER, p. 374–375. Sur l'influence de cette jurisprudence en Suisse, voir *infra* C. IV. 1.

premier abord, désavantage les travailleuses de façon disproportionnée, il convient d'identifier, auprès d'une même entité employeuse, les personnes touchées par la mesure (p.ex. celles engagées à temps partiel) et celles non concernées (p.ex. occupées à plein temps), puis de vérifier si le pourcentage de femmes dans le premier groupe est nettement supérieur au pourcentage de femmes dans le second groupe<sup>153</sup>.

#### aaa. Prescriptions de taille à l'embauche: limites de l'approche quantitative

La première étape consiste ainsi à déterminer les groupes de personnes à comparer, choix qui peut s'avérer difficile en pratique<sup>154</sup> et qui dépend finalement de l'appréciation des tribunaux saisis d'une plainte pour discrimination<sup>155</sup>.

A titre d'illustration, imaginons un cas où il s'agirait d'établir si un critère d'embauche, neutre en apparence (p.ex. la taille) désavantage les femmes dans une proportion considérablement plus élevée que les hommes<sup>156</sup>. En pareille hypothèse, qui convient-il d'inclure dans le cercle des personnes affectées par l'usage du critère de sélection litigieux? Faut-il considérer uniquement celles qui ont effectivement fait acte de candidature auprès de l'entité employeuse ou élargir le cercle à celles qui ont renoncé à se présenter après avoir pris connaissance des conditions d'embauche? Dans ce dernier cas, doit-on se baser le nombre de personnes actives dans la branche ou le métier concerné?<sup>157</sup> Encore faut-il que les statistiques pertinentes soient disponibles<sup>158</sup> eu égard, notamment, à la nécessité de protéger les données personnelles sensibles<sup>159</sup>.

En outre, pour que la preuve statistique de l'impact particulier sur les femmes d'une mesure *a priori* neutre soit admise, les chiffres doivent indiquer un écart considérable<sup>160</sup> entre les pourcentages de femmes et d'hommes au sein des groupes comparés<sup>161</sup>. Une telle démonstration est pratiquement impossible

153 Voir arrêt CJUE du 3 octobre 2019, *Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien*, aff. C-274/18, point 47; arrêt CJUE du 6 décembre 2007, *Ursula Voss c. Land Berlin*, aff. C-300/06, points 40 et 41. Voir aussi: arrêt CJUE du 24 septembre 2020, *YS c. NK AG*, aff. C-223/19, point 52 (analyse de l'impact disproportionné sur les travailleurs masculins). Voir aussi: EPINEY/DUTTWILER, p. 48–49.

154 Voir TOBLER, *Limites*, p. 46.

155 Dans ce sens: TOBLER, *Diskriminierungsbegriff*, p. 40–41.

156 Le Comité CEDEF demande aux Etats d'interdire, lors du recrutement, les questions qui, neutres en apparence, ont des effets négatifs pour un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, notamment celles relatives «à la situation matrimoniale ou à la parentalité»: CEDEF, *Obs. fin. Bélarus*, n° 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), § 33; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 31.

157 Exemple donné par UBERSCHLAG, N 130–131.

158 TOBLER, *Limites*, p. 46–47.

159 Voir WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 34–35.

160 Voir WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 29–31 avec plusieurs références à la jurisprudence de la CJUE.

161 TOBLER, *Limites*, p. 46–47; EPINEY/DUTTWILER, p. 51.

à effectuer lorsque le recrutement se fait à l'aide d'algorithmes, dont le potentiel discriminatoire est pourtant désormais connu<sup>162</sup>.

bbb. Prescriptions vestimentaires: limites de l'approche quantitative

De façon générale, la théorie de l'impact disproportionné sur un groupe par rapport à un autre montre ces limites lorsqu'il s'agit de prouver une discrimination multiple, ne serait-ce que parce les statistiques à disposition sont rarement ventilées selon plusieurs facteurs<sup>163</sup>. L'identification des groupes à comparer se complique quand on s'intéresse aux personnes situées à l'intersection des catégories, par exemple les femmes d'origine musulmane qui souhaitent, pour des motifs religieux, porter un foulard (hijab) sur leur lieu de travail.

La question de savoir si un règlement d'entreprise interdisant le port de tout couvre-chef affecte de façon disproportionnée les femmes susmentionnées – malgré son apparente neutralité sous l'angle du genre, de l'origine ethnique et de la religion<sup>164</sup> – trouve une réponse différente selon que l'on procède à une comparaison entre religions (la clause affecte autant les musulmanes coiffées du hijab que les juifs portant la kippa) ou, au contraire, à une comparaison entre travailleuses et travailleurs au sein du groupe des personnes musulmanes<sup>165</sup> (les seconds sont bien moins souvent concernés par l'interdiction du couvre-chef que les premières, auxquelles le port du hijab est réservé). Dans la plupart des cas, l'entreprise accusée de discriminer indirectement par le biais de son règlement ne comptera pas au sein de son personnel les différentes catégories d'individus nécessaires à la constitution des groupes envisagés (p.ex. le groupe des juifs ou celui des hommes musulmans), si bien que la comparaison devra se faire avec une ou plusieurs personnes hypothétiques<sup>166</sup>, comme exposé dans la section suivante.

bb. Analyse qualitative

Alors que selon la Directive 97/80/CE<sup>167</sup>, désormais abrogée, une discrimination indirecte se produit lorsqu'un critère «apparemment neutre affecte une pro-

---

162 Sur l'inadéquation de l'approche statistique pour mettre en évidence l'impact discriminatoire des algorithmes, voir WILDHABER/LOHNMANN/KASPER, p. 473 et 476 avec les références. De façon plus générale, sur les limites du droit antidiscriminatoire de l'UE face à l'intelligence artificielle, voir les articles rédigés par BAROCAS/SELBST et WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL.

163 Voir KLEBER, p. 376–377.

164 Sur l'enchevêtrement de ces trois critères, voir HERTIG/KIBBOUA, p. 295–296; SCHIEK, p. 16–18.

165 Voir AST/SPIELHAUS, p. 372; LOENEN, p. 105–110; HERTIG/KIBBOUA, p. 310–311; LEMPEN, Hijab, p. 55 avec la référence à l'arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, conclusions générales, N 49.

166 Voir HOLZLEITHNER, Herausforderung, p. 312–313.

167 Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JOCE L 014 du 20 janvier 1998 p. 0006–0008, art. 2 § 2.

portion nettement plus élevée de personne d'un sexe» (sauf justification objective)<sup>168</sup>, la Directive 2006/54/UE ne fait plus référence à ce test quantitatif<sup>169</sup>. La discrimination indirecte y est définie comme la situation où une pratique *a priori* neutre est susceptible<sup>170</sup> de désavantager «particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe»<sup>171</sup> (sous réserve d'une justification objective). Ainsi, un désavantage particulier pour les travailleuses (ou pour les travailleurs) n'a pas nécessairement à être prouvé au moyen d'une comparaison entre groupes fondée sur des statistiques; il suffit qu'un tel effet semble *probable* au regard de l'expérience générale de la vie<sup>172</sup>.

Afin d'appréhender la discrimination multiple comme requis par le Comité CEDEF<sup>173</sup>, l'impact discriminatoire peut dès lors être admis, selon les termes de KLEBER<sup>174</sup>, dans «les situations où:

- une loi, une pratique ou une mesure
- en apparence neutre
- est *susceptible* d'entraîner
- un désavantage particulier pour
  - un ou plusieurs groupes protégés par l'interdiction de la discrimination
  - ou pour des personnes protégées par l'interdiction de la discrimination à un ou plusieurs titres».

A titre d'illustration, revenons sur les cas de figure mentionnés à la section précédente en lien avec des exigences – neutres à première vue – relatives au physique (poste réservé aux personnes d'une certaine taille) et à l'apparence (code vestimentaire interdisant les couvre-chefs) dans le cadre professionnel<sup>175</sup>.

#### aaa. Prescriptions de taille à l'embauche

Le désavantage particulier résultant des exigences de taille minimale pour les femmes d'origine asiatique, par exemple, peut être admis indépendamment d'une comparaison effective entre personnes candidates. En effet, il est notoire que les femmes et certains groupes ethniques ont, en moyenne, plus de difficultés à remplir une telle condition. Dès lors, il apparaît probable qu'une femme asiatique soit moins susceptible d'être engagée qu'une femme caucasienne,

168 Voir *infra* B. III. 1. b.

169 Voir KLEBER, p. 378.

170 Voir l'art. 2 let. b de la directive 2006/54/CE. La version allemande utilise le verbe «*kann*». La version française emploie le conditionnel («désavantagerait»). Voir aussi l'art. 2 § 2 let. b de la directive 2000/78/CE («susceptible d'entraîner un désavantage particulier»).

171 A moins que la pratique ne soit objectivement justifiée (art. 2 let. b *in fine*). Voir *infra* B. III. 1. b.

172 Dans ce sens: TOBLER, *Limites*, p. 46; EPINEY/DUTTWILER, p. 51–52; UBERSCHLAG, N 145–147; WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 27–28, 36.

173 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir *supra* B. II. 4.

174 KLEBER, p. 383.

175 Pour une analyse genrée de ce type de «*physical requirements*» au regard du droit de l'UE, voir HOLZLEITHNER, *Gender equality*, p. 17–22.

d'une part, et qu'un homme caucasien ou asiatique, d'autre part<sup>176</sup>. L'entreprise qui recourt à un tel critère de sélection devra prouver son caractère objectivement justifié<sup>177</sup>.

#### bbb. Prescriptions vestimentaires

Le fait que les directives prohibant le port de tout couvre-chef au travail entraînent un désavantage particulier pour les musulmanes portant le hijab peut être retenu sans égard au nombre d'individus auxquels la règle s'applique dans l'entreprise en question. En effet, il se peut que la réglementation touche, sur le plan *quantitatif*, autant de femmes que d'hommes dans le cas concret, mais, sur le plan *qualitatif*, ait des conséquences plus graves, en termes d'accès à l'emploi<sup>178</sup>, pour les pratiquantes musulmanes que pour les autres membres du personnel concernés<sup>179</sup>. L'accent mis sur la particularité de l'impact plutôt que sur son caractère disproportionné permet de considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte et non plus seulement sa fréquence<sup>180</sup>.

Le Comité CEDEF recommande aux Etats d'examiner si les codes vestimentaires visant à imposer le principe de «neutralité» religieuse sur les lieux d'étude<sup>181</sup> ou de travail sont «susceptibles» de discriminer indirectement les femmes<sup>182</sup>. Pour des motifs liés à l'irrecevabilité de la communication, le Comité n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point dans l'affaire *Rahime Kayan c. Turquie*<sup>183</sup> concernant une fonctionnaire révoquée après avoir refusé d'enlever son hijab pour enseigner à l'école publique. En revanche, une discrimination intersectionnelle basée sur le genre et la religion a été admise par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire dite de la crèche «Baby Loup», dont la directrice avait été congédiée suite à son refus d'ôter le hijab malgré le devoir de «neutralité» imposé par le règlement interne<sup>184</sup>.

Jusqu'à ce jour, la CJUE n'a étudié l'incidence des clauses de neutralité dans l'entreprise que sous l'angle de la discrimination fondée sur la religion<sup>185</sup>, à l'occasion des arrêts *G4S Secure Solutions* et *Micropole SA*<sup>186</sup>, pourtant rendus

176 KLEBER, p. 384.

177 Voir *infra* B. III. 1. b.

178 Art. 11 § 1 let. b CEDEF.

179 Voir LEMPEN, Hijab, p. 40–41; KÜHLER/STERKI, p. 137. Voir aussi HOLZLEITHNER, Herausforderung, p. 312–313.

180 KLEBER, p. 374, 380–381, 384. Voir aussi: WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 27, 32–37.

181 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 46d.

182 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 33 avec les références.

183 CEDEF, Communication n° 8/2005 (Doc. NU CEDAW/C/34/D/8/2005).

184 Voir CCPR, *F.A. c. France*, Comm. N° 26662/2015 (2018) (Doc. NU CCPR/C/123/D2662/2015), § 8.13 (violation des art. 18 et 26 Pacte II).

185 HERTIG/KIBBOUA, p. 311–312.

186 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15; arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH c. Micropole SA*, aff. C-188/15, résumés par SHARPSTON, p. 251–257, avocate générale dans le cadre de la seconde affaire.



suite aux licenciements de salariées ayant refusé d'ôter leur hijab<sup>187</sup>. Dans le cadre d'une affaire *WABE*, pendante, la CJUE devrait toutefois répondre à la question de savoir si «une instruction unilatérale de l'employeur, qui interdit le port de tout signe visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses» discrimine indirectement sur la base de la «religion et/ou» du «sexe» une «travailleuse qui porte le foulard en raison de sa foi musulmane»<sup>188</sup>. Le conditionnel est de mise car la demande de décision préjudicielle relative à l'existence d'une discrimination fondée à la fois sur la religion et le genre fait uniquement référence à l'art. 2 de la directive 2000/78/UE (religion, ethnie), sans mention de la directive 2006/54/UE (genre). Pour cette raison et parce que «la décision de renvoi ne contient pas les éléments factuels suffisants pour examiner l'existence ou non d'une discrimination fondée sur le sexe», les conclusions de l'avocat général se limitent, comme pour les précédentes affaires, à une analyse unidimensionnelle (sous l'angle de la religion ou des convictions)<sup>189</sup>, sans égard aux recommandations susmentionnées du Comité CEDEF soulignant la nécessité d'examiner l'impact genré des clauses de neutralité.

*b. Absence de justification objective*

En droit européen, le fait qu'une mesure, neutre au premier abord, entraîne en réalité un désavantage particulier pour les femmes (respectivement les hommes) permet d'établir une discrimination indirecte, «à moins que le critère ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires» (principe de proportionnalité)<sup>190</sup>. Ainsi, le concept de discrimination indirecte est étroitement lié à celui de la justification objective. Plus la liste des motifs objectifs propres à justifier une différence de traitement s'étend, plus le «périmètre de la notion de discrimination» rétrécit<sup>191</sup>.

Dans l'affaire *G4S Secure Solutions* mentionnée à la section précédente, la CJUE a jugé que des prescriptions vestimentaires, neutres en apparence mais entraînant dans les faits un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion donnée (en l'espèce des femmes de religion musulmane),

187 Pour une analyse des arrêts *Achbita* et *Boungaoui* prenant en considération le genre: HERTIG/KIBBOUA, p. 311–325; SCHIEK, p. 16–17; LEMPEN, Hijab, p. 52–61; KÜHLER/STERKI, p. 122–123 avec les références.

188 Demande de décision préjudicielle présentée par l'*Arbeitsgericht Hamburg* le 20.12.2018, *IX c. WABE e V.*, aff. C-804/18 (2019/C 182/05). Voir par ailleurs la demande de décision préjudicielle présentée par le *Bundesarbeitsgericht* le 30.04.2019, *MH Müller Handels GmbH/MJ*, aff. C-341/19 (2019/C 255/29).

189 Conclusions de l'avocat général M. ATHANASIOS RANTOS présentées le 25 février 2021, Affaires jointes C-804/18 et C-341/19, point 59.

190 Voir les art. 1 let. b et 19 de la directive 2006/54/UE. Sous l'angle de l'art. 14 CEDH, voir à titre d'illustration le raisonnement en deux étapes dans l'arrêt susmentionné (B. III. 1. aa) CourEDH, *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016, req. n° 7186/09, § 88–104.

191 LANQUETIN, p. 338.

peuvent se justifier lorsqu'elles visent «un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif» sont «appropriés et nécessaires»<sup>192</sup>. Il nous semble que la nouvelle affaire *WABE*<sup>193</sup> offre à la Cour l'occasion de préciser si une telle règle, formellement neutre, demeure admissible lorsque son adoption vise en réalité à satisfaire ou anticiper le souhait de la clientèle de ne pas avoir à traiter avec certaines catégories de personnes protégées par l'interdiction de discriminer<sup>194</sup>. Dans l'arrêt susmentionné *Micropole SA*, la Cour a certes déjà expliqué que les souhaits de la clientèle ne sauraient justifier objectivement un traitement défavorable sur la base d'une caractéristique protégée<sup>195</sup>. Dans cette affaire, le licenciement était toutefois directement motivé par la demande d'un client (s'opposant à ce que les ingénieures en mission sur son site portent le voile) et ne se fondait pas, comme dans l'affaire *WABE*, sur le non-respect de prescriptions vestimentaires formulées de façon neutres (mais éventuellement adoptées afin de prendre en considération les préférences racistes ou sexistes de la clientèle)<sup>196</sup>.

Alors que la jurisprudence européenne accorde une place importante à la question des motifs justificatifs, le Comité CEDEF semble plutôt mettre l'accent sur le caractère injustifié de tout traitement affectant les droits des femmes. L'art. 11 CEDEF souligne que le droit des femmes au travail revêt un caractère «inaliénable»<sup>197</sup> et que des restrictions à ce droit ne sauraient être justifiées par la tradition ou la culture<sup>198</sup>.

En lien avec la discrimination *indirecte*, le Comité CEDEF «considère que lorsqu'une communication contient des informations pertinentes indiquant *prima facie* l'existence d'une norme juridique qui, bien qu'elle soit formulée de manière neutre, pourrait en fait clairement affecter un pourcentage plus

192 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, N 44.

193 Aff. C-804/18, voir *supra* note 188.

194 Les conclusions de l'avocat général RANTOS présentées le 25 février 2021 retiennent qu'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions est susceptible d'être justifiée par la volonté de l'entreprise de poursuivre une politique de neutralité afin de tenir compte des souhaits de sa clientèle (points 61–68). La question de savoir si ces souhaits reflètent une idéologie raciste ou sexiste n'est pas abordée.

195 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH c. Micropole SA*, aff. C-188/15, N 34–41 (les souhaits de la clientèle ne constituent pas «une exigence professionnelle essentielle et déterminante» au sens de l'art. 4 § 1 directive 2000/78/UE).

196 Voir parmi d'autres: MAHLMANN, p. 18–21; LEMPEN, *Hijab* p. 57–59; PÄRLI, *Religion*, p. 90–93; HERTIG/KIBBOUA, p. 320, 324; ROBIN-OLIVIER, *Neutraliser*, p. 235–236. Sur les stéréotypes liés à l'apparence physique, les codes vestimentaires et les idéaux de beauté, voir *infra* B. III. 3. c.

197 Art. 11 § 1 let. a CEDEF. La mention du caractère «inaliénable» ne figure pas dans d'autres dispositions conventionnelles consacrant le droit du travail (voir p.ex. l'art. 6 Pacte II).

198 Voir RADAY, p. 285–286.

élevé de femmes que d'hommes, il appartient à l'Etat partie de démontrer qu'une telle situation ne constitue pas une discrimination indirecte fondée sur le sexe»<sup>199</sup>. Sa jurisprudence n'indique toutefois pas avec précision quels sont les motifs propres à justifier une mesure neutre, à première vue, mais susceptible d'avoir des effets discriminatoires à l'égard des femmes<sup>200</sup>.

Sous l'angle de la discrimination *directe*, la CEDEF précise qu'une différence de traitement fondée sur le sexe est admissible lorsqu'elle vise à protéger les femmes enceintes, accouchées ou allaitantes<sup>201</sup>. Par ailleurs, l'adoption de mesures temporaires spéciales visant à accélérer la réalisation de l'égalité de fait entre femmes et hommes n'est pas considérée comme un acte de discrimination au sens de la CEDEF<sup>202</sup>.

## 2. Réaliser l'égalité de fait via des mesures temporaires spéciales

### a. Rééquilibrage indispensable

Sur le plan mondial, le constat d'une répartition inégale des ressources entre femmes et hommes a mis en évidence la nécessité de lutter de façon ciblée contre la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF<sup>203</sup>. Afin de remédier au déséquilibre créé par «les avantages structurels dont bénéficient les hommes»<sup>204</sup>, l'adoption de «mesures temporaires spéciales» peut s'avérer «indispensable»<sup>205</sup>.

L'art. 4 § 1 CEDEF définit ces mesures comme un moyen d'accélérer la réalisation d'une égalité «effective»<sup>206</sup>, à ne pas considérer comme un acte de discrimination<sup>207</sup>. Dans cette optique, en effet, la discrimination réside bien plutôt dans la non-adoption de telles règles et dans le maintien du *statu quo* en faveur du masculin<sup>208</sup>.

199 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.13. Voir aussi C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 34; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 22.

200 En revanche, CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 13 donne quelques indications sur les cas dans lesquels une différence de traitement est acceptable.

201 Voir les art. 4 § 2 et § 2 let. d CEDEF.

202 Art. 4 § 1 CEDEF.

203 Sur l'approche asymétrique consacrée par cette disposition, voir *supra* B. I.

204 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 28.

205 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8. Voir K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 38; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 42. Voir aussi C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 24, selon laquelle l'approche asymétrique impose l'adoption de mesures positives, «alors que ces mesures sont, au mieux, tolérées lorsqu'une disposition de non-discrimination est exprimée de manière symétrique».

206 Voir les art. 2 let. a et 3 CEDEF. Voir aussi: C/CEDEF-CHATTON, art 3 N 15.

207 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), §§ 14 et 18; BESSON, N 1628; TOBLER, Diskriminierungsbegriff, p. 46; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 7 et 45; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 11.

208 MACKINNON, Discours, p. 50. Voir aussi: BESSON, N 1645.

Une fois disparue l'asymétrie constatée, la mesure spéciale perd sa justification et doit être supprimée, d'où la mention de son caractère «temporaire» à l'art. 4 § 1 CEDEF<sup>209</sup>. Le nature temporaire et donc modifiable de cette mesure permet d'éviter de renforcer, sur le long terme, l'image de la femme fragile vouée à être protégée<sup>210</sup>. Pour atténuer un tel effet pervers des mesures spéciales, HERTIG RANDALL formule une définition qui met l'accent sur la nécessité de corriger et compenser les privilèges consentis aux hommes, plutôt que sur le besoin d'accorder un traitement préférentiel aux femmes<sup>211</sup>.

*b. Dans la sphère professionnelle*

Afin de pallier la sur-représentation des hommes dans certaines professions et dans les fonctions les plus influentes ou les mieux rémunérées, le Comité CEDEF préconise pour différents groupes de femmes<sup>212</sup> l'adoption de mesures positives<sup>213</sup>, comme des quotas<sup>214</sup> à l'embauche ou lors de la promotion<sup>215</sup>, dont la mise en œuvre présuppose cependant le traitement de données personnelles sensibles (genre, handicap, origine ethnique, etc.)<sup>216</sup>.

Les «mesures temporaires spéciales» au sens de l'art. 4 CEDEF sont pertinentes dans le secteur privé ou public, y compris dans le milieu académique<sup>217</sup>. La règle selon laquelle «à qualifications égales, la préférence est donnée au sexe sous-représenté» entre dans le champ de cette disposition lorsqu'elle améliore, dans les faits, la participation des femmes au sein de l'entité concernée<sup>218</sup>. Lors de l'évaluation des qualifications, il sied d'éviter qu'une vision masculine du mérite ou de l'excellence<sup>219</sup> mènent au constat de la non-équivalence des candidatures et fassent dès lors échec à l'application du quota<sup>220</sup>. L'expérience

209 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 20; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 32; TOBLER, Quoten, p. 228.

210 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 11.

211 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 28 et 30.

212 Sur les mesures positives comme moyen de remédier à la discrimination multiple, notamment dans l'emploi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 42–43; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 34, 40.

213 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 5, 12.

214 Sur les différents types de quotas, voir en particulier K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 21–27.

215 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 22.

216 Sur cette tension entre droit antidiscriminatoire et droit relatif à la protection des données, voir LEMPEN, Protection des données, p. 279–280 (CV anonymes versus mesures positives lors de la sélection du personnel).

217 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 46–49 avec les références aux travaux du Comité.

218 Voir C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 41. Voir aussi K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 12.

219 Plus d'explications chez MÜLLER, p. 18–19 (à propos des procédures de nomination au sein des universités).

220 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 23: «il importe de réexaminer soigneusement la question des qualifications et du mérite» sous l'angle du genre. A ce sujet: BESSON, N 1651; KLEBER, p. 424; C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 28, 57.

utile au poste acquise grâce à l'exercice de tâches parentales devrait être prise en considération<sup>221</sup> quel que soit le sexe de la personne candidate<sup>222</sup>.

Les mesures de lutte contre la ségrégation verticale et horizontale du marché du travail sont susceptibles de faire évoluer la conception stéréotypée selon laquelle les femmes seraient moins aptes à diriger ou peuvent transformer l'image masculine (respectivement féminine) d'un métier<sup>223</sup>. Les «mesures temporaires spéciales» au sens de l'art. 4 § 1 CEDEF constituent en effet un moyen de lutter contre les stéréotypes de genre au sens de l'art. 5 CEDEF<sup>224</sup>.

### 3. *Lutter contre les stéréotypes de genre*

La troisième méthode préconisée par le Comité CEDEF pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes consiste à lutter contre la perpétuation des «stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes»<sup>225</sup>. En effet, les deux premiers axes, à savoir l'interdiction de la discrimination et l'adoption de mesures temporaires spéciales risquent de demeurer inefficaces tant que les individus et les structures resteront imprégnés de l'idée selon laquelle femmes et hommes doivent assumer des rôles différents, dans un système où le masculin est conçu comme supérieur au féminin<sup>226</sup>.

La CEDEF demande aux Etats non seulement de «modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique» discriminatoire à l'égard des femmes (art. 2 let. f CEDEF), mais aussi, de façon plus fondamentale, de transformer les normes sociales et culturelles<sup>227</sup> qui leur sont sous-jacentes, notamment celles perpétuant «un rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5 let. a CEDEF)<sup>228</sup>.

#### a. *Stéréotypes nocifs*

Les stéréotypes peuvent être définis comme «des idées préconçues, socialement partagées», attribuant à un groupe de personnes certaines «caractéristiques ou rôles sociaux»<sup>229</sup>. Leur fonction est importante puisqu'ils permettent aux indivi-

221 Dans ce sens: K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 28. A titre d'illustration: arrêt CJUE du 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97, N 31–32.

222 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 11 s'interroge sur la pertinence des quotas de sexe et se demande s'il ne vaudrait pas mieux lier le quota à un rôle social (genre) ou à une situation de vie (parentalité).

223 C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 51; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 47; COOK/CUSACK, p. 41, 99.

224 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 38; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 10; C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 10; KÄLIN/KÜNZLI, N 11.55.

225 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 7.

226 Voir HOLTMAAT/TOBLER, p. 407–409; CUSACK, p. 133.

227 Voir HOLTMAAT, *Holistic*, p. 95, 105–108.

228 Voir CUSACK, p. 128. Sur l'articulation entre les art. 2 let. f et 5 CEDEF, voir aussi: K/CEDAW-WYTTEBACH, Art. 5 N 11.

229 C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 17, qui se réfère notamment à COOK/CUSACK, p. 9.

dus de porter un jugement rapide sur un état de fait sans devoir analyser chaque nouvelle situation dans toute sa complexité, avec toutes ses particularités. Les interactions sociales gagnent ainsi en prévisibilité, ce qui confère un sentiment de sécurité<sup>230</sup>.

La CEDEF vise uniquement l'élimination des stéréotypes *nocifs* (notamment ceux basés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe», art. 5 let a CEDEF) et proscrit le fait, pour l'Etat (p.ex. via ses lois ou tribunaux) ou des privés<sup>231</sup>, de véhiculer des croyances erronées qui portent atteinte aux droits des femmes<sup>232</sup>.

Par exemple, le préjugé selon lequel les femmes ne seraient «pas douées en mathématiques» fait obstacle à leur liberté de choisir une formation (art. 10 let. a et c CEDEF)<sup>233</sup> puis un métier (art. 11 § 1 let. c CEDEF)<sup>234</sup>. Notons qu'il n'est pas nécessaire que les stéréotypes soient hostiles aux femmes pour être susceptibles de leur nuire<sup>235</sup>. Une conception à première vue valorisante («fées du logis») peut également contribuer à les enfermer dans un rôle, les empêchant ainsi de tracer leur trajectoire professionnelle de façon autonome<sup>236</sup>.

Autre exemple, le mythe selon lequel les travailleuses harcelées sexuellement vont tout de suite se défendre ou se plaindre auprès de leur hiérarchie<sup>237</sup> peut entraver leur droit à un procès équitable<sup>238</sup>, comme illustré ci-après.

#### aa. La jurisprudence du Comité CEDEF (art. 5 CEDEF)

Dans l'affaire *Anna Belousa c. Kazakhstan*, l'auteure de la communication ne s'était plainte du harcèlement sexuel infligé par son directeur qu'après avoir perdu son emploi. Le Comité CEDEF déplore que ce fait ait été considéré par le tribunal municipal comme une circonstance rendant moins crédible les allé-

230 Voir CUSACK, p. 128 (*Stereotypes do perform important social functions. One such function is to maximize simplicity and predictability*). Voir aussi LÉGAL, p. 2; K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 15–16; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 17 avec les références.

231 Voir l'art. 2 let. e CEDEF.

232 Voir CUSACK, p. 128–129; K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 17.

233 Sur la lutte contre les stéréotypes sexistes dans l'éducation, voir CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. Nu CEDAW/C/GC/36), §§ 25–27.

234 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art 11 N 17, 43–44 avec les références. Voir aussi C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 34 qui relève que les rôles stéréotypés assignés aux femmes les encouragent à exercer une activité lucrative à temps partiel au détriment de leur carrière et de leur retraite.

235 Comme souligné par CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 8.

236 Voir CUSACK, p. 153.

237 A titre d'illustration, voir les «mythes et stéréotypes» invoqués dans l'affaire CEDEF, *M. S. c. Philippines* (Doc. NU CEDAW/C/58/D30/2011), § 3.2–3.5. En l'espèce, toutefois, le Comité a considéré que l'incidence de stéréotypes sexistes sur la décision judiciaire n'était pas établie (voir § 6.3–6.5 et l'opinion divergente de P. SCHULZ). Pour des illustrations tirées de la jurisprudence suisse, voir LEMPEN, thèse, p. 308–315.

238 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33), § 51g: droit à un procès pénal équitable en cas de violences (bien que non explicitement prévu par l'art. 15 CEDEF, voir CUSACK, p. 133.).

gations de violences. Selon le Comité, en omettant «d'examiner de manière rapide, adéquate et efficace la plainte» pour harcèlement sexuel, «les institutions nationales ont raisonné sous l'influence de stéréotypes»<sup>239</sup> (stéréotypes perpétués au demeurant par des actes de violences fondés sur le genre<sup>240</sup>, tels que ceux allégués en l'espèce). L'art. 5 let. a CEDEF oblige pourtant les Etats à prendre des mesures pour éliminer les stéréotypes «injustifiés», qui constituent à la fois une «cause»<sup>241</sup> et une «conséquence de la discrimination à l'égard des femmes»<sup>242</sup>. En l'espèce, le Comité conclut que l'Etat partie a violé cette disposition<sup>243</sup> et lui recommande de former le milieu judiciaire «afin que les préjugés stéréotypés ne pèsent pas sur la prise de décision»<sup>244</sup>.

La sensibilisation de l'ensemble du personnel judiciaire aux préjugés sexistes fait partie des mesures importantes recommandées par le Comité CEDEF afin d'améliorer l'accès des femmes à la justice<sup>245</sup>.

#### bb. La jurisprudence de la CourEDH (art. 5 CEDEF)

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu une violation du droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), en combinaison avec l'interdiction de discriminer en raison du sexe (art. 14 CEDH) dans l'affaire opposant Mme *Schuler-Zraggen* à la Suisse. L'hypothèse selon laquelle les femmes cessent leur activité professionnelle lorsqu'elles deviennent mères avait en effet joué un rôle décisif dans la décision de suppression de la rente invalidité<sup>246</sup>. A l'époque, la CourEDH ne se référait pas à la notion de stéréotype de genre ni à la CEDEF. Il en va différemment de nos jours.

Dans un récent arrêt *Jurčić c. Croatie*, la CourEDH qualifie d'obstacle important à l'égalité entre femmes et hommes le présupposé selon lequel une femme concluant un contrat de travail à un stade avancé de sa grossesse vise à abuser du système d'assurances sociales (présupposé entraînant une invalidation du contrat et donc une suppression du droit au salaire durant les absences

239 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 10.10.

240 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. Nu CEDAW/C/GC/35), § 10.

241 Sur les stéréotypes comme cause de la discrimination par algorithmes, voir KIM, p. 886–892; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, p. 465–469.

242 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 10.10. Sur le lien entre stéréotype et discrimination, y compris la violence fondée sur le genre: C/CEDEF-COTTIER, Art. 5 N 1, 20 et 39; HOLTMAAT, Art. 5 CEDAW, p. 144–145. Voir aussi CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 20; Convention OIT n° 190, préambule § 13 (stéréotypes de genre comme facteur accroissant le risque de violence).

243 Ainsi que de l'art. 2 let e et 11 § 1 let. a et f CEDEF.

244 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 11 let. b (iv). Voir aussi CEDEF, *R. K. B. c. Turquie*, § 8.7–8.8, 8.10 let. b (ii), résumé par K/CEDAW-WYTTEBACH, Art. 5 N 45; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 54; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 59.

245 CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33), § 26–35; K/CEDAW-SCHLÄPPI/KÜNZLI/STURM, Art. 2 N 54; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 56; C/CEDEF-ROHMER, art. 15 N 71; KIENER, p. 70.

246 Arrêt CourEDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse* du 23 juin 1993, req. n° 14518/89, § 67.



liées à la grossesse). Se fondant notamment les art. 5 et 11 CEDEF, la CourEDH se montre préoccupée par ce processus de «*gender stereotyping*»<sup>247</sup>.

L'art. 5 CEDEF avait déjà servi de référence dans l'affaire *Konstantin Markin c. Russie*, où la CourEDH avait indiqué que l'idée selon laquelle «ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent» ne saurait justifier une différence de traitement<sup>248</sup>.

*b. Stéréotypes nocifs pour les femmes et les hommes*

Dans l'affaire susmentionnée *Markin c. Russie*, la CourEDH a jugé qu'une règle n'octroyant qu'aux femmes le droit de prendre un congé parental (à distinguer du congé maternité réservé à juste titre aux femmes pour des motifs biologiques) «a pour effet de perpétuer les stéréotypes liés au sexe et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes»<sup>249</sup>.

Au niveau de l'Union européenne, la Directive 2019/1158 considère<sup>250</sup>:

«L'absence de congé de paternité et de congé parental rémunérés dans de nombreux États membres contribue à ce que peu de pères prennent un congé. Le déséquilibre entre hommes et femmes dans la conception des politiques en matière d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée accentue les stéréotypes liés au genre [...] L'un des objectifs des politiques en matière d'égalité de traitement devrait être de remédier au problème des stéréotypes concernant à la fois les emplois et les rôles des hommes et des femmes et les partenaires sociaux sont encouragés à jouer leur rôle fondamental qui est d'informer à la fois les travailleurs et les employeurs et de les sensibiliser à la lutte contre toute discrimination.»

La Directive souligne ainsi la nécessité de faire évoluer «les rôles des hommes et des femmes» puis rappelle l'importance du travail des partenaires sociaux, qui doivent non seulement sensibiliser aux stéréotypes, mais aussi veiller à ne pas les perpétuer lors de la négociation d'accords collectifs<sup>251</sup>. A cet égard, il est intéressant de mentionner un récent arrêt de la CJUE jugeant qu'une Convention collective de travail ne saurait réserver aux femmes élevant seules

247 Arrêt CourEDH, *Jurčić c. Croatie* du 4 février 2021 (*non définitif*), req. n° 5411/15, § 32, 42, 82. L'arrêt (§ 44) se réfère aussi à l'art. 12 § 1 de la Convention d'Istanbul, dont la teneur est inspirée de l'art. 5 let. a CEDEF.

248 Arrêt CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. n° 300078/06, § 49, 127, 142–143. Voir aussi l'arrêt CourEDH, *B. c. Suisse* du 20 octobre 2020 (*demande de renvoi devant la Grande Chambre*), req. 78630/12, § 65, 75 (le concept du «mari pourvoyeur» ne peut plus justifier une différence entre veufs et veuves). Dans les deux cas, la Cour conclut à une violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

249 Arrêt CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. n° 300078/06, § 141, auquel se réfère C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 66.

250 Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil, point 11.

251 WENCKEBACH, p. 4.



leur enfant le droit à un congé consécutif au congé légal de maternité qu'à «la condition que ce congé supplémentaire vise la protection des travailleuses au regard tant des conséquences de la grossesse que de leur condition de maternité»<sup>252</sup>. A défaut, une telle règle perpétuerait l'idée que les femmes ont un rôle particulier à jouer dans l'éducation des enfants et s'avérerait directement discriminatoire à l'égard des hommes.

Quarante ans avant l'adoption de la directive européenne susmentionnée, les Etats ayant participé à l'élaboration de la CEDEF se déclaraient déjà «conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme»<sup>253</sup>. Ainsi, le Comité CEDEF recommande aux Etats d'encourager les choix professionnels atypiques pour les femmes *et* les hommes en orientant ces derniers vers des professions «typiquement féminines»<sup>254</sup>. Le Comité se prononce aussi en faveur des mesures incitant les hommes à s'engager activement dans leur rôle de père<sup>255</sup>. Les art. 5 let. b et art. 11 § 2 let. c CEDEF soulignent «la responsabilité commune de l'homme et de la femme» dans l'éducation des enfants<sup>256</sup>. La mention du «rôle stéréotypé des hommes et des femmes», à l'art. 5 let. a CEDEF, encourage les Etats à s'interroger sur la façon dont la construction sociale des masculinités (parallèlement à la construction des féminités) favorise la hiérarchisation des genres et nuit finalement à l'ensemble de la société<sup>257</sup>.

*c. Stéréotypes liés à l'apparence physique et à l'expression de genre*<sup>258</sup>

Les stéréotypes de genre peuvent s'avérer particulièrement nocifs et entraîner une discrimination intersectionnelle<sup>259</sup> lorsqu'ils se combinent à des préjugés relatifs à d'autres critères afférents à l'apparence physique, comme un handicap visible ou l'âge<sup>260</sup>. De même, les musulmanes qui apparaissent voilées sur leur lieu de travail, par exemple, sont confrontées à divers préjugés (subordination sexuelle, fondamentalisme, déficit d'intégration)<sup>261</sup> propres à encourager

252 Arrêt CJUE du 18 novembre 2020, Syndicat CFTC, aff. C-463/19, § 75.

253 CEDEF, préambule, § 14. Voir aussi K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 18.

254 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 25; CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 63 let. c.

255 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 25, 66; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 98 avec les références.

256 Voir aussi l'art. 16 § 1 let. d CEDEF et *supra* B. II. 2. (du «sexe» au «genre»).

257 Dans ce sens: CUSACK, p. 136.

258 A savoir la manière dont une personne présente son genre, notamment par son habillement, sa coiffure, son maquillage, son langage corporel ou sa voix.

259 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 46; K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 37. Voir aussi *supra* B. II. 4.

260 L'art. 8 § 1 let. b CDPH requiert des Etats qu'ils combattent les stéréotypes «concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge». Voir aussi CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 8, 17; CUSACK, p. 142.

261 Voir HERTIG RANDALL/KIBBOUA, p. 296–297.

l'adoption de règlements d'entreprise les obligeant à se dévoiler, sous peine de licenciement<sup>262</sup>.

aa. Codes vestimentaires et idéaux de beauté

Qu'ils prohibent le port de signes religieux ou exigent la jupe comme uniforme (à l'instar de certaines compagnies d'aviation), les codes vestimentaires imposés au personnel en Europe ou en Amérique du Nord servent parfois à ancrer une norme de beauté féminine occidentale (jupe étroite, talons hauts, maquillage), auxquelles les travailleuses sont tenues de se conformer<sup>263</sup>.

Le temps et l'argent dépensés pour «performer» une représentation de la féminité<sup>264</sup> et acquérir «le physique de l'emploi» s'avèrent considérables dans certains métiers<sup>265</sup>. Des études réalisées dans le secteur des services montrent que:

«le maquillage exigé des femmes travaillant respectivement en restauration et en coiffure nécessite du temps et de l'argent pour acquérir divers produits de beauté, à leurs frais, et au-delà de ce qu'elles pourraient utiliser à titre privé. Des consignes très précises sont formulées sur le type de produits (fond de teint, poudre) et les couleurs autorisées (rouge à lèvres, vernis à ongles, cheveux). S'ajoute à cela, dans la restauration, l'obligation de porter collants et chaussures à talons, ce qui finit par occasionner des dépenses considérables. Ce travail de l'apparence existe aussi chez les travailleurs, mais il prend moins de temps et leur coûte moins cher»<sup>266</sup>.

Alors que l'apparence physique peut, de façon générale, être source de discrimination dans l'emploi, les femmes sont sujettes à des attentes spécifiques, notamment eu égard à leur poids<sup>267</sup> (qui se doit d'être idéal<sup>268</sup>, sous peine d'être traitée de «grosse»<sup>269</sup> ou d'«anorexique»<sup>270</sup>). Diverses études relatives à l'impact de l'obésité sur la vie professionnelle montrent que ce facteur pénalise les

262 En témoignent les arrêts de la CJUE mentionnés *supra* B. III. 1.

263 HOLTZLEITHNER, Herausforderung, p. 316; HOLTZLEITHNER, Gender Equality, p. 21.

264 PARINI/LLOREN, p. 157 relèvent que «la féminité que doit [performer] une secrétaire diffère de celle d'une éducatrice de la petite enfance».

265 Voir LAMAMRA/HERTZ/MESSANT/ROUX, p. 11.

266 LAMAMRA/HERTZ/MESSANT/ROUX, p. 11.

267 Voir RHODE, p. 701–704, qui relève que la discrimination fondée sur l'apparence exacerbe les inégalités raciales et économiques. Les attentes relatives à l'apparence reflètent et renforcent les privilèges liés à la classe sociale.

268 Sur la discrimination des «*persons of non-ideal weight*» en droit de l'UE: HERVEY/TOBLER, p. 337–346.

269 RHODE, p. 702 cite p.ex. les commentaires formulés sur l'apparence d'HILARY CLINTON au temps où elle était *first lady*. Elle mentionne aussi les excuses présentées par BARACK OBAMA à KAMALA HARRIS pour avoir fait un commentaire sur sa beauté alors qu'il la présentait en public dans sa fonction (à l'époque) de procureure générale.

270 Qualificatif dont l'ancien président du Tribunal fédéral a récemment affublé une juge au Tribunal pénal fédéral, acte suivi d'excuses publiques (voir l'Avis des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 25 juin 2020 relatif au Rapport de la Commission administrative du Tribunal fédéral du 5 avril 2020, FF 2020 9125, chiffre 5).

femmes davantage que les hommes, les femmes en situation d'obésité se trouvant par exemple, plus souvent que les hommes en pareille circonstance, reléguées à des tâches en *back-office*, sans contact avec la clientèle<sup>271</sup> (aménagement préconisé au demeurant aussi pour les travailleuses refusant d'ôter leur hijab)<sup>272</sup>.

bb. Transgression des normes de genre

Dans la célèbre affaire *Price Waterhouse c. Hopkins*<sup>273</sup>, Ann Hopkins avait démontré qu'un poste d'associée lui avait été refusé parce que ses collègues ne la considéraient pas assez féminine (eu égard à son tempérament, sa démarche, son langage, son habillement, sa coiffure et son absence de maquillage)<sup>274</sup>. A cette occasion, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé qu'un refus de promotion basé sur des remarques reflétant des stéréotypes quant à la façon dont les femmes et les hommes doivent se comporter et s'habiller («*sex stereotyping*») constitue une discrimination en raison du sexe<sup>275</sup>, prohibée par le Titre VII du *Civil Rights Act*<sup>276</sup>.

Quelques années plus tard, lors de l'affaire *Onacle c. Sundower*, la Cour Suprême a considéré que le harcèlement entre personnes du même sexe (en l'occurrence les humiliations et les agressions sexuelles infligées par un groupe d'hommes, apparemment hétérosexuels, à un collègue, lui aussi hétérosexuel) tombe également sous le coup du Titre VII<sup>277</sup>. Ainsi, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe dans le domaine de l'emploi vise non seulement les situations où une femme jugée trop masculine est mise à l'écart pour ce motif, mais aussi celles où un homme perçu comme «efféminé» est harcelé par ses collègues pour cette raison<sup>278</sup>. En pareille hypothèse, le harcèlement opère

271 BENNETT SHINALL, p. 106, 116–120. Voir aussi SCHIEK, Disability, p. 20 qui analyse sous l'angle du genre l'arrêt CJUE du 18 décembre 2014, FOA, aff. C-354/13 (licenciement d'un «assistant maternel» obèse, profession typiquement féminine, discrimination fondée sur le handicap).

272 Sur les aménagements stigmatisants en lien avec l'arrêt susmentionné (B. III. 1.) CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, voir HERTIG RANDALL/KIBBOUA, p. 321; LEMPEN, Hijab, p. 59–61.

273 Affaire US Supreme Court du 1<sup>er</sup> mai 1989, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228.

274 Afin d'améliorer les chances de promotion, un collègue avait conseillé: «Hopkins should [walk more femininely, talk more femininely, dress more femininely, wear make-up, have her hair styled, and wear jewelry]» (490 U.S. 228, 235).

275 490 U.S. 228, 237, 251.

276 Le Titre VII de la loi sur les droits civils (1964) est codifié dans le volume 42 du *United States Code* (42 U.S.C) au § 2000e à 2000e-17 (sec. 701 à 718).

277 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75.

278 Voir GREENBERG, p. 46; SCHULTZ, p. 25–28. Dans l'arrêt du 15 juin 2020, *Boston v. County Clayton, Georgia*, 590 U.S., la Cour Suprême a jugé qu'un licenciement fondé sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre viole l'interdiction de discriminer fondée sur le sexe, ancrée au Titre VII du *Civil Rights Act*. Voir l'analyse *infra* C. III. 2.

comme une «technologie du sexisme»<sup>279</sup>, qui perpétue et renforce les normes de genre visant à féminiser les femmes et à masculiniser les hommes<sup>280</sup>.

La «pression à adopter (<performer>) le genre correspondant à son sexe»<sup>281</sup> touche de plein fouet les personnes trans\*<sup>282</sup>, souvent «étiquetées» sur leur lieu de travail en raison de leur expression de genre<sup>283</sup>. Les codes vestimentaires mentionnés plus haut en lien avec certaines professions posent des problèmes spécifiques pour ce groupe<sup>284</sup>. Le Comité CEDEF s'inquiète en particulier des violences auxquelles sont confrontées les femmes transgenres<sup>285</sup>. Diverses études montrent que les discriminations vécues par les personnes trans\* sont directement liées au modèle binaire (femme ou homme) et aux stéréotypes de genre «qui favorisent une forme particulière de <masculinité> en rapport avec les hommes et une forme particulière de <féminité> en rapport avec les femmes»<sup>286</sup>.

#### *d. Stéréotypes de genre et orientation sexuelle*

Les stéréotypes de genre entraînent non seulement une vision binaire de l'identité (masculine ou féminine), mais aussi une conception hétéronormée de la société<sup>287</sup>. Comme l'expliquent PARINI et LLOREN:

«Les études sur les modalités de construction de ces deux pôles (masculin et féminin) ont montré que, très souvent, l'un se construit en rapport à l'autre. Être un vrai homme, un homme viril, signifie en grande partie ne pas être une femme (donc ne pas être efféminé) [...]. La féminité est, quant à elle, construite socialement comme une adéquation, soit à des canons de beauté et de désirabilité qui sont censés être ceux que les hommes préfèrent, soit aux images de la maternité. Dans tous les cas de figure, l'hétérosexualité (le désir affectif et sexuel pour une personne dite du sexe opposé) est l'une

279 Voir FRANKE, p. 762–772. TOBLER, *Limites*, p. 17–18 utilise l'expression «ingénierie sociale», notamment en lien avec l'art. 5 CEDEF.

280 Selon FRANKE, p. 696: «[...] sexual harassment is a kind of discrimination not because the conduct would not have been undertaken if the victim had been a different sex, not because it is sexual, and not because men do it to women, but precisely because it is a technology of sexism. That is, it perpetuates, enforces, and policies a set of gender norms that seek to feminize women and masculinize men».

281 PARINI/LLOREN, p. 160.

282 Terme incluant notamment «les hommes et les femmes qui ont un passé transsexuel et les personnes qui s'identifient en tant que transsexuels, transgenres, travestis, androgynes, polygenres, de genre fluide ([genderqueer]), sans genre, de genre variant ou de toute autre identité et expression de genre qui n'est ni masculine ni féminine de façon standard et qui expriment leur genre à travers leurs choix vestimentaires, leur présentation ou leurs modifications corporelles, y compris par le recours à diverses interventions chirurgicales» (AGIUS/TOLBER, p. 12). L'astérisque évoque cette pluralité d'identités trans\*.

283 52 % des personnes trans\* ayant participé à l'étude suisse «Être LGBT au travail» signalent avoir été confrontées à un tel «étiquetage», voir PARINI, *LGBT*, p. 8.

284 Voir HOLZLEITHNER, *Gender Equality*, p. 21–22.

285 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 12, 29c. et *supra* B. II. 4.

286 Voir AGIUS/TOLBER, p. 13.

287 Voir le projet de loi (PL 12843) du canton de Genève sur l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre (LELVDG) (A 2 90), art. 3 let. p), exposé des motifs, p. 33.

des composantes majeures de la conformité aux normes de genre, car pour être «un vrai homme», il faut désirer des femmes et vice-versa»<sup>288</sup>.

En effet, les normes de «masculinité» prescrivent aux hommes une orientation hétérosexuelle pour être considérées comme de «vrais hommes»<sup>289</sup>. L'hostilité à l'égard des gays se nourrit par exemple de l'idée que ces derniers veulent «prendre des apparences <féminines> et endosser les rôles assignés aux femmes hétérosexuelles. De même, l'hostilité à l'égard des lesbiennes trouve sa source dans divers préjugés, notamment celui selon lequel ces femmes sont peu féminines (entre autres en raison des cheveux courts portés par certaines) et manquent d'instinct maternel<sup>290</sup>. Dès lors, si le genre et la sexualité peuvent être scindés sur le plan théorique, force est de constater que ces facteurs se construisent mutuellement et que l'analyse de l'un perd sa pertinence sans l'analyse de l'autre<sup>291</sup>. Les discriminations à l'égard de personnes gays, lesbiennes ou bisexuelles prennent leurs racines dans les normes de genre et d'hétérosexualité<sup>292</sup>.

Au sujet des plaintes pour discrimination aux Etats-Unis, GREENBERG déplore une tendance des personnes employeuses et des tribunaux à amalgamer cinq concepts différents en présumant qu'un:

- «homme biologique (sexe) devrait avoir des traits masculins (genre), désirer des relations sexuelles avec les femmes (orientation sexuelle), se percevoir comme un homme (identité de genre) et correspondre à la norme du travailleur idéal, principal pourvoyeur de la famille (performance d'un rôle genré); alors qu'une
- femme biologique (sexe) devrait avoir des traits féminins (genre), désirer des relations sexuelles avec les hommes (orientation sexuelle), se percevoir comme une femme (identité de genre) et être peu susceptible de répondre aux exigences de son employeur en raison de ses responsabilités familiales (performance d'un rôle genré)»<sup>293</sup>.

Selon cette professeure, les travailleuses ou les travailleurs qui ne se conforment pas à ces attentes et sont de ce fait discriminés devraient être protégés par l'interdiction de discriminer en raison du sexe énoncée au Titre VII du *Civil Rights Act*<sup>294</sup>. Il s'agit de sensibiliser les tribunaux à la nécessité de protéger sur la base de ce texte toutes les personnes discriminées en raison de leur non-conformité aux normes de genre, notamment:

288 PARINI/LLOREN, p. 156.

289 BOURGUIGNON/BERENT/NEGROUI, p. 78–79 avec les références aux nombreuses études sur ce sujet.

290 BOURGUIGNON/BERENT/NEGROUI, p. 76 avec les références. Voir aussi HOLTMAAT, *Holistic*, p. 115.

291 Sur la «co-construction genre-sexualité», voir CLOSON/AGUIRRE-SÁNCHEZ-BEATO, p. 93 avec les références.

292 Voir BOURGUIGNON/BERENT/NEGROUI, p. 78; PARINI/LLOREN, p. 152; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 23.

293 GREENBERG, p. 42, traduction libre du texte original anglais.

294 GREENBERG, p. 48.

- les femmes écartées d’une promotion parce que la hiérarchie a présumé que leurs responsabilités familiales allaient interférer avec leur travail;
- les hommes qui se heurtent à un mur lorsqu’ils refusent d’assumer le rôle du père qui ne s’occupe pas de ses enfants pour se consacrer entièrement à sa carrière;
- les femmes et les hommes qui sont harcelés au travail, ou désavantagés d’une autre manière, parce qu’ils ne se conforment pas aux stéréotypes de genre sur la féminité ou la masculinité;
- les lesbiennes, gays et bisexuels qui sont harcelés au travail, ou désavantagés d’une autre manière, en raison de leur non-conformité à la norme sociale d’hétérosexualité;
- les personnes trans\* qui sont harcelées au travail, ou désavantagées d’une autre manière, en raison de leur non-conformité aux normes sociales relatives à l’identité de genre<sup>295</sup>.

La nécessité d’une sensibilisation accrue à ces différentes formes de non-conformité aux normes de genre se fait sentir bien au-delà du milieu judiciaire états-unien, comme nous allons le voir à présent.

*e. Stéréotypes de genre au sens large*

La référence, à l’art 5 let. a CEDEF, au «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» renforce paradoxalement ces deux catégories et se prête mal à une prise en compte, par le Comité CEDEF, des stéréotypes de genre dans leur globalité, y compris ceux affectant les individus qui ne se reconnaissent ni dans l’une, ni dans l’autre, comme les personnes transgenres ou intersexes<sup>296</sup>. Au cours des dernières années, le Comité CEDEF s’est certes intéressé à la situation des femmes transgenres et lesbiennes, mais seulement sous l’angle de la discrimination multiple<sup>297</sup>. Les facteurs «identité de genre» et «orientation sexuelle» sont énumérés parmi les «autres facteurs» de discrimination, qui viennent s’ajouter au critère «sexe»<sup>298</sup>.

Des voix s’élèvent pour critiquer cette approche. La doctrine récente, à laquelle nous nous rallions, interprète l’art. 5 CEDEF comme interdisant *tout* stéréotype de genre<sup>299</sup>, à savoir non seulement ceux qui placent les femmes dans

---

295 GREENBERG, p. 48. Voir aussi les différents scénarios de harcèlement présentés par ESKRIDGE, p. 156 (tous sont constitutifs d’une discrimination fondée sur le sexe selon la théorie de la non-conformité aux normes de genre, p. 162–163).

296 Voir CUSACK, p. 145.

297 Comme exposé *supra* B. II. 4.

298 Voir HOLMAAT/POST, p. 327; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 29–30; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 24.

299 Voir HOLMAAT, p. 114–116; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26 et 28. Dans un sens favorable à une interprétation large de l’art. 5 CEDEF permettant de couvrir toutes les situations de non-conformité aux normes de genre: HOLMAAT/POST, p. 323 et 331; K/CEDAW-SCHLÄPPI/WYTTEBACH/ULRICH, Teil 1 N 31; K/CEDAW-WYTTEBACH, Art. 5 N 18 *in fine*; HOTZ, p. 14.

une position d'infériorité, mais aussi ceux «à l'encontre de toute personne ne disposant pas d'un corps masculin ou féminin considéré <normal>, de toute personne ne se conformant pas aux attentes relatives à une masculinité ou féminité <standard>, ainsi que de toute personne s'écartant de la norme de l'hétérosexualité»<sup>300</sup>. Une telle interprétation semble cohérente avec l'affirmation du Comité CEDEF, selon laquelle:

«Le principe de l'égalité entre hommes et femmes, ou de l'égalité de genre, contient l'idée intrinsèque que tous les êtres humains, quel que soit leur sexe, sont libres de faire valoir leurs aptitudes personnelles, d'avoir une carrière professionnelle et de faire leurs choix à l'abri des contraintes imposées par les stéréotypes, la conception rigide des rôles de l'homme et de la femme, et les préjugés»<sup>301</sup>.

Lors de l'application de l'art. 5 CEDEF, les Etats doivent être conscients du fait que les stéréotypes de genre ne relèvent pas seulement de l'idéologie individuelle mais traversent les principales structures de la société, y compris le droit, et qu'il leur appartient d'agir au niveau structurel afin que chaque individu puisse choisir de façon autonome<sup>302</sup> sa manière de vivre son identité<sup>303</sup>.

#### 4. Synthèse

Afin d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes, les Etats parties à la CEDEF sont tenus d'agir sur trois axes.

Premièrement, les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour prohiber la *discrimination directe ou indirecte* à l'égard des femmes, au niveau individuel ou structurel. La mention d'un «effet» discriminatoire à l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF, et dans la définition de la discrimination indirecte donnée par le Comité CEDEF, pose la question de savoir comment établir un tel effet<sup>304</sup>. L'*analyse chiffrée* consistant à examiner si une mesure, apparemment neutre (par exemple des prescriptions de taille à l'embauche ou des codes vestimentaires sur le lieu de travail), affecte en réalité un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, pose divers problèmes en pratique. En particulier, des difficultés surviennent lorsqu'il s'agit d'identifier les groupes à comparer, de chercher auprès d'une même entité employeuse les catégories d'individus nécessaires à la constitution des groupes envisagés, ou encore de démontrer un écart «considérable» entre les proportions de femmes et d'hommes au sein des groupes comparés (preuve pratiquement impossible à apporter lorsque le recrutement se fait à l'aide d'algorithmes, par exemple). La théorie de l'impact dis-

300 C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26.

301 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 22.

302 Voir HOLTMAAT, Art. 5 CEDAW, p. 145. Voir aussi: K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 60 (sur la tension entre lutte contre les stéréotypes et respect de la sphère privée).

303 Dans ce sens, HOLTMAAT/TOBLE, p. 409.

304 Voir *supra* B. III. 1. a.

proportionné sur un groupe, par rapport à un autre, se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination multiple<sup>305</sup>. Ainsi, l'effet discriminatoire d'une mesure apparemment neutre doit aussi pouvoir être admis sur la base d'une *analyse qualitative*, qui permet de considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte (indépendamment du nombre d'individus concernés au sein de l'entreprise) et non pas seulement sa fréquence<sup>306</sup>.

Deuxièmement, afin de remédier à la surreprésentation des hommes dans certaines professions et aux fonctions les plus influentes ou les mieux rémunérées, l'adoption de «*mesures temporaires spéciales*» destinées à différents groupes de femmes peut s'avérer indispensable. L'art. 4 CEDEF définit ces mesures comme un moyen d'accélérer la réalisation d'une véritable égalité et non comme un acte de discrimination. Sous l'angle de la CEDEF, la discrimination réside bien plutôt dans la non-adoption de telles règles et dans le maintien du *statu quo* en faveur du masculin. La nature temporaire de ces mesures permet d'éviter de renforcer, sur le long terme, l'image de la femme fragile vouée à être protégée. Les «*mesures temporaires spéciales*», telles que des quotas pour lutter contre la ségrégation verticale et horizontale du marché du travail, visent au contraire à faire évoluer la conception stéréotypée selon laquelle les femmes seraient moins aptes à diriger ou à exercer un métier dangereux<sup>307</sup>.

Le troisième axe consiste en effet à lutter contre la perpétuation des *stéréotypes préjudiciables* aux femmes, notamment ceux basés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe» au sens de l'art. 5 let. a CEDEF<sup>308</sup>. Le fait que cette disposition mentionne le «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» encourage les Etats à s'interroger sur la façon dont la construction sociale des masculinités (parallèlement à la construction des féminités) favorise la hiérarchisation des genres et nuit finalement à l'ensemble de la société<sup>309</sup>. Dans cette optique, l'art. 5 CEDEF peut être interprété comme interdisant les stéréotypes de genre à l'encontre de toute personne ne se conformant pas aux attentes relatives à une masculinité ou féminité «standard»<sup>310</sup>, par exemple:

- une travailleuse coiffée d'un hijab ou obèse, assignée à des tâches sans contact avec la clientèle en raison de sa non-conformité à la norme de beauté occidentale<sup>311</sup>;
- une candidate écartée d'une promotion eu égard à son tempérament, sa démarche, son langage et son habillement trop peu féminins<sup>312</sup>;

305 Voir *supra* B. III. 1. a. aa. avec les références au droit de l'Union européenne.

306 Voir *supra* B. III. 1. a. ab. (au sujet de l'impact genré des clauses de neutralité religieuse sur les lieux de travail ou de formation).

307 Voir *supra* B. III. 2.

308 Voir *supra* B. III. 3. a.

309 Voir *supra* B. III. 3. b.

310 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26 et *supra* III. 3. e.

311 Voir *supra* B. III. 3. ca. (au sujet des codes vestimentaires et des idéaux de beauté).

312 Voir *supra* B. III. 3. cb. avec les références à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis.



- une personne transgenre stigmatisée sur son lieu de travail parce qu'elle n'adopte pas (ne performe pas) le genre correspondant à son sexe biologique<sup>313</sup>;
- un homme considéré comme «efféminé» (en raison de sa corpulence fluette, de la façon dont il investit son rôle de père ou du fait qu'il est homosexuel) et harcelé pour cette raison par ses collègues<sup>314</sup>.

En définitive, la CEDEF requiert des Etats qu'ils changent la société en profondeur de façon à créer plus de place pour la *diversité* et la *liberté* des femmes (et des hommes) de décider pour elles-mêmes (pour eux-mêmes) ce que cela signifie d'être une femme (ou un homme)<sup>315</sup>.

## C. La discrimination au sens de la loi sur l'égalité (LEg)

### I. Généralités

La LEg «a pour but promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes» (art. 1<sup>er</sup> LEg). A l'instar de la CEDEF, la loi ne se limite pas à garantir l'égalité formelle mais vise une véritable transformation sociale<sup>316</sup>. Quels contours donner à l'interdiction de discriminer «à raison du sexe» figurant dans cette loi? La présente partie tente de répondre à cette question à la lumière des explications données plus haut au sujet de la CEDEF.

Rappelons que l'adoption de la LEg en mars 1995 a permis à la Suisse de ratifier la CEDEF deux ans plus tard, en mars 1997<sup>317</sup>. Par ailleurs, la LEg a été élaborée afin de concrétiser le mandat législatif figurant à l'art. 8 al. 3 Cst. (2<sup>ème</sup> phrase) et dans le but de faciliter la mise en œuvre du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale prévu par ce même alinéa (3<sup>ème</sup> phrase)<sup>318</sup>. Dès lors, avant de passer à l'analyse de la LEg, il convient de s'intéresser brièvement à son ancrage constitutionnel.

La partie précédente a mis en évidence la portée asymétrique de l'interdiction de discriminer au sens de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF<sup>319</sup>. Les travaux du Comité CEDEF montrent que le critère «sexe» est désormais interprété de façon à couvrir le genre<sup>320</sup>. Le Comité reconnaît l'existence de discriminations multiples,

313 Voir *supra* B. III. 3. cb. *in fine*.

314 Voir *supra* B. III. 3. cb. avec les références à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, ainsi que *supra* B. III. 3. d. sur le lien entre stéréotypes de genre et orientation sexuelle.

315 HOLTMAAT, Holisitc, p. 96.

316 Dans ce sens, Message LEg, FF 1993 I 1163, 1207–1208.

317 Voir Message LEg, FF 1993 I 1163, 1206–1207.

318 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1177 ss.

319 Voir *supra* B. I.

320 Voir *supra* B. II. 2.

liées à la fois au genre et à d'autres facteurs<sup>321</sup>. Depuis quelques années, il se préoccupe des violences à l'égard des femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées, notamment<sup>322</sup>. La CEDEF requiert des Etats parties qu'ils ne se limitent pas à interdire les discriminations directes et indirectes<sup>323</sup> mais adoptent des mesures temporaires spéciales dans le but de rééquilibrer la façon dont les ressources sont réparties sur la base du genre<sup>324</sup>. Afin de traiter le problème des discriminations par ses racines, la CEDEF demande aux Etats de prendre les mesures appropriées pour lutter contre les stéréotypes de genre au niveaux individuel et structurel. La doctrine contemporaine précise que ces stéréotypes affectent tout individu ne se conformant pas aux attentes relatives à une féminité ou à une masculinité «standard»<sup>325</sup> et souligne à cet égard l'imbriication des normes de genre et d'hétérosexualité<sup>326</sup>.

Les lignes qui suivent reviennent sur ces différents aspects au regard des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst. L'analyse de l'art. 8 Cst. ne prétend aucunement à l'exhaustivité eu égard à l'abondante littérature sur cette disposition et au fait que la présente contribution met surtout l'accent sur la CEDEF et la LEg.

## II. Ancrage constitutionnel: art. 8 Cst.

Selon l'alinéa 2 de l'art. 8 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait, notamment, de son «sexe». L'alinéa 3 spécifie<sup>327</sup> que «l'homme et la femme» sont égaux (1<sup>ère</sup> phrase), confère au législateur le mandat de pourvoir à l'égalité de droit et de fait notamment dans le domaine du travail (2<sup>ème</sup> phrase) et consacre le droit à un «salaire égal pour un travail de valeur égale» (3<sup>ème</sup> phrase), droit directement invocable «aussi bien à l'encontre des autorités qu'entre particuliers»<sup>328</sup>.

### 1. Portée symétrique ou asymétrique

Il convient de distinguer la question de la portée (symétrique ou asymétrique) des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst., de celle de la titularité des droits qui y sont consacrés<sup>329</sup>. Alors que l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF ne se réfère qu'aux «femmes», les alinéas 2 («sexe») et 3 («homme et femme») de l'art. 8 Cst. sont rédigés de façon neutre (respectivement binaire) sous l'angle du genre, à l'instar de l'interdiction de discriminer prévue aux art. 2 et 3 du Pacte ONU I ou à l'art. 14

321 Voir *supra* B. II. 4.

322 Voir *supra* B. II. 4.

323 Voir *supra* B. III.

324 Voir *supra* B. III. 2.

325 Voir *supra* B. III. 3. e. et B. III. 4.

326 Voir *supra* B. III. 3. d.

327 Voir WALDMANN, *Neue Ansätze*, p. 11, auquel se réfère notamment l'ATF 140 I 201, c. 6.4.2.

328 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1177.

329 BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 54 lie toutefois ces deux aspects.

CEDH. Dès lors, il semble généralement admis que *toute personne* est habilitée à se prévaloir de l'art. 8 al. 2 et 3 Cst.<sup>330</sup>.

L'admission d'une titularité générale des droits résultant des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst. n'empêche pas de considérer que ces dispositions sont surtout destinées à protéger les individus appartenant à un ou plusieurs groupes<sup>331</sup> traditionnellement discriminés, dont les femmes<sup>332</sup>. Alors que la jurisprudence<sup>333</sup> et la doctrine tendent à reconnaître une portée asymétrique à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>334</sup>, l'alinéa 3 est le plus souvent interprété comme protégeant autant les femmes que les hommes<sup>335</sup>. Une telle conception est critiquée par un courant doctrinal soulignant, à juste titre, qu'une interprétation de l'art. 8 Cst. conforme à la CEDEF commande d'appliquer les alinéas 2 et 3 de façon à protéger plus particulièrement les femmes<sup>336</sup>.

## 2. Notion de «sexe»

Depuis quelques années, le critère du «sexe» énoncé à l'art. 8 al. 2 Cst. est compris de façon à inclure le *genre*, *l'identité de genre* et *l'expression de genre* (notamment le comportement, l'apparence physique, l'habillement, la voix)<sup>337</sup>. En particulier, WALDMANN explique qu'un homme traité de façon différente en raison de caractéristiques (biologiques ou sociales) attribuées aux femmes (par exemple une voix aiguë ou un goût pour la couture ou la cuisine) est fondé à se prévaloir de l'interdiction de discriminer prévue à l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>338</sup>

330 Voir notamment SGK/BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 47; CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 54–55, 111 avec les références. Partisans d'une portée asymétrique de l'art. 8 al. 3 Cst., MÜLLER/SCHEFER, p. 738 relèvent que les hommes sont aussi protégés par cette disposition, mais avec une moindre intensité. Voir toutefois MAHON, Art. 8 N 14b; OFK-BIAGGINI, Art. 8 N 14.

331 Sur la discrimination multiple sous l'angle de l'art. 8 Cst., voir KLEBER, p. 178 ss; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, p. 445 (art. 8 al. 2 Cst.) et CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 114 (art. 8 al. 3 Cst.).

332 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 55, 59; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1076–1077.

333 Voir p.ex. l'ATF 145 I 73, c. 5. 1: «Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur».

334 Sur la portée asymétrique de l'art. 8 al. 2 Cst., voir en particulier MÜLLER/SCHEFER, p. 688 ss. Pour une présentation des différentes nuances doctrinales et jurisprudentielles, voir KLEBER, p. 54–59; DENG, p. 2–4.

335 Sur cette différence entre les alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst., voir MAHON, art. 8 N 13b et 16c; KLEBER, p. 175. Au sujet de l'art. 8 al. 3 Cst., voir surtout SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101, qui se réfèrent notamment à l'ATF 131 II 361, évoqué *infra* C. IV. 2. b. en lien avec les mesures positives.

336 SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz N 33; MÜLLER/SCHEFER, p. 738 ss.

337 CR/Cst.-MARTENET N 71 (avec la référence aux «rôles» stéréotypés); WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 608–610.

338 WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 610 note 169. L'exemple inverse donné à la note 170 ne mentionne qu'une caractéristique biologique, à savoir le fait pour une femme d'avoir une barbe.

Alors que la doctrine s'accorde à dire que les personnes trans<sup>\*339</sup> ou intersexes sont protégées par l'art. 8 al. 2 Cst.<sup>340</sup>, rares sont les écrits leur accordant aussi le bénéfice de l'art. 8 al. 3 Cst.<sup>341</sup>. Parmi eux, citons le nouveau commentaire romand de la Constitution fédérale, selon lequel «une femme transgenre dont le sexe biologique est masculin peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3<sup>ème</sup> phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan par rapport à un homme cisgenre<sup>342»343</sup>.

En revanche, le Tribunal fédéral<sup>344</sup> et la doctrine quasi unanime considèrent que le critère du sexe n'inclut pas l'*orientation sexuelle*, couvert par un autre critère énuméré à l'art. 8 al. 2, à savoir le mode de vie<sup>345</sup>. Dans le commentaire romand susmentionné, MARTENET note toutefois qu'un rattachement au critère du sexe au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. serait «aussi envisageable»<sup>346</sup> et explore des pistes pour une prise en considération de l'orientation sexuelle sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst.<sup>347</sup>. Son analyse contemporaine de l'art. 8 Cst. fait référence à plusieurs reprises au projet de loi genevois relatif à l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre<sup>348</sup>, dont l'article 5 interdit sur le même plan «toutes les formes de violence et de discrimination fondées sur le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre ou liées à l'intersexuation».

### 3. Trois méthodes pour réaliser l'égalité

Au regard des art. 2, 5 et 11 CEDEF, notamment, le Tribunal fédéral explique:

«L'art. 8 al. 3 2<sup>e</sup> phrase Cst. contient un mandat visant à réaménager les rapports sociaux par la suppression des stéréotypes et des structures discriminatoires existants [...]»<sup>349</sup>. Il n'est à cet effet pas suffisant d'interdire la discrimination des femmes (par ex. dans la vie professionnelle) par des particuliers [...]. Des mesures ciblées sont

339 Voir la définition donnée par AGIUS/TOBLER, p. 12, citée *supra* note 282.

340 Voir en particulier, WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 608–609; CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 77–78. Voir aussi SCHEFER/MÜLLER, p. 737 qui excluent en revanche ces personnes du champ d'application de l'art. 8 al. 3 Cst.

341 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 78, 111, 113, 177, 120 et 124; HOTZ, p. 13.

342 A savoir une personne dont l'identité de genre correspond au sexe assigné à la naissance.

343 CR/Cst.-MARTENET, N 111. Voir aussi N 113.

344 ATF 145 II 153 = JdT 2020 I 22, c. 4.3.6. avec les références doctrinales. Pour un aperçu des critiques suscitées par cet arrêt, voir *infra* C. II. 3.

345 Voir notamment, BESSON, N 1481; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1097; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 609–610; PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 709; ZIEGLER/BUENO, N 48; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, p. 446 ainsi que SGK/BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 70, cité à tort selon nous à l'appui du recours ayant donné lieu à l'ATF 145 II 153 (voir c. 4.2); *contra* HOTZ, p. 12–13.

346 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 86, note 29, qui renvoie à HOTZ, p. 12 ss.

347 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 112, avec les références doctrinales et jurisprudentielles.

348 Projet de loi sur l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre (LELVDG) (A 2 90), déposé le 16 décembre 2020 (PL 12843).

349 Voir WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 423 et 439 ss.

nécessaires afin de lutter contre les rôles stéréotypés, contre les modèles de comportements sociaux institutionnalisés et contre les discriminations qui en résultent, et amorcer une réorientation des mentalités»<sup>350</sup>.

Ainsi, à l'instar de l'art. 8 al. 2 Cst, l'art. 8 al. 3 Cst. exige la réalisation de l'égalité de fait via l'adoption de *mesures positives*<sup>351</sup> et la lutte contre la perpétuation des *stéréotypes* nocifs<sup>352</sup>, en sus de l'interdiction des *discriminations directes* ou *indirectes*. La notion de discrimination indirecte semble toutefois être interprétée différemment sous l'angle des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst<sup>353</sup>. Selon le Tribunal fédéral, en effet:

«L'art. 8 al. 2 Cst. interdit non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination indirecte. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation, sans désavantager directement un groupe déterminé, défavorise particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe. L'atteinte doit toutefois revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique [...]»<sup>354</sup>.

En lien avec l'art. 8 al. 3 Cst., le Tribunal se réfère de nos jours encore à la définition de la discrimination indirecte donnée au début des années 1990 par le Message relatif à la LEg<sup>355</sup>, qui à son tour renvoyait à la jurisprudence européenne des années 1980, dont nous avons vu qu'elle a depuis lors évolué<sup>356</sup>. Dès lors, dans le contexte de l'égalité entre femmes et hommes, on se trouve en présence d'une 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»<sup>357</sup>.

Ainsi, alors que l'existence d'une discrimination indirecte peut être admise par la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 2 Cst. sur la base d'une analyse *qualitative*, axée sur le désavantage particulier pour les membres d'un groupe et l'intensité

350 ATF 137 I 305, c. 3.2 traduit au JdT 2012 I 47. Le Tribunal ajoute que les collectivités jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation dans le choix des moyens. Sur ce mandat sociopolitique, voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 92, 96, 102.

351 Voir *infra* C. IV. 2. b (art. 3 al. 3 LEg).

352 Sur le lien entre mesures positives et lutte contre les stéréotypes sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., voir BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 94; MARTENET, Géométrie, N 877, 957.

353 Voir KLEBER, p. 157.

354 ATF 145 I 73, c. 5.1.

355 Voir p.ex. l'ATF 145 II 153, c. 4.3.4, avec la référence au Message (FF 1993 I 1163).

356 Sur la notion de discrimination indirecte en droit de l'UE et l'évolution vers une approche qualitative (et non plus seulement quantitative) consacrée par la Directive 2006/54/CE, voir *supra* B. III. 1. ab.

357 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1210.

de l'atteinte, la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 3 Cst. reste attachée à une démonstration *quantitative* de l'impact disproportionné d'une mesure sur un groupe, par rapport à un autre. Pourtant, une conception *qualitative* de la discrimination indirecte dans le contexte de l'art. 8 al. 3 Cst. permettrait de se rapprocher du droit actuellement en vigueur au sein de l'UE<sup>358</sup> et de sortir d'une simple logique de comparaison entre femmes et hommes, conformément à l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF<sup>359</sup>.

#### 4. Articulation des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst.

En définitive, il semble que l'interdiction de discriminer fondée sur «le sexe» au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. soit interprétée de façon à protéger plus spécifiquement les individus qui en ont le plus besoin<sup>360</sup>, notamment les femmes et toute personne transgressant les normes de genre (comme les personnes trans\* ou les hommes cisgenres s'adonnant à des activités dites «féminines»)<sup>361</sup>. La discrimination indirecte au sens de cette disposition peut être admise sur la base d'une analyse qualitative, axée sur la gravité de l'atteinte à la dignité. Sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst., en revanche, la démonstration de l'impact disproportionné sur un groupe, comparé à un autre, est généralement requise<sup>362</sup>. En outre, l'art. 8 al. 3 Cst. demeure majoritairement interprété comme protégeant de façon symétrique «l'homme et la femme» au sens biologique<sup>363</sup>.

Au regard des explications données dans la partie précédente, force est de constater que la conception de la discrimination développée en lien avec l'art. 8 al. 2 Cst. s'avère davantage conforme à l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF que celle prévalant dans le cadre de l'art. 8 al. 3 Cst. Paradoxalement, en présence d'une discrimination à l'égard des femmes, la doctrine considère que seul l'art. 8 al. 3 Cst. s'applique au titre de *lex specialis*<sup>364</sup>. Une telle position paraît contredire l'avis selon lequel la notion de sexe figurant à l'art. 8 al. 2 Cst. pourrait aussi couvrir la non-conformité aux normes de genre<sup>365</sup>. Elle s'avère en outre insatisfaisante lorsqu'une femme est discriminée sur la base à la fois de son genre et d'un autre facteur énuméré à l'art. 8 al. 2 Cst<sup>366</sup>.

358 Voir EPINEY/DUTTWILER, p. 50–52; UBERSCHLAG, N 144–151.

359 Voir *supra* B. III. 1. a. et B. III. 4. Dans ce sens, TOBLER, p. 40 ss.

360 Voir *supra* C. II. 1.

361 Voir *supra* C. II. 2.

362 Voir *supra* C. II. 3.

363 Voir *supra* C. II. 1.

364 Voir notamment BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 71, 96; MÜLLER/SCHÉFER, p. 737 (selon lesquels l'interdiction de discriminer en raison du sexe prévue à l'art. 8 al. 2 Cst. n'a de portée propre qu'en cas de discriminations à l'égard des personnes transgenres ou intersexes).

365 Voir *supra* C. II. 2, en particulier la référence faite par WALDMANN (Diskriminierungsbegriff, p. 610) aux hommes qui indiquent s'adonner à la couture ou à la cuisine pendant leurs loisirs.

366 Voir KLEBER, p. 178–180.

A juste titre, SCHLÄPPI et LOCHER appellent de leurs vœux une interprétation de l'art. 8 al. 3 Cst. qui explicite davantage le lien avec l'interdiction de la discrimination prévue à l'art. 8 al. 2 Cst. et interprète cette notion conformément à la CEDEF<sup>367</sup>.

### III. Champ d'application de la LEg

#### 1. Rapports de travail salariés

Alors que l'art. 11 CEDEF couvre l'emploi au sens large, y compris le travail réalisé dans le secteur informel<sup>368</sup>, l'interdiction de discriminer prévue par la LEg ne trouve application que dans le cadre de rapports de travail *salariés* et non en cas d'activité indépendante<sup>369</sup>. Dès lors, la LEg ne s'applique directement aux travailleuses et travailleurs dits «de plateforme» que lorsque leur relation avec la société propriétaire de l'application numérique est qualifiée de contrat de travail<sup>370</sup>.

Les rapports de travail salariés peuvent être soumis au droit privé ou relever de la fonction publique fédérale, cantonale ou communale (art. 2 LEg). Une nette majorité des arrêts rendus par le Tribunal fédéral en lien avec la LEg concerne des rapports soumis au droit public<sup>371</sup>.

Lorsque la discrimination prend la forme d'un harcèlement sexuel, la question se pose de savoir si elle doit survenir sur le «lieu de travail» (art. 4 LEg)<sup>372</sup>, ou s'il suffit qu'elle se produise à l'occasion «des rapports de travail» (art. 2 LEg) pour entrer dans le champ d'application de la loi. Les commentaires de la loi exposent qu'un harcèlement survenant hors de l'entreprise, pendant le temps libre, sur le chemin du travail ou au domicile privé tombe sous le coup de la LEg lorsqu'il entraîne une péjoration des conditions de travail, notamment parce que les actes émanent d'une ou un supérieur hiérarchique<sup>373</sup>. Rappelons que le fait de harceler sexuellement d'autres membres du personnel constitue une violation grave du devoir de fidélité (art. 321a CO), *a fortiori* lorsque les actes émanent d'une personne assumant des fonctions d'encadrement<sup>374</sup> ou travaillant au service de l'Etat. Pour ces catégories du personnel, la portée du de-

367 K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz, N 35.

368 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 1 N 23 avec les références.

369 Voir K/GIG-FREIVOGEL, Art. 2 N 22–23, qui n'exclut pas une application par analogie de la loi dans certains cas (p.ex. contrats innomés).

370 Au sens de l'art. 319 CO. Voir l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 17 novembre 2020, ATA/1151/2020 c. 9–13 (qualification du contrat avec une société de transport VTC). Sur la situation des personnes liées à la société *Uber*, voir notamment WYLER/HEIZER, p. 32–40.

371 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.15. Sur 81 arrêts rendus entre 2004 et 2019, 30 concernaient des rapports de droit privé (37 %) et 51 des rapports de droit public (63 %).

372 Voir *infra* C. IV. 5.

373 Voir K/GIG-KAUFMANN, Art. 4 N 64; C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 20 avec les références.

374 Voir TF, 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 3 et 4.3.2.1. Voir aussi WYLER/HEINZER, p. 117–118.

voir de fidélité peut s'étendre au-delà de la sphère professionnelle<sup>375</sup>. Au demeurant, la jurisprudence n'a pas encore clairement tranché la question de savoir si des actes survenus durant le temps libre sont couverts par l'art. 4 LEg<sup>376</sup>. Récemment, toutefois, le Tribunal fédéral a qualifié de harcèlement sexuel au sens de cette disposition le comportement d'un directeur qui importunait via des appels téléphoniques et des messages SMS une collaboratrice se trouvant chez elle en incapacité de travail<sup>377</sup>. Une telle jurisprudence, qui prend en considération l'effet des actes plutôt que le lieu où il se produisent, mérite d'être saluée eu égard au but de la LEg, à savoir la réalisation de l'égalité *de facto* (art. 1 LEg), ainsi qu'au vu des développements récents en droit international du travail.

En particulier, la Convention OIT n° 190, entrée en vigueur en juin 2021, inclut dans son champ d'application le harcèlement s'exerçant «à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail»:

a) sur le lieu de travail, y compris les espaces publics et les espaces privés lorsqu'ils servent de lieu de travail; b) sur les lieux où le travailleur est payé, prend ses pauses ou ses repas ou utilise des installations sanitaires, des salles d'eau ou des vestiaires; c) à l'occasion de déplacements, de voyages, de formations, d'événements ou d'activités sociales liés au travail; d) dans le cadre de communications liées au travail, y compris celles effectuées au moyen de technologies de l'information et de la communication; e) dans le logement fourni par l'employeur; f) pendant les trajets entre le domicile et le lieu de travail»<sup>378</sup>.

A l'heure du télétravail et de l'utilisation accrue d'Internet, il paraît en effet pertinent de revoir la conception classique du «lieu de travail»<sup>379</sup>.

## 2. Discrimination fondée sur le genre

Le message du Conseil fédéral relatif à la LEg montre que cette loi, adoptée sur la base de la 2<sup>ème</sup> phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., vise principalement à améliorer «la situation des femmes dans le monde du travail»<sup>380</sup>. Pourtant, même les rares au-

375 Voir LEMPEN, Fidélité, p. 17–19 avec le résumé de trois arrêts (actes commis hors du lieu de travail à l'égard de collègues ou de subordonnées, rapports soumis au droit public, harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg).

376 Voir TF, 4A\_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.2 (attouchements dans la voiture du chef, contexte professionnel ou privé, question non tranchée); TF, 4A\_124/2017 du 31 janvier 2018, c. 4 (propos sexistes dans un bar à l'occasion d'un pot de départ), commenté par SATTIVA SPRING, Propos grossiers. Voir aussi LEMPEN, Fidélité p. 19–20.

377 TF, 4A\_544/2018 du 29 août 2019. Voir DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 346 f.

378 Convention OIT (n° 190) concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, adoptée le 21 juin 2019, art. 3. La convention n'est pas (encore?) ratifiée par la Suisse. Voir à ce sujet les interpellations 20.4578 CAROBBIO et 20.4426 GROUPE DES VERTS.

379 Voir MEIER/PÄRLI/SEILER, p. 77 ss.

380 Voir Message LEg, FF 1993 I 1163, 1166 ss. Voir aussi K/GIG-KAUFMANN, Art. 1 N 1.



teurs à reconnaître une portée asymétrique à l'art. 8 al. 3 Cst.<sup>381</sup> jugent bon de préciser que la LEg s'applique dans la même mesure aux femmes et aux hommes<sup>382</sup>. En réalité, alors que le principe constitutionnel d'égalité a d'abord été invoqué (avec succès) devant le Tribunal fédéral surtout par des hommes<sup>383</sup>, les actions judiciaires fondées sur la LEg sont pour l'essentiel intentées par des travailleuses<sup>384</sup>.

L'art. 3 al. 1 LEg interdit de discriminer les personnes salariées «à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale, ou s'agissant des femmes, leur grossesse».

A la lumière de l'art. 5 CEDEF<sup>385</sup> et de la façon dont le critère «sexe» est interprété en lien avec l'art. 8 Cst.<sup>386</sup>, la doctrine s'accorde à dire que ce terme à l'art. 3 al. 1 LEg fait aussi référence au «genre»<sup>387</sup>. La référence à la «grossesse» combinée à celle de la «situation familiale» permet d'inclure dans le champ d'application de la LEg non seulement les discriminations à l'égard des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, mais aussi la mise à l'écart des mères d'enfants en bas âge, reflet d'une conception stéréotypée de la répartition des tâches entre parents<sup>388</sup>. Au travers des éléments «grossesse» et «situation familiale», la LEg interdit la discrimination multiple, fondée sur le sexe et sur l'âge, liée au fait d'être une femme en âge de procréer ou d'avoir de jeunes enfants<sup>389</sup>.

L'art. 3 LEg interdit les différences de traitement reposant sur des *stéréotypes de genre nocifs*<sup>390</sup>, notamment à l'embauche (la clientèle préférera être servie par une jolie femme)<sup>391</sup>, lors de l'attribution des tâches ou d'une promotion (les collaboratrices sont moins disposées à assumer un surcroît de travail et manquent d'autorité naturelle)<sup>392</sup>, dans l'aménagement des conditions de travail (une jeune mère doit baisser son taux d'occupation)<sup>393</sup>, au niveau de la rémunération (les qualités nécessaires à la garde d'enfants sont innées et n'ont pas à être considérées sur le plan salarial)<sup>394</sup> ou de la résiliation des rapports de travail

381 Voir *supra* C. II. 1.

382 MÜLLER/SCHÉFER, p. 739.

383 Voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101 avec les références aux ATF.

384 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.13; sur 81 arrêts du TF relatifs à la LEg, 6 (7,4 %) ont été rendus suite à un recours intenté par un homme.

385 Voir *supra* B. II. 2.

386 Voir *supra* C. II. 2.

387 Voir notamment UBERSCHLAG, N 45; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 3 avec les références.

388 Voir PERRENOUD, Protection, p. 75–76.

389 Voir DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 209 *in fine*.

390 Sur cette notion, voir *supra* B. III. 3.

391 Voir UBERSCHLAG, N 105–107; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 18–19. Sur la prise en considération des souhaits de la clientèle, voir aussi *supra* B. III. 1. abb. (port du hijab).

392 Exemples cités dans le Message LEg, FF 1993 I 1163, 1175. Voir aussi K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 32–35; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 25.

393 Sur la contrainte au temps partiel, voir LEMPEN/MAJOR, p. 123–124.

394 Sur l'échelle de valeurs qui sous-tend les systèmes salariaux, voir C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 24, 45. Voir aussi Message LEg FF 1993 I 1163, 1211.

(les épouses dont le conjoint bénéficie d'un bon revenu peuvent renoncer à leur emploi)<sup>395</sup>. En outre, les propos sexistes contribuant à créer un climat de travail hostile sont prohibés par l'art. 4 LEg<sup>396</sup>.

La doctrine considère que le critère du «sexe» figurant à l'art. 8 al. 2 Cst. inclut la *transidentité*<sup>397</sup>. Il en va de même du terme «sexe» figurant à l'art. 3 al. 1 LEg<sup>398</sup>. Au cours des dernières années, les autorités de conciliation en matière de LEg ont traité diverses plaintes pour discriminations fondées sur l'identité ou l'expression de genre, notamment des cas de refus d'embauche ou de licenciements liés à la révélation d'un changement de genre, ou encore le harcèlement sexuel d'une femme transgenre, qualifiée de «*Schwein*»<sup>399</sup>. A notre connaissance, la LEg n'a encore jamais été invoquée devant un tribunal en lien avec une discrimination fondée l'identité de genre<sup>400</sup>.

### 3. Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle?

En 2019, le Tribunal fédéral a répondu par la négative à la question de savoir si une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à l'embauche constitue une discrimination *directe* au sens de l'art. 3 al. 1 LEg<sup>401</sup>. Le Tribunal fonde notamment son analyse sur la doctrine relative à l'art. 8 al. 2 Cst., dont nous avons vu qu'elle rattache l'orientation sexuelle au «mode de vie» et non au «sexe»<sup>402</sup>. Le «sexe» n'incluant pas l'homosexualité, le critère de l'orientation sexuelle peut tout au plus, à l'instar de l'état civil ou de la situation familiale, être *indirectement* discriminatoire au sens de l'art. 3 al. 1 LEg lorsque sa prise en considération nuit aux femmes par rapport aux hommes (ou inversement). L'arrêt se réfère au message relatif à la LEg, selon lequel une différence de traitement fondée sur les «préférences sexuelles» entre dans le champ d'application de cette disposition «dans la mesure où un tel critère est propre à désavantager une plus grande proportion de personne d'un sexe»<sup>403</sup>. Le Tribunal fédéral juge non convaincante l'opinion doctrinale, ici défendue, selon laquelle il convient de considérer que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est couverte par la LEg dès lors qu'elle est intrinsèquement liée à celle fondée sur la

395 Voir K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 19, 64; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 10, 35.

396 Voir ATF 126 III 395, c. 7b et *infra* C. IV. 5.

397 Voir ATF 145 II 153, c. 4.3.6 avec les références et *supra* C. II. 2.

398 Voir LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 86–87; GROHSMAN, p. 34–37; UBERSCHLAG, N 41–44; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 17, avec les références à l'arrêt CJUE du 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall*, aff. C-13/94.

399 Voir les résumés sur <www.gleichstellungsgesetz.ch>, notamment ZH Fall 344, auxquels se réfèrent LEMPEN/SHEYBANI, p. 90–91.

400 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017 (jurisprudence cantonale), ch. 4.16; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021 (Tribunal fédéral), ch. 4.10.

401 ATF 145 II 153.

402 Voir ATF 145 II 153, c. 4.3.6, qui se réfère à la doctrine citée *supra* C. II. 2.

403 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1211, auquel se réfère l'ATF 145 II 153, c. 4.3.4.

non-conformité aux stéréotypes de genre<sup>404</sup>, comme l'attestent les recherches réalisées dans le champ de la psychologie sociale<sup>405</sup>. S'appuyant sur un autre courant doctrinal, le Tribunal fédéral reste attaché à la logique de comparaison chiffrée entre deux sexes biologiques et estime que le recourant doit être débouté, faute d'avoir établi une discrimination par rapport aux femmes homosexuelles<sup>406</sup>.

Dans le cas d'espèce, il semble que le candidat à l'embauche n'ait effectivement pas assez expliqué en quoi la discrimination dont il se plaignait revêtait un caractère genré. Sur ce point, nous partageons l'avis du Tribunal. En revanche, nous ne pouvons suivre l'argument selon lequel le soldat aurait dû montrer que l'armée écartait les candidatures des gays, alors qu'elle prenait en considération celles des lesbiennes<sup>407</sup>. Si on appliquait ce raisonnement à l'état de fait de l'arrêt *Onacle c. Sundower*<sup>408</sup>, cela signifierait que le harcèlement commis sur une plateforme pétrolière par un groupe d'hommes à l'égard d'un collègue qu'ils jugent «efféminé» cesserait d'être considéré comme une discrimination fondée sur le sexe dès le moment où le groupe s'en prendrait aussi à une collaboratrice aux allures masculines. L'efficacité de l'interdiction de discriminer sur la base du sexe en serait considérablement réduite.

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2019 a suscité plusieurs critiques. En substance, la doctrine regrette l'accent mis sur les travaux préparatoires, vieux d'un quart de siècle, et l'attachement à une conception biologique du critère «sexe», réduit à la seule question des inégalités entre «l'homme» et «la femme». Une occasion manquée de réinterpréter ces catégories binaires, devenues trop étroites, et d'intégrer les recherches menées dans d'autres disciplines sur le lien entre homophobie et stéréotypes de genre<sup>409</sup>.

Ajoutons que, même en restant fidèle à une conception traditionnelle de la discrimination fondée sur le sexe, le Tribunal fédéral aurait pu parvenir à un résultat opposé, à l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis dans un arrêt *Bostock v. County Clayton*<sup>410</sup> rendu peu après celui de notre Haute Cour:

«En effet, un employé homosexuel et une employée hétérosexuelle sont tous deux attirés par les hommes. Si l'employeuse de ces deux personnes décide de licencier

404 ATF 145 II 153, c. 4.4.1. qui se réfère à LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 86 ss; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 4; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 17; STAUBER-MOSER/VOLODER, p. 122.

405 Voir la doctrine citée *supra* B. III. 3. d. (stéréotypes et orientation sexuelle).

406 ATF 145 II 153, c. 4.3.6, 4.4.2. 4.5, qui se réfèrent notamment à WYLER/HEINZER, p. 1111; UBERSCHLAG, N 37, 53; C/LEg-COSSALI SAUVAIN, art. 1, N 17–19; BAUR/ROSSINELLI, N 13.

407 Comme suggéré par le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt A-1276/2017 du 7 août 2018, c. 3.

408 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75. Voir *supra* B. III. 3. cb.

409 Voir STEFFANINI, p. 190–191; HOTZ, p. 10 ss; SATTIVA SPRING, Homosexuels, p. 11–12; GEISER, p. 1190; TSCHENTSCHER, p. 670–671.

410 Affaire US Supreme Court du 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S.

uniquement l'employé au seul motif qu'il aime les hommes, elle discrimine ce dernier par rapport à l'employée et viole ainsi l'art. 3 LEg. En pareille hypothèse, en effet, la résiliation n'est pas motivée par le genre de la personne aimée mais directement par le genre de la personne employée»<sup>411</sup>.

Sur la base de ce raisonnement, l'arrêt *Bostock* retient qu'un licenciement fondé sur l'orientation sexuelle viole l'interdiction de discriminer sur la base du sexe («*on the basis of sex*») figurant au Titre VII du *Civil Rights Act* depuis 1964. Comme relevé par les commentaires de cette jurisprudence historique, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut ainsi être admise sur la base d'une comparaison avec une personne, réelle ou hypothétique, d'un autre «sexe» biologique, sans qu'il soit nécessaire de trancher le débat sur l'acception purement biologique ou non de cette catégorie<sup>412</sup>.

#### IV. Le concept de discrimination dans la jurisprudence LEg

##### 1. Généralités

Dès l'instant où une personne présente sa candidature à un poste<sup>413</sup>, la partie employeuse a l'interdiction de la discriminer «à raison du sexe» directement ou indirectement (art. 3 al. 1 LEg).

Rappelons que selon le Message relatif à la LEg, on se trouve en présence d'une 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]<sup>414</sup> et qu'elle n'est pas justifiée objectivement»<sup>415</sup>. Bien qu'elle présuppose l'existence de «deux sexes», cette définition n'exige aucune comparaison entre femmes et hommes, contrairement à celle de discrimination indirecte. Ainsi, le refus d'engager les mères de jeunes enfants constitue une discrimination directe «à raison du sexe» et de la «situation familiale» au sens de l'art. 3 al. 1 LEg, quand bien même les candidatures d'autres femmes, par hypothèse plus âgées, seraient retenues<sup>416</sup>. L'élément déterminant

---

411 LEMPEN/SHEYBANI, p.90. Voir aussi OGRABEK/SHEYBANI, p.413, qui se réfèrent à l'arrêt *Bostock* mentionné à la note précédente.

412 Voir WEISS, p. 290. Voir aussi TURNER, p. 256 ss (qui explore la figure de la discrimination par association en lien avec l'orientation sexuelle) et BISOM RAPP, p.6 (selon laquelle l'arrêt *Bostock*, bien que portant sur l'emploi, donnera lieu à une nouvelle lecture du droit antidiscriminatoire dans plusieurs autres domaines, comme l'éducation ou la santé).

413 Voir DUNAND, Interdiction, p. 42–45.

414 Voir K/GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 18.

415 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1210.

416 Voir UBERSCHLAG, N 55, 138; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 2, 21. Voir aussi US Supreme Court du 25 janvier 1971, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (refus d'engager une femme avec des enfants en âge préscolaire, discrimination fondée sur le sexe malgré le fait que le refus ait aussi été fondé sur la parentalité et qu'une autre femme ait été engagée).

n'est pas la comparaison avec une personne de sexe masculin mais le lien de causalité entre le refus d'embauche et la maternité<sup>417</sup>.

En revanche, la discrimination est qualifiée d'*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». On reconnaît ici la définition quantitative, inspirée de l'ancien droit de l'Union européenne, dont il a déjà été question plus haut<sup>418</sup>.

L'interdiction de discriminer directement ou indirectement s'applique notamment à l'*embauche*, au niveau de la *rémunération* et lors de la *résiliation* des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg). En outre, la partie employeuse doit assurer des conditions de travail non discriminatoires, exemptes de *harcèlement sexuel* (art. 4 LEg). La présente section examine la façon dont les tribunaux conçoivent la discrimination «à raison du sexe» pour chacun de ces quatre aspects. L'accent est mis sur une sélection d'arrêts qui permet de faire le lien avec les explications données sur la notion de discrimination au sens de l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF.

## 2. *Embauche*

### a. *Lutte contre les stéréotypes de genre*

En lien avec les art. 5 et 11 CEDEF, nous avons évoqué plus haut un arrêt *Jurčić c. Croatie*, à l'occasion duquel la CourEDH a considéré que le présumé selon lequel une femme concluant un contrat de travail à un stade avancé de sa grossesse vise à abuser du système d'assurances sociales fait obstacle à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes<sup>419</sup>. Dans le même esprit, le Tribunal fédéral a récemment souligné que le refus d'engager une femme au motif qu'elle va bientôt accoucher entraîne une discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg<sup>420</sup>. Le fait de nier l'aptitude au placement<sup>421</sup> d'une femme enceinte, en invoquant la faible probabilité qu'un employeur engage une assurée sept semaines avant la naissance, revient à imputer à ce dernier une conduite discriminatoire et ne saurait dès lors servir de fondement à la décision de l'autorité<sup>422</sup>.

417 Voir *supra* B. II. 2. les explications données en lien avec l'art. 11 § 2 CEDEF (visant à «prévenir la discrimination à l'égard des femmes *en raison de leur mariage ou de la maternité*»).

418 Voir *supra* B. III. 1 ab. (CEDEF) et C. II. 3. (8 Cst.).

419 Arrêt CourEDH, *Jurčić c. Croatie* du 4 février 2021 (*non définitif*), req. n° 5411/15, § 32, 42, 82, mentionnée *supra* B. III. 3. ab (lutter contre les stéréotypes de genre).

420 ATF 146 V 210, c. 5.2., qui renvoie à K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 22, 24.

421 Art. 15 LACI (Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0).

422 ATF 146 V 210, c. 5.2.

Il est intéressant de mettre cet arrêt en lien avec une affaire tranchée deux ans auparavant par le Tribunal fédéral. Dans cet autre arrêt, les juges ont rejeté l'argument selon lequel la mention des absences liées à un congé maternité sur un certificat de travail devrait être biffée au motif que cette référence à la grossesse dissuaderait un futur employeur d'engager la salariée concernée<sup>423</sup>. Le Tribunal relève que l'expérience acquise au travers de la parentalité peut être considérée comme un avantage lors d'un recrutement. En même temps, il concède que la maternité, comme la paternité (quoique dans une moindre mesure vu la répartition traditionnelle des tâches entre parents) peut aussi faire craindre de fréquentes absences pour des raisons familiales et dès lors entraîner un désavantage concurrentiel. En l'espèce toutefois, la salariée n'avait pas établi en quoi la mention de la maternité sur son certificat allait affecter son avenir professionnel ou serait contraire à la LEg<sup>424</sup>.

Dans ces deux arrêts, il nous semble que le Tribunal fédéral tente de faire évoluer la conception selon laquelle une femme devenue mère n'est plus une travailleuse à part entière et refuse de considérer que les responsables du recrutement agissent sur la base de tels stéréotypes. Pourtant, les attitudes négatives relatives à l'activité professionnelle des mères d'enfants en âge préscolaire sont encore bien présentes en Suisse<sup>425</sup>. Les actions judiciaires pour refus d'embauche discriminatoire sont, quant à elles, rares. La plupart du temps, une discrimination directe est invoquée, parfois par un homme contestant une *mesure positive* au sens de l'art. 3 al. 3 LEg<sup>426</sup>.

#### *b. Mesures temporaires spéciales, quotas*

Dans un célèbre arrêt concernant l'Université de Fribourg, le Tribunal fédéral a jugé que les quotas rigides<sup>427</sup> dans le secteur public doivent non seulement respecter le principe de proportionnalité, mais également reposer sur une base légale autre que l'art. 3 al. 3 LEg<sup>428</sup>. Parmi les nombreuses critiques suscitées par cette approche «frileuse»<sup>429</sup>, nous nous limitons à évoquer de façon superficielle celles relatives à l'absence de prise en considération du cadre interprétatif

423 ATF 144 II 345, c. 5.3.2. A l'appui de son propos, la travailleuse a fait (en vain) un parallèle avec le droit de mentir sur un projet de grossesse lors d'un entretien d'embauche. A ce sujet, voir notamment PERRENOUD, Protection, p. 80–84.

424 ATF 144 II 345, c. 5.3.3.

425 Les statistiques de l'OFS reproduites dans l'annexe I au 6<sup>ème</sup> rapport du gouvernement suisse relatif à la mise en œuvre de la CEDEF, novembre 2020, p. 37 révèlent qu'en 2018, une proportion non négligeable d'hommes (36 %) et de femmes (27 %) pensent «qu'un enfant en âge préscolaire souffre si sa mère travaille».

426 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, ch. 4.18–4.20; DUNAND, Interdiction, p. 45–47.

427 Sur cette notion en lien avec l'art. 3 al. 3 LEg: K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 175; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 42.

428 ATF 131 II 361, c. 7.

429 Voir SATTIVA SPRING, Mesures positives, p. 301.

fourni par la CEDEF<sup>430</sup>. En particulier, au lieu de concevoir les quotas rigides comme un moyen de remédier au déséquilibre relatif à la représentation des femmes et des hommes au sein du corps professoral, conformément au principe d'égalité énoncé à la 1<sup>ère</sup> phrase de l'art. 8 al. 3 Cst.<sup>431</sup>, le Tribunal fédéral admet de façon restrictive la constitutionnalité des quotas «qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications, en raison du seul critère du sexe»<sup>432</sup>. Le fait de mentionner la «préférence» accordée aux femmes, tout en opposant dans la même phrase les critères de la «qualification» et du «sexe», témoigne d'une conception des mesures positives étrangère à celle préconisée par le Comité CEDEF.

Alors que le Comité conçoit les «mesures temporaires spéciales» (art. 4 CEDEF) comme un instrument propre à faire évoluer le «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5 CEDEF)<sup>433</sup>, le Tribunal fédéral estime, dans un arrêt relatif à une procédure de nomination à l'Université de Genève, que «conférer une portée asymétrique à la plainte de l'art. 62B RALU/GE risque de stigmatiser les bénéficiaires de la mesure positive de l'art. 26A LU/GE<sup>434</sup>, laissant penser que celles-là sont nommées principalement en raison de leur sexe»<sup>435</sup>. Afin d'éviter cet «effet pervers», le Tribunal insiste sur la nécessité d'ouvrir «la voie de la plainte à toutes les personnes qui s'estiment directement touchées par une violation de la règle de préférence»<sup>436</sup>.

A notre connaissance, depuis ces arrêts, le Tribunal fédéral n'a rendu aucune autre jurisprudence concernant des mesures positives au sens de l'art. 3 al. 3 LEg. L'avenir nous dira si l'entrée en vigueur de la règle visant à assurer une représentation équilibrée des sexes dans les conseils d'administration et les directions des sociétés anonymes<sup>437</sup> donnera lieu à une jurisprudence concernant le secteur privé.

430 Voir *supra* B. III. 2. (mesures temporaires spéciales).

431 L'exigence d'une base légale formelle découle du rattachement des mesures positives (et de l'égalité de fait) à la 2<sup>ème</sup> phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., rattachement contesté par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (invité à se déterminer) et par une importante doctrine, notamment: TOBLER, Quoten, p. 224- 228; SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 115; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Art. 4 Umsetzung Schweiz N 1-21 avec les références.

432 ATF 131 II 361, c. 5.3 qui se réfère à l'ATF 123 I 152.

433 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 38; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art 4 N 10, ainsi que les autres références mentionnées *supra* B. III. 2.

434 Actuellement, le quota souple selon lequel «à qualifications équivalentes, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté» figure à l'art. 13 al. 3 LU (Loi sur l'université du 13 juin 2008, RS/GE C 1 30).

435 TF, 2P.277/2004, c. 4.3, qui se réfère à MARTENET, Géométrie, p. 434-435.

436 TF, 2P.277/2004, c. 4.3. Par la suite, le Tribunal fédéral a jugé que le refus d'engager le candidat était «motivé par des raisons étrangères à son appartenance au sexe sur-représenté, de sorte qu'il ne saurait se plaindre d'une discrimination à raison du sexe au sens de la LEg»: ATF 133 II 257, c. 4.2.

437 Art. 734f CO, RO 2020 4005; FF 2020 5409. Une avancée saluée par SATTIVA SPRING, Mesures positives, p. 300, malgré l'absence de sanctions en cas de non-respect des seuils de référence (30 % dans les conseils d'administration et 20 % dans les directions).

Selon le Comité CEDEF, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de mesures positives, ainsi que leur faible utilisation dans tous les secteurs en Suisse, «indiquent que les mesures temporaires spéciales ne sont pas clairement comprises, non plus que les raisons pour lesquelles elles sont appliquées, conformément au paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention et à la recommandation générale n° 25 du Comité»<sup>438</sup>. En particulier, le Comité déclare être «préoccupé par les faibles nombres de femmes professeurs dans les établissements universitaires et de femmes juges à tous les niveaux du système judiciaire»<sup>439</sup>.

### 3. Rémunération

#### a. La conception traditionnelle

Le droit constitutionnel à un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 8 al. 3, 3<sup>ème</sup> phrase) trouve son expression dans l'interdiction de la discrimination salariale prévue par l'art. 3 LEg<sup>440</sup>. La mise en œuvre de ce droit donne lieu à une jurisprudence fédérale relativement abondante<sup>441</sup>, qui reflète de façon évidente une compréhension binaire du «sexe». Par exemple, le Tribunal fédéral expose qu'une «discrimination de nature sexiste peut résulter dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'autres personnes du *sexe opposé* ayant une position semblable dans l'entreprise»<sup>442</sup>. Selon le Tribunal, «la comparaison du salaire de la travailleuse avec la rémunération d'un seul collègue exerçant la même activité suffit à rendre la discrimination vraisemblable» et à renverser le fardeau de la preuve (art. 6 LEg)<sup>443</sup>. En pareille hypothèse, la partie employeuse ne saurait invoquer, comme motif justificatif, le fait que «l'employée se trouve sous-payée dans une mesure semblable par rapport à ses collègues aussi bien masculins que féminins». En effet, la LEg «ne s'oppose pas à des discriminations entre hommes ou entre femmes»<sup>444</sup>.

438 CEDEF, Obs. fin. Suisse n° 3/2009 (Doc. Nu CEDAW C/CHE/CO/3), § 23.

439 CEDEF, Obs. fin. Suisse n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), § 20–21. La réponse de la Suisse à la liste de points et de questions établie en vue du sixième rapport périodique de la Suisse relatif à la mise en œuvre de la CEDEF (novembre 2020) renseigne sur les mesures temporaires spéciales à destination de groupes spécifiques, comme les femmes en situation de handicap (voir § 45 ss).

440 Voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 122; C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 2 (sur le plan matériel, l'art. 3 LEg «ne contient rien de plus» que le principe constitutionnel du salaire égal pour un travail de valeur égale, auquel la jurisprudence a conféré un effet horizontal direct).

441 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.23 (sur 81 arrêts rendus par le Tribunal fédéral entre 2004 et 2019, 55 traitent d'une discrimination salariale).

442 ATF 130 III 145, c. 4.2. avec les références.

443 TF, 4A\_115/2011 du 28 avril 2011, c. 5.1, qui renvoie notamment à TF, 4A\_449/2008 du 25 février 2009, c. 3.

444 ATF 136 II 393, c. 11.3.; ATF 127 III 207, c. 4.



*b. Au-delà de la seule comparaison femmes-hommes*

Eu égard à la jurisprudence susmentionnée, AUBRY GIRARDIN relève que «seules les discriminations salariales entre les sexes sont visées par l'article 3 LEg»<sup>445</sup>. Suivant cette logique, MARTENET est d'avis qu'une «femme transgenre dont le sexe biologique est masculin peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan par rapport à un homme cisgenre»<sup>446</sup>. Un raisonnement fondé sur la binarité se prêtant mal à appréhender la réalité, complexe, l'auteur fait un pas supplémentaire en présentant l'idée selon laquelle toute discrimination salariale *fondée sur l'identité de genre* est prohibée par la troisième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst. Ainsi, «une personne s'identifiant comme non binaire, dont le sexe biologique et assigné à la naissance est féminin, peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan», non seulement par rapport à des hommes, mais aussi par rapport à des femmes cisgenres<sup>447</sup>. Comme déjà relevé<sup>448</sup>, le Tribunal fédéral n'a encore jamais dû se prononcer sur une plainte pour discrimination fondée sur la transidentité dans le domaine de l'emploi.

Notre Haute Cour n'a pas davantage eu l'occasion de préciser si une femme mariée, avec des enfants, serait fondée à se plaindre de discrimination salariale au sens de la LEg en comparant son salaire au revenu plus élevé touché par une autre collaboratrice au bénéfice du même cahier des charges et d'un profil équivalent<sup>449</sup>. Selon la conception classique décrite plus haut, la salariée aurait intérêt à se comparer aussi à un collègue homme, marié et père, effectuant le même travail en échange d'une rémunération plus élevée. En réalité, la question de savoir à qui se compare la travailleuse nous paraît secondaire par rapport à celle du lien de causalité. Au sujet des refus d'embauche signifiés aux mères d'enfants en bas-âge<sup>450</sup>, nous avons déjà expliqué que la démonstration d'une discrimination *fondée sur l'état civil ou la situation familiale* au sens de l'art. 3 al. 1 LEg requiert avant tout d'établir l'impact de ces critères dans le cas concret, eu égard aux stéréotypes selon lesquels «les femmes mariées sont moins productives que les femmes célibataires» et «les hommes mariés sont plus productifs que les hommes célibataires»<sup>451</sup>.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral<sup>452</sup> relatif à une plainte pour discrimination salariale *fondée sur la maternité*, laisse penser qu'une telle discrimination

445 C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 27 qui se réfère à un ATF 113 Ia 107, c. 4a., antérieur à la LEg. Voir aussi C/LEg-WYLER, art. 6 N 13b; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 98.

446 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 111.

447 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 113. Voir aussi *supra* C. II. 2.

448 Voir *supra* C. III. 2.

449 PÄRLI/OBERHAUSSER, N 116.

450 Voir *supra* C. III. 2. (discrimination fondée sur le genre).

451 Voir PÄRLI/OBERHAUSSER, N 119–120, avec les références à une étude zurichoise montrant l'impact négatif du mariage et de la maternité sur le salaire des femmes («*motherhood penalty*»).

452 TF, 8C\_605/2016 du 9 octobre 2017.

pourrait être admise indépendamment d'une comparaison entre femmes et hommes. En l'espèce, le Tribunal a certes laissé ouverte la question de savoir si le fait de prendre en considération les absences liées à un congé maternité lors du calcul du nombre de mois non travaillés à partir duquel une évaluation des prestations – et donc une augmentation salariale – n'a pas lieu constitue une discrimination indirecte à l'égard des femmes. Toutefois, l'arrêt se réfère à la doctrine qui juge contraire à l'art. 3 LEg le fait d'accorder des augmentations de salaire sur la base des jours de présence du personnel en prenant en considération les absences liées à la grossesse et au congé de maternité<sup>453</sup>. Par ailleurs, mention est faite de l'art. 11 § 2 let. b CEDEF<sup>454</sup>, dont il résulte que le congé de maternité ne devrait avoir aucun effet négatif sur la rémunération<sup>455</sup>.

Les cas mentionnés jusqu'à présent portent sur la rémunération individuelle de personnes au bénéfice de rapports de travail soumis au droit privé ou public. Dans la fonction publique, une discrimination peut aussi résulter de la façon dont une *profession* dite typiquement féminine ou masculine est classée par rapport à profession typiquement attribuée au sexe opposé ou à une profession dite neutre<sup>456</sup>. Ainsi, alors que la jurisprudence relative aux discriminations salariales au sens de la LEg ne conçoit que des individus de sexe féminin ou masculin, elle envisage qu'un métier puisse être «neutre», ni féminin ni masculin, étant précisé que la nature sexospécifique, généralement établie sur la base de statistiques (spécificité dès 70%)<sup>457</sup>, peut se transformer au fil du temps<sup>458</sup>. La jurisprudence reconnaît donc la fluidité du genre des métiers, comme le montre l'exemple argovien de l'enseignement au primaire, profession récemment devenue féminine<sup>459</sup>.

En outre, la qualification d'un travail comme «masculin» n'empêche pas qu'il soit, en l'espèce, accompli en partie par des femmes (et inversement)<sup>460</sup>. Dès lors, il est tout à fait possible qu'un procès pour discrimination salariale fondé sur la LEg oppose des personnes du même sexe (p.ex. des policières et des infirmières). En revanche, le Tribunal fédéral explique que la comparaison ne saurait se faire entre deux professions féminines<sup>461</sup>, sans préciser si deux

453 TF, 8C\_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.2, qui se réfère notamment à PERRENOUD, Protection, p. 87.

454 TF, 8C\_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.3 (notant au passage que certaines dispositions de la CEDEF sont considérées comme directement applicables).

455 C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 93, qui renvoie aussi à l'art. 8 § 2 de la Convention OIT n° 183 du 7 février 2002 sur la protection de la maternité.

456 Parmi d'autres: C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 22.

457 La proportion se calcule sur la base du sexe biologique des individus. La question de l'intersexualité reste ouverte. Dans ce sens: PÄRLI/OBERHAUSSER, N 92.

458 Voir C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 30; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 104, qui se réfèrent notamment à l'ATF 125 II 530, c. 2b. Voir aussi: C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 76 (analyse dynamique).

459 ATF 141 II 411.

460 Voir K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 100.

461 P. ex.: TF, 8C\_179/2020 du 12 novembre 2020, c. 3.2.

professions composées de plus de 70 % de femmes, mais dont l'une serait bien plus féminine (la proportion de femmes s'élevant à 95 %) que l'autre (ne comptant que 75 % de femmes), pourraient être comparées afin d'établir une discrimination salariale au sens de la LEg<sup>462</sup>.

### c. *Lutte contre les stéréotypes*

L'identification d'une discrimination salariale présuppose un jugement de valeur<sup>463</sup> sur l'équivalence des activités comparées. Lorsque la valeur égale ne saute pas aux yeux, les tribunaux doivent ordonner des expertises judiciaires<sup>464</sup>. La jurisprudence considère que plusieurs méthodes permettent d'évaluer correctement le travail. La LEg interdit uniquement le recours à des critères d'évaluation discriminatoires<sup>465</sup> (p.ex. sous-évaluation du travail de *care* et des compétences relationnelles caractéristiques des professions typiquement féminines ou surpondération du critère de la force physique)<sup>466</sup>. De plus, les motifs invoqués pour justifier une différence salariale ne doivent pas reposer sur des stéréotypes nocifs<sup>467</sup> au sens de l'art. 5 CEDEF<sup>468</sup>. Des critères sans influence sur la valeur du travail, comme l'état civil ou la situation familiale, ne devraient en principe pas fonder une différence de rémunération<sup>469</sup>.

## 4. *Licenciement*

Une récente analyse de la jurisprudence relative à la LEg révèle que les plaintes pour discrimination *directe* lors de la résiliation des rapports de travail, et surtout celles portant sur un *licenciement lié à la maternité*, figurent parmi les cas qui occupent le plus souvent les tribunaux cantonaux<sup>470</sup>. Tout comme en présence d'autres types de licenciement discriminatoire (art. 336 CO)<sup>471</sup>, la travailleuse doit montrer que le motif réel de la résiliation réside dans la maternité et que le licenciement n'aurait pas été notifié sans cette circonstance<sup>472</sup>. La LEg prévoit un allègement du fardeau de la preuve. Ainsi, lorsque la salariée par-

462 K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 101 semble l'admettre.

463 K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 114–115.

464 ATF 133 III 545, c. 4.2; ATF 130 III 145, c. 3.1.2.

465 Voir TF, 8C\_179/2020 du 12 novembre 2020, c. 3.2; ATF 131 II 393, c. 6. et 7.5.1 («Es ist allgemein bekannt, dass gerade die weiblich dominierten Berufe im Pflegebereich lange unterbezahlt wurden»).

466 Voir SGK/BV- BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 126. Voir aussi C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 45 («échelle de valeurs traditionnelles pénalisant un sexe»).

467 Voir *supra* B. III. 3. a.

468 Dans ce sens: PÄRLI/OBERHAUSSER, N 54, 93 et 105.

469 C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 36, 46; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 146–147 (sous réserve des allocations familiales, dont les éventuels effets genrés doivent toutefois aussi être analysés). Voir aussi SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 128.

470 Voir LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 82.

471 Voir *supra* B. II. 3.

472 Parmi d'autres: CS/CIT-DUNAND, art. 336 CO N 3, 7–8, 16–17.

vient à rendre vraisemblable le lien de causalité entre la résiliation et la maternité, le fardeau de la preuve est renversé et il incombe à la partie employeuse d'apporter la preuve que le licenciement repose sur des motifs objectifs (art. 6 LEg). En pratique, la preuve d'une discrimination demeure difficile à apporter malgré ce mécanisme en deux étapes<sup>473</sup>.

Par exemple, un licenciement notifié après un congé de maternité a été jugé objectivement justifié (réorganisation du service impliquant une réduction du personnel) dans une affaire tranchée par le Tribunal fédéral il y a une dizaine d'années<sup>474</sup>. L'arrêt est intéressant à mentionner car le Tribunal semble hésiter entre plusieurs figures de la discrimination directe lorsqu'il considère:

«Il n'est pas établi à cet égard que l'intimée aurait agi de manière discriminatoire en licenciant les mères de famille en priorité ou en donnant leur congé aux femmes plutôt qu'aux hommes»<sup>475</sup>.

La plupart du temps, toutefois, une comparaison avec un collègue homme n'est pas requise et il convient bien plutôt d'établir le lien de causalité<sup>476</sup> entre le licenciement et la grossesse, comme exposé ci-dessus. Selon un récent arrêt, «constitue une discrimination directe le licenciement notifié à une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle souhaite le devenir ou parce qu'elle est devenue mère»<sup>477</sup>. Dans son recours au Tribunal fédéral, la partie employeuse reprochait à l'instance cantonale de ne pas avoir pris en considération l'argument tiré des meilleures compétences de la personne engagée pour succéder à la salariée licenciée<sup>478</sup>. Selon le Tribunal fédéral:

«La recourante se méprend sur la preuve stricte à rapporter par l'employeur lorsque l'employée licenciée a rendu vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou sa maternité. Il lui incombait de démontrer que la grossesse ou la maternité n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat. [...] il ne suffisait pas à la recourante de démontrer que la nouvelle titulaire du poste était objectivement plus compétente que l'employée licenciée. Elle pouvait en revanche chercher à prouver qu'elle disposait d'un motif objectif pour résilier le contrat, à savoir les qualités insuffisantes de l'intimée pour le poste de responsable de la communication»<sup>479</sup>.

Ainsi, la travailleuse qui allègue un licenciement discriminatoire n'est pas tenue de comparer sa situation avec celle d'un collègue homme non licencié et la par-

---

473 Voir les statistiques présentées par LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, p. 83–84.

474 TF, 4A\_395/2010 du 25 octobre 2010.

475 TF, 4A\_395/2010 du 25 octobre 2010, 5.2.

476 Voir TF, 4A\_507/2013 du 27 janvier 2014, c. 4; TF, 8C\_469/2019 du 30 octobre 2019, c. 9.2. Dans les deux cas, l'existence d'un lien de causalité entre la résiliation et la grossesse a été nié.

477 TF, 4A\_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3, qui se réfère à PERRENOUD, *Protection*, p. 89; WYLER/HEINZER, p. 1112; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 65.

478 TF, 4A\_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.1.

479 TF, 4A\_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2.

tie employeuse ne saurait se défendre en comparant le profil de la personne licenciée avec celui de la personne engagée pour lui succéder.

## 5. *Harcèlement sexuel*

### a. *Au-delà de la comparaison femmes-hommes: l'atteinte à la dignité*

L'art. 4 LEg définit le harcèlement sexuel comme un «comportement discriminatoire» portant «atteinte à la *dignité de la personne*». Pour une fois, la version française de la loi n'utilise pas le «masculin générique» et s'avère même plus inclusive que la version en allemand qui mentionne, de manière binaire, «*die Würde von Frauen und Männern*». Malgré la formulation du texte allemand, la jurisprudence montre qu'une atteinte à la dignité peut être admise sans comparaison entre femmes et hommes.

Par exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'attitude d'un chef du secteur hôtelier qui demandait à une apprentie sous sa responsabilité «de se mettre à quatre pattes», l'appelait «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine, et lui administrait des bisous ou des caresses sur la joue, portait «clairement atteinte à la dignité» au sens de l'art. 4 LEg<sup>480</sup>. En l'espèce, le comportement conjugait des paroles et des actes. Un harcèlement sexuel peut aussi être uniquement verbal, comme l'illustrent deux autres arrêts relatifs au secteur de la gastronomie.

### b. *Propos sexuels ou sur l'orientation sexuelle*

Dans un arrêt rendu il y a déjà vingt ans, le Tribunal fédéral a estimé que les propos tenus par un gérant de bistrot à l'égard d'une sommelière, régulièrement traitée de « salope, connasse, sale pute » devant la clientèle, ne pouvaient être ressentis par l'employée «que comme une atteinte grave à sa dignité de femme»<sup>481</sup>.

Plus récemment, dans une affaire vaudoise, les juges ont qualifié de «grave» et «pénalement répréhensible» le fait, pour l'employé d'un tea-room, d'avoir traité sa cheffe de «conne» dans un lieu public, en plein service de midi. En l'espèce, le salarié avait proféré cette insulte en réaction à la divulgation de son orientation homosexuelle par sa supérieure<sup>482</sup>. L'arrêt retient que le fait de formuler sur un ton ironique, dans un lieu public, un «commentaire sur les préférences sexuelles» d'un employé, peut être ressenti par ce dernier comme importun, quand bien même la remarque aurait été émise sur le ton de la plaisanterie. Dès lors il se justifiait de qualifier ces propos de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg<sup>483</sup>.

480 TF, 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.

481 TF, 4C.187/2000 du 6 avril 2001, c. 2.

482 Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 mai 2020 (P.318.038720–191437191), c. 5.4.2.

483 Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 mai 2020 (P.318.038720–191437191), c. 4.3, résumé sur <www.leg.ch/jurisprudence> VD 06.05.2020.

L'arrêt se réfère notamment à l'ATF 126 III 395 qui retenait, au titre de harcèlement sexuel, le fait pour un directeur d'avoir demandé à une employée si elle était lesbienne. A cette occasion, le Tribunal fédéral avait jugé pour la première fois que des remarques sexistes, contribuant à rendre l'environnement de travail hostile, entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg<sup>484</sup>.

c. *Propos hostiles fondés sur le sexe, non sexuels stricto sensu*

A juste titre, le Tribunal fédéral relève que «le harcèlement sexuel sur le lieu de travail n'est pas forcément en rapport avec la sexualité»<sup>485</sup>. En effet, l'art. 4 LEg vise tout comportement discriminatoire, qu'il revête un «caractère sexuel» ou soit «fondé sur l'appartenance sexuelle» (à savoir sexiste, basé sur le genre)<sup>486</sup>.

Par exemple, la Cour d'appel civil du canton de Fribourg a admis la nature sexiste, au sens de l'art. 4 LEg, de la sentence «Ne soyez pas méchant avec les femmes ... La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe» adressée par courriel à l'employée d'un évêché<sup>487</sup>. Bien que dépourvue de caractère sexuel *stricto sensu*, ce type de phrase véhicule en effet des stéréotypes liés au genre et à l'âge<sup>488</sup>, fondés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe» au sens de l'art. 5a CEDEF.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral<sup>489</sup> montre que les actes de *mobbing* fondés sur le genre entrent dans le champ d'application de l'art. 4 LEg<sup>490</sup>. L'affaire concernait une employée des Chemins de fer fédéraux, unique femme dans une équipe de vingt hommes, qui avait dû endurer les plaisanteries sexistes de ses collègues et leur remarques désobligeantes, notamment sur son apparence physique.

Il s'agissait de propos tels que:

«Si elle a réussi, c'est parce qu'elle a couché!»; «Pour moi, les femmes sont bio-logiquement faites pour fonder un foyer, s'occuper de la cuisine, de l'aspirateur et des devoirs ...»; «Moi, ma femme, il est exclu qu'elle conduise ma voiture!»; ou encore:

484 ATF 126 III 395, c. 7b/bb, qui se réfère au Message LEg, 1993 I 1163, 1219.

485 TF, 4A\_544/2018 du 29 août 2019, c. 3.1 qui se réfère à K/GIG-KAUFAMNN, Art. 4 N 20. Selon le Tribunal, en l'espèce, «peu importe que les messages échangés n'aient aucune connotation sexuelle, le contexte dans lequel les échanges se sont inscrits est suffisamment parlant».

486 Voir C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 13–16.

487 Arrêt de la II<sup>ème</sup> Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 4 décembre 2009 (102 2009-6), confirmé par TF, 4A\_178/2010 du 14 mai 2010, c. 4 (comme les messages «se situaient à la limite inférieure de ce qui pouvait encore être considéré comme une discrimination à raison du sexe au sens de la LEg», il ne se justifiait toutefois pas d'allouer une indemnité sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg).

488 Voir *supra* B. III. 3. c. (stéréotypes liés à l'apparence physique).

489 TF, 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020.

490 A ce sujet: LEMPEN, Au-delà du *mobbing*, p. 157–159, qui se réfère à un arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006 omettant de considérer la nature genrée d'actes de *mobbing* dirigés contre une employée de la police municipale.

«Elle ferait mieux de retourner aligner les catalogues dans une agence de voyage plutôt que de nous faire chier dans notre caserne!»<sup>491</sup>.

Sous réserve de la première, ces phrases véhiculent des stéréotypes hostiles aux femmes sans pour autant se référer à la sexualité. Le Tribunal administratif qualifie ces remarques de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et condamne l'entité employeuse au versement d'une indemnité équivalant à un mois de salaire sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg. En effet, «les CFF avaient quelque peu sous-estimé les problèmes relatifs à l'intégration dans un milieu typiquement masculin». L'entreprise avait certes déployé des efforts pour prévenir le harcèlement mais elle n'avait «pas pris toutes les mesures appropriées» en vue «de l'ouverture d'un bastion masculin à une femme»<sup>492</sup>. Saisi d'un recours contre la quotité de cette indemnité, le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'instance précédente afin qu'elle la fixe à nouveau eu égard à l'ensemble des circonstances et notamment au fait que «les remarques et plaisanteries sexistes peuvent avoir un impact important sur la victime selon leur durée et leur fréquence». En outre, le fait que les collègues n'aient pas eu l'intention de nuire ne saurait atténuer le caractère inadmissible de leurs actes<sup>493</sup>.

Un tel arrêt montre bien à quel point le harcèlement sexuel représente un moyen de perpétuer et renforcer les normes de genre visant à féminiser les femmes et à masculiniser les hommes, comme déjà exposé en lien avec l'arrêt *Onacle c. Sundower* relatif au harcèlement d'un homme par ses collègues hommes<sup>494</sup>. L'exploration de la jurisprudence suisse n'a pas permis de découvrir un cas de harcèlement entre personnes du même sexe. La doctrine estime qu'un tel comportement – par exemple le harcèlement visant à remettre à l'ordre un jeune apprenti qui refuserait de contribuer à l'affichage d'images pornographiques sur son lieu de travail – entre dans le champ d'application de la LEg<sup>495</sup>.

## D. Conclusion

L'examen de la jurisprudence fédérale relative à la LEg montre que la *discrimination directe* est conçue différemment selon qu'elle prend la forme d'un refus d'embauche, d'inégalités salariales, d'un licenciement ou d'un harcèlement sexuel.

491 TF, 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.2.1.

492 TF, 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.2.1.-3.2.2.

493 TF, 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.3.4.

494 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75. Voir *supra* B. III. 3. cb.

495 C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 18; K/GIG-KAUFMANN, Art. 4 N 58–59; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 610.

En effet, il semble que la vraisemblance d'une discrimination salariale ne puisse être admise que sur la base d'une comparaison avec au moins un individu du «sexe opposé» au sein de l'entité employeuse. Pareille démarche comparative présuppose que chaque personne puisse être clairement rattachée à une des deux catégories biologiques et se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination salariale fondée sur l'identité de genre. De plus, l'exigence d'une comparaison entre femmes et hommes rend difficile la démonstration d'une discrimination salariale des femmes mariées avec des enfants en bas âge par rapport aux femmes célibataires et sans enfants à charge. Nous n'avons connaissance d'aucun cas où une discrimination salariale directement fondée sur l'état civil, la situation familiale ou la maternité aurait été reconnue.

En revanche, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que le refus d'engager une femme au motif qu'elle va bientôt accoucher constitue une discrimination à l'embauche fondée sur le sexe, quand bien même une autre candidature féminine serait retenue. De même, le Tribunal qualifie de discrimination directe au sens de l'art. 3 LEg le fait de licencier une travailleuse en raison de la maternité, quels que soient le genre et les qualifications de la personne lui succédant. Ainsi, dans le cadre de litiges relatifs à un refus d'embauche ou à la résiliation des rapports de travail, la jurisprudence parvient à s'extraire de la logique de comparaison entre femmes et hommes, conformément à la définition de la discrimination directe figurant dans le Message LEg, qui exige uniquement que la différence de traitement *se fonde sur* le sexe ou la grossesse et ne soit pas justifiée. Le lien de causalité peut être admis indépendamment d'une comparaison entre sexes.

Rappelons que si le premier paragraphe de l'art. 11 CEDEF demande aux Etats de prendre toutes les mesures propres à assurer aux femmes le droit au travail «sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme», le deuxième paragraphe quitte l'approche comparative et met l'accent sur la discrimination vécue par les femmes dans le monde du travail *en raison de* leur statut d'épouse ou de (potentielle) mère. De même, le Comité CEDEF a précisé que l'art. 1<sup>er</sup> CEDEF interdit les actes de violences *fondés sur le genre*, tels que le harcèlement sexuel.

La jurisprudence fédérale en matière de harcèlement sexuel place l'atteinte à la dignité au cœur de l'analyse, indépendamment du nombre d'employées et d'employés confrontés aux actes. En effet, la définition figurant à l'art. 4 LEg ne présuppose aucune comparaison avec une personne d'un autre sexe, la question étant bien plutôt de savoir si on en trouve en présence d'un comportement importun, sexuel ou fondé sur le sexe.

La jurisprudence relative aux *discriminations indirectes* interdites par les art. 8 al. 3 Cst. et 3 LEg montre que l'effet discriminatoire d'une mesure neutre, à première vue, est établi uniquement sur la base d'une analyse quantitative consistant à comparer les proportions d'hommes et de femmes présentes au sein de deux ou plusieurs groupes constitués aux fins de la démonstration chif-



frée. L'approche qualitative mettant l'accent sur la particularité de l'impact plutôt que sur son caractère disproportionné au sein de l'entreprise est absente de la jurisprudence en matière de discrimination fondée sur le sexe. Dans le contexte de l'art. 8 al. 2. Cst., en revanche, la jurisprudence paraît plus encline à considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte et non plus seulement sa fréquence, conformément au droit de l'Union européenne actuellement en vigueur<sup>496</sup>.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt relatif à des mesures positives dans le domaine de l'emploi au cours de la dernière décennie. La jurisprudence en la matière est donc relativement ancienne et vaut à la Suisse d'être de nos jours encore critiquée par le Comité CEDEF pour son admission restrictive des quotas destinés à pallier la surreprésentation des hommes aux postes les mieux rémunérés ou les plus valorisés. A l'époque, plusieurs voix s'élevaient pour critiquer l'absence de prise en considération de la CEDEF par le Tribunal fédéral<sup>497</sup>.

De façon générale, les arrêts du Tribunal fédéral mentionnant la CEDEF dans le domaine de l'emploi se comptent sur les doigts d'une main<sup>498</sup>. Un arrêt non directement lié aux rapports de travail a précisé que le mandat figurant à la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., sur lequel se fonde la LEg, n'implique pas seulement l'interdiction des discriminations directes ou indirectes dans la vie professionnelle mais aussi, de façon plus fondamentale, la suppression des stéréotypes sous-jacents à ces discriminations, conformément à l'art. 5 CEDEF<sup>499</sup>.

La CourEDH se réfère à cette disposition dans sa jurisprudence récente<sup>500</sup>. Le souci de lutter contre les stéréotypes relatifs aux rôles féminins et masculins transparait aussi dans plusieurs arrêts rendus dernièrement par le Tribunal fédéral en matière de discrimination à l'embauche. En outre, il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination salariale que l'équivalence des activités comparées ne saurait être établie sur la base d'une perception stéréotypée de la valeur des professions dites féminines, respectivement masculines, mais eu égard à des critères objectifs et non discriminatoires. Enfin, le Tribunal fédéral a précisé que le harcèlement sexuel n'est pas forcément lié à la sexualité et peut prendre la forme de propos sexistes véhiculant des stéréotypes de genre du type «les femmes sont biologiquement faites pour s'occuper de l'aspirateur»<sup>501</sup>.

Au regard de l'art. 5 CEDEF, une telle évolution dans la compréhension de l'interdiction de discriminer «à raison du sexe» est réjouissante. Le fait d'inclure dans le champ d'application de la LEg non seulement les différences de

496 Voir *supra* B. III. 1. ab.

497 Voir *supra* C. IV. 2. b.

498 ATF 146 V 378; ATF 145 II 153; TF, 8C\_605/2016 du 9 octobre 2017. Voir aussi SATTIVA SPRING, Impact, p. 143–145; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.9.

499 ATF 137 I 305, c. 3.2.

500 Voir *supra* B. III. 3. ab.

501 Voir *supra* B. III. 2 et C. IV.

traitement injustifiées entre femmes et hommes, mais aussi les comportements nocifs fondés sur des stéréotypes de genre, permet d'interdire, au titre de harcèlement sexuel, un mobbing dirigé à l'encontre d'une personne transgressant les normes de genre, par exemple une femme intégrant un bastion professionnel masculin<sup>502</sup> ou un homme jugé «efféminé» par ses collègues<sup>503</sup>.

Encore faut-il être en mesure de prouver le stéréotype<sup>504</sup> et de comprendre la façon dont les sciences sociales définissent les «normes de genre». A cet égard, il nous semble que des efforts doivent encore être fournis pour sensibiliser les juristes au phénomène de co-construction des normes de genre et d'hétérosexualité. L'hétérosexualité s'avère en effet être «une des composantes majeures de la conformité aux normes de genre, car pour être «un vrai homme», il faut désirer des femmes et vice-versa»<sup>505</sup>. Alors que la jurisprudence tend à admettre que des remarques sur l'orientation sexuelle entrent dans la notion de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg, le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne saurait être qualifiée de discrimination fondée sur le sexe au sens de l'art. 3 LEg, sous réserve de l'hypothèse où une lesbienne serait discriminée sur le plan professionnel par rapport aux gays (ou inversement) et pourrait dès lors se prévaloir d'une discrimination multiple, fondée à la fois sur le sexe et l'orientation sexuelle.

Depuis quelques années, le Comité CEDEF se préoccupe des violences fondées sur le genre auxquelles sont confrontées les femmes lesbiennes ou transgenres. De façon générale, le Comité souligne la nécessité de reconnaître les *formes multiples et croisées de discrimination* à l'égard des femmes<sup>506</sup>. La jurisprudence suisse peine encore à appréhender ce type de discrimination<sup>507</sup>, qui pourrait donner droit à des montants plus élevés qu'en cas de discrimination fondée sur un seul critère, étant précisé que les indemnités prévues par la LEg sont fixées «compte tenu de toutes les circonstances»<sup>508</sup>.

Malgré les attentes spécifiques liées à l'apparence physique des travailleuses, et notamment à leur poids<sup>509</sup>, nous n'avons identifié aucun cas de discrimination liée à la fois au genre et à l'obésité. Par ailleurs, contrairement à la CJUE<sup>510</sup>, le Tribunal fédéral n'a jamais été saisi d'une plainte pour licenciement

502 Voir *Price Waterhouse c. Hopkins*, 490 U.S.228 résumé *supra* B. III. 3. cb et TF, 8C\_74/2019 du 21 octobre 2020 résumé *supra* C. IV. 5. c.

503 Voir *Onacle v. Sundowner Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S.75 résumé *supra* B. 3. III. cb. Voir aussi SCHULTZ, p. 25–28.

504 Sur cette notion, voir *supra* B. III. 3. a.

505 Voir la doctrine citée dans la section «stéréotypes de genre et orientation sexuelle» *supra* B. III. 3. d.

506 Voir *supra* B. II. 4.

507 Même constat: K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz N 38 et 40; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.22.

508 Art. 5 alinéas 2 et 3 LEg.

509 Au sujet du poids idéal attendu et de l'impact de l'obésité sur la vie professionnelle des femmes, voir *supra* B. III. 3. c.

510 Pour un aperçu des arrêts rendus par la CJUE, voir *supra* B. III. 1. a-b.

discriminatoire suite au refus de se conformer à un code vestimentaire interdisant le port du hijab sur le lieu de travail et n'a donc pas eu l'occasion d'analyser l'impact d'une telle directive sous l'angle du genre, de la religion et de l'origine ethnique. Enfin, l'exploration de la jurisprudence rendue en matière de LEg ne révèle aucun cas où une discrimination fondée à la fois sur le genre et sur un handicap aurait été invoquée, respectivement reconnue<sup>511</sup>. En particulier, nous n'avons identifié aucun cas où une travailleuse aurait fait valoir un *droit à des aménagements raisonnables* au sens de la CDPH<sup>512</sup>, notamment au niveau des horaires de travail, en raison à la fois d'une maternité et d'un handicap.

A notre connaissance, une *discrimination par association* n'a encore jamais été alléguée ou admise dans le cadre d'un procès fondé sur la LEg. Au niveau onusien, les Comités CEDEF, CDPH et CDESC accordent pourtant une place croissante à cette figure, connue en droit européen. Une discrimination fondée, par association, sur le handicap pourrait être invoquée par des personnes mises à l'écart ou harcelées dans le cadre professionnel en raison des soins qu'elles prodiguent au quotidien à leur enfant en situation de handicap<sup>513</sup>.

Un recours accru aux concepts de discrimination multiple, par association et au droit à des aménagements raisonnables pour les proches aidants permettrait d'enrichir la jurisprudence fondée sur la LEg et d'accroître l'efficacité de cette loi.

### *Zusammenfassung*

Der Beitrag zeigt Wege auf, wie die Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» (Art. 3 GIG) im Lichte des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und der europäischen und amerikanischen Rechtsprechung überdacht werden kann. In der Schweiz wird eine *direkte* Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» meist auf der Grundlage eines Vergleiches zwischen Frauen und Männern bejaht. Ein solcher Vergleich setzt indessen voraus, dass jede Person einer dieser beiden Kategorien zugeteilt werden kann. Er ist deshalb nicht geeignet, Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität oder zwischen Personen des gleichen Geschlechts (z. Bsp. wenn eine Frau im Vergleich zu einer anderen Frau aufgrund von Mutterschaft lohnmässig diskriminiert oder wenn ein Arbeiter von seinen männlichen Kollegen belästigt wird, da er nicht dem Stereotyp des starken Mannes entspricht) zu erkennen. Ob eine *indirekte* Diskriminierung vorliegt, wird gestützt auf eine quantitative Analyse entschieden, bei welcher die Anteile der von der Mass-

511 Voir *supra* B. II. 4.

512 Voir *supra* B. II. 6.

513 Voir *supra* B. II. 5.

nahme betroffenen Männer und Frauen miteinander verglichen werden, und eben nicht mittels eines qualitativen Ansatzes, der sich auf die Art oder die Intensität der Verletzungen konzentriert. Des Weiteren würden mehr Klagen, die sich auf *Mehrfachdiskriminierung*, auf *Diskriminierung durch Assoziierung* und auf den *Anspruch auf angemessene Vorkehrungen* für pflegende Angehörige berufen, zu einer breiteren Rechtsprechung zum GIG beitragen.

### Résumé

La contribution esquisse des pistes pour repenser la discrimination «à raison du sexe» (art. 3 LEg) à la lumière de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et de la jurisprudence européenne ou états-unienne. En Suisse, la discrimination *directe* «à raison du sexe» est le plus souvent admise sur la base d'une comparaison entre femmes et hommes. Pareille démarche présuppose que chaque personne puisse être rattachée à une de ces deux catégories et se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination fondée sur l'identité de genre ou entre personnes du même sexe (p.ex. lorsqu'une femme est discriminée sur le plan salarial, par rapport à une autre femme, en raison de la maternité ou lorsqu'un travailleur est harcelé par ses collègues masculins parce qu'il ne correspond pas au stéréotype de l'homme viril). L'existence d'une discrimination *indirecte* est retenue sur la base d'une analyse quantitative consistant à comparer les proportions d'hommes et de femmes affectés par la mesure, au détriment d'une approche qualitative mettant l'accent sur la nature ou l'intensité de l'atteinte. Par ailleurs, un recours accru aux concepts de *discrimination multiple*, *par association* et au *droit à des aménagements raisonnables* pour les proches aidants permettrait d'enrichir la jurisprudence fondée sur la LEg.

### Abstract

In this article, ways to reconsider discrimination «on the basis of sex» (art. 3 GEA) are outlined in the light of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), and of European and US jurisprudence. In Switzerland, *direct* discrimination «on the basis of sex» is often concluded by virtue of a comparison between women and men. This approach assumes that every individual by default can be allocated to one of the two categories. Therefore, it is not suitable for detecting discrimination based on gender identity or between individuals of the same sex (for example when a woman is discriminated against with regard to another woman in terms

of pay because of maternity or when a worker is harassed by his male colleagues because he does not fit the stereotype of a virile man). *Indirect* discrimination is identified using a quantitative analysis which consists of a comparison of the proportion of men and women affected by the measure instead of taking a qualitative approach focusing on the nature or intensity of the offence. Furthermore, if there were more claims based on the notion of *multiple discrimination* and *discrimination by association*, and on the *right to reasonable accommodation* extended to family caregivers, jurisprudence based on the GEA would become more comprehensive.

## Bibliographie

- AGIUS SILVAN/TOBLER CHRISTA, Les personnes trans et intersexuées. La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Luxembourg 2012.
- ALIDADI KATAYOUN, The «Integrative Function» of Labour Law in Ebb? Reasonable Accommodation for Religion or Belief and Company «Neutrality Policies» in Belgium, in: Blanpain/Hendrickx (édit.), Reasonable Accommodation in the Modern Workplace: potential and limits of the integrative logics of labour law, Alphen aan den Rijn 2016, p. 119 ss.
- AST FRÉDÉRIQUE/SPIELHAUS RIEM, Tackling Double Victimization of Muslim Women in Europe: An Intersectional Response, Mediterranean Journal of Human Rights Vol 16, 2012, p. 357 ss.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Art. 3 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011 (cité C/LEg).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2013.
- BAROCAS SOLON/SELBST ANDREW D., Big Data's Disparate Impact, California Law Review Vol. 104, 2016, p. 671 ss.
- BAUR FRANÇOIS E./ROSINNELLI MICHEL, Droit du travail et de la fonction publique, in: Ziegler/Montini/Copur (édit.), Droit LGBT, Bâle 2015, p. 513 ss.
- BENNETT SHINALL JENNIFER, Distaste or Disability? Evaluating the Legal Framework for Protecting Obese Workers, Berkeley Journal of Employment & Labor Law Vol. 37 n° 1, 2016, p. 101 ss.
- BESSON SAMANTHA, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers: des fondements théoriques au droit privé suisse, thèse Fribourg 1999.

- BIAGGINI GIOVANNI, Art. 8 BV Rechtsgleichheit, in: Biaggini, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2017, p. 145 ss (cité OFK).
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 Abs. 3, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014, p. 236 ss (cité SGK/BV).
- BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, Allgemeine Kommentierung von Art. 11, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 759 ss (cité K/CEDAW).
- BISOM-RAPP SUSAN, The Landmark Bostock Decision: Sexual Orientation and Gender Identity Bias in Employment Constitute Sex Discrimination under Federal Law, Comparative Labor Law and Policy Journal n° 3664374, Dépêche n° 26, 2020.
- BOURGUIGNON DAVID/BERENT JACQUES/NEGRAOUI NADA, Les personnes LGBT face à la stigmatisation, in: Faniko/Bourguignon/Sarrasin/Guimond (édit.), Psychologie de la discrimination et des préjugés: de la théorie à la pratique, Paris/Bruxelles 2018, p. 73 ss.
- BRIBOSIA EMMANUELLE/RINGELHEIM JULIE/RORIVE ISABELLE, Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 7, n° 2, 2010, p. 137 ss.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Legal Gender Studies. Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung, Zurich/Saint-Gall 2012.
- BURRI SUSANNE/SCHIEK DAGMAR, Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?, The European network of legal experts in the field of gender equality, 2009.
- BÜTIKOFER SARAH/CARVIOLINI JULIE/HERMANN MICHAEL/KRÄHENBÜHL DAVID, Schweizer Familien in der Covid-19-Pandemie, Spezialauswertung des SRG-Corona-Monitors zu Familien- und Betreuungsstrukturen im Kontext der Krise, Berne/Zurich 2020.
- CANDRIAN JÉRÔME, L'incidence des garanties du droit public matériel et procédural sur les rapports de travail du personnel de la Confédération, in: Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Les procédures en droit du travail 85, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 85 ss.

- CHARLESWORTH HILARY/CHINKIN CHRISTINE/WRIGHT SHELLEY, *Feminist Approaches to International Law*, The American journal of international law Vol. 85 (4), New York 1991, p. 613 ss.
- CHATTON GREGOR T., Art. 3 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 75 ss (cité C/CEDEF).
- CLOSON CAROLINE/AGUIRRE-SANCHEZ-BEATO SARA, Normes de genre et de sexualité dans la discrimination au travail: au-delà des catégories exclusives, in: Faniko/Bourguignon/Sarrasin/Guimond (édit.), *Psychologie de la discrimination et des préjugés: de la théorie à la pratique*, Paris/Bruxelles 2018, p. 91 ss.
- CONAGHAN JOANNE, Intersectionality and UK Equality Initiatives, *South African journal on human rights* Vol. 23 (2), Johannesburg 2007, p. 317 ss.
- COOK REBECCA J./CUSACK SIMONE, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia 2011.
- COSSALI SAUVAIN MONIQUE, art. 1 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l’égalité*, Genève 2011 (cité C/LEg).
- COTTIER MICHELLE, Art. 5 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 131 ss (cité C/CEDEF).
- CRENSHAW KIMBERLE, Demarginalizing the Intersection between Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum* 1989, p. 139 ss.
- CUSACK SUSANNE, The CEDAW as a legal framework for transnational discourses on gender stereotyping, in: Hellum/Aasen (édit.), *Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge 2013, p. 124 ss.
- DAVIDOV GUY/MUNDLAK GUY, Accommodating All? (Or: <Ask Not What You Can Do for the Labour Market; Ask What the Labour Market Can Do for You>), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 2016, p. 191 ss.
- DENG ALEXANDRA, Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen, *Jusletter* du 17 mai 2010.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Art. 336 CO, in: Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité CS/CIT).

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Genève/Zurich 2016, p. 35 ss (cité Interdiction).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, Droit du travail, Bâle 2020.
- EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 2004, p. 37 ss.
- ESKRIDGE WILLIAM N., Theories of Harassment «Because of Sex», in: MacKinnon/Siegel (édit.), Directions in Sexual Harassment Law, New Haven CT 2008, p. 155 ss.
- FRANKE KATHERINE M., What's Wrong with Sexual Harassment?, Stanford Law Review Vol. 49 (4), 1997, p. 691 ss.
- FERRI DELIA/LAWSON ANNA, Reasonable accommodation for disabled people in employment, A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, Luxembourg 2016.
- FREIVOGEL ELISABETH, Art. 2, 3 GlG, in: Kaufmann/Steiger-Sackman (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2009 (cité K/GlG).
- GEISER THOMAS, Rechtsprechungs panorama Arbeitsrecht, PJA 11/2019 p. 1186 ss.
- GREENBERG JULIE A., The Gender non-conformity theory: A Comprehensive Approach to Break Down the Maternal Wall and End Discrimination Against Gender Benders, Thomas Jefferson Law Review Vol. 26, 2003, p. 37 ss.
- GROHSMANN IRENE, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen: Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, Berne 2015.
- HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen: Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, Berne 2015.
- HENSCH ANGLELA, Arbeitnehmer mit Familienpflichten, PJA 12/2016, p. 1631 ss.
- HERTIG RANDALL MAYA, Art. 4 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 91 ss (cité C/CEDEF).



- HERTIG RANDALL MAYA/KIBBOUA ZOHRA, Le port de signes et tenues religieux dans l'emploi en droit européen: Un regard croisé sur la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne, in: Epiney/Hehemann (édit.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017/Annuaire suisse de droit européen 2016/2017*, Zurich/Berne 2017, p. 291 ss.
- HERVEY TAMARA/TOBLER CHRISTA, Non-ideal Weight Discrimination in EU Law, in: Giegerich (édit.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, 2020, p. 337 ss.
- HESS-KLEIN CAROLINE, Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées, in: Bellanger/Tanquerel (édit.), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Genève 2017, p. 9 ss.
- HOLTMAAT RIKKI, Art. 5 CEDAW, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (édit.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford 2012 (cité Art. 5 CEDAW).
- HOLTMAAT RIKKI, The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom, *Women's Human Rights*, Cambridge 2013, p. 95 ss (cité Holistic).
- HOLTMAAT RIKKI/POST PAUL, Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?, *Nordic Journal of Human Rights* Vol. 33 (4), 2015, p. 319 ss.
- HOLTMAAT RIKKI/TOBLER CHRISTA, Cedaw and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 2005, p. 399 ss.
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Genderngleichheit und Mehrfachdiskriminierung: Herausforderungen für das Europarecht, in: Arioli/Cottier *et al.* (édit.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht*, Zurich 2008, p. 305 ss (cité Herausforderungen).
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Umsetzung von Art. 5 in Österreich, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 439 ss (cité K/CEDAW).
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Gender Equality and Physical Requirements in Employment, *European equality law review* n° 1, 2017, p. 13 ss (cité Gender Equality).
- HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, *RSJ* 1/2020, p. 3 ss.

- KÄGI-DIENER REGULA, Allgemeine Kommentierung von Art 4, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 319 ss (cité K/CEDAW).
- KÄGI-DIENER REGULA, Umsetzung von Art. 4 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 345 ss (cité K/CEDAW Umsetzung Schweiz).
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019.
- KAUFMANN CLAUDIA, Art. 1, 4 GlG in: Kaufmann/Steiger-Sackman (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2009 (cité K/GlG).
- KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, RDS 138/2019 II, p. 3 ss.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2018.
- KIM PAULINE T., Data-driven discrimination at work, William and Mary law review Vol. 58 n° 3, 2017, p. 857 ss.
- KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple: étude de droit international, suisse et européen, thèse Zurich 2015.
- KLEBER ELEONOR, Art. 1 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 23 ss (cité C/CEDEF).
- KNOP KAREN, Gender and Human Rights, Oxford 2004.
- KÜHLER ANNE/STERKI FABIENNE, Kopftuchverbot im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: verfassungsrechtliche Grenzen der unternehmerischen Freiheit, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 111 ss.
- LAMAMRA NADIA/HERTZ ELLEN/MESSANT FRANÇOISE/ROUX PATRICIA, Discipliner les corps dans des métiers de production et de service, Nouvelles Questions Féministes 2019/2 Vol. 38, p. 6 ss.
- LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, Un autre droit pour les femmes?, in: Laufer/Marry/Marunari (édit.), Le travail du genre: Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe, Paris 2003, p. 325 ss.
- LÉGAL JEAN-BAPTISTE, Effets non conscients des stéréotypes sur les comportements et les performances, 2018.

- LEMPEN KARINE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur: le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève/Zurich 2006 (cité thèse).
- LEMPEN KARINE, Au-delà du mobbing: le harcèlement sexuel comme outil de maintien du système de genre, in: Arioli/Cottier *et al.* (édit.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht*, Zurich 2008, p. 149 ss (cité Au-delà du mobbing).
- LEMPEN KARINE, art. 3, 4 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011 (cité C/LEg).
- LEMPEN KARINE, L'égalité des personnes handicapées en droit du travail: le droit suisse au regard du droit de l'Union européenne, in: Bellanger/Tanquerel (édit.), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Genève 2017, p. 117 ss (cité Handicap).
- LEMPEN KARINE, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in: Dunand/Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève 2017, p. 269 ss (cité Protection des données).
- LEMPEN KARINE, Art. 11 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 287 ss (cité C/CEDEF).
- LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre les licenciements abusifs, PJA 1/2019, p. 78 ss (cité Licenciement).
- LEMPEN KARINE, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, RDS 1/2019, p. 11 ss (cité Fidélité).
- LEMPEN KARINE, Travail, genre et religion: le port du hijab en Europe, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), *Recht, Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 33 ss (cité Hijab).
- LEMPEN KARINE/MAJOR MARIE, Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur le temps?, in: Dagron/Dupont/Lempen (édit.), *L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?*, Genève/Lausanne 2019, p. 81 ss.
- LEMPEN KARINE/SHEYBANI ROXANE (édit.), *La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux. Guide*, Lausanne 2020.
- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Genève 2017 (cité Analyse 2017).
- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 4/2018, p. 81 ss (cité Aktuelle Entwicklungen).

- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019)*, Berne 2021 (cité Analyse 2021).
- LOENEN TITIA, *Accommodation of Religion and Sex Equality in the Workplace under the EU Equality Directives: A Double Bind for the European Court of Justice*, in: Alidadi/Foblets/Vrielink (édit.), *A Test of Faith?: Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham 2012, p. 103 ss.
- MACKINNON CATHARINE A., *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven/London 1979 (cité Sexual Harassment).
- MACKINNON CATHARINE A., *Le féminisme irréductible: conférences sur la vie et le droit*, Paris 2005 (cité Discours).
- MAHLMANN MATTHIAS, *Wirtschafts-und Religionsfreiheit: Perspektiven des Europarechts*, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), *Recht Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 13 ss.
- MAHON PASCAL, Art. 8, in: Aubert/Mahon (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril*, Zurich 2003, p. 72 ss.
- MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité Géométrie).
- MARTENET VINCENT, Art. 2 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 47 ss (cité C/CEDEF).
- MARTENET VINCENT, art. 8 Cst., in: Martenet/Dubey (édit.), *Constitution fédérale Commentaire Romand*, Bâle 2021 (cité CR/Cst.).
- MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOÉ, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, Genève/Berne/Bâle 2018.
- MÜLLER BARBARA, *Innovation und Exzellenz Frauen in der Wissenschaft: Berufungsverfahren an den Universitäten im Fokus*, Berne 2008.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2008.
- OGRABEK JACOPO/SHEYBANI ROXANE, *La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux*, *Revue de l'avocat* 2020, p. 408 ss.

- PARINI LORENA, *Le système de genre: introduction aux concepts et théories*, Zurich 2006.
- PARINI LORENA, «Être LGBT au travail»: Résultats d'une recherche en Suisse, 2014 (cité LGBT).
- PARINI LORENA/LLOREN ANOUK, Discriminations envers les homosexuel·le·s dans le monde du travail en Suisse, *Travail, genre et sociétés* 2017/2 n° 38, p. 151 ss.
- PÄRLI KURT, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berne 2009 (cité *Vertragsfreiheit*).
- PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis, *FamPra.ch* 4/2016, p. 933 ss (cité *Eltern*).
- PÄRLI KURT, Religion im privaten Arbeitsverhältnis, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), *Recht Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 75 ss (cité *Religion*).
- PÄRLI KURT OBERHAUSSER CAMILL, Document de réflexion: analyse juridique du potentiel de discrimination des variables explicatives servant à mesurer l'égalité salariale entre femmes et hommes, Berne 2019.
- PERRENOUD STEPHANIE, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEg, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg*, Neuchâtel/Genève 2016, p. 73 ss (cité *Protection*).
- PERRENOUD STÉPHANIE, Durée du travail et discrimination, *PJA* 5/2017, p. 657 ss (cité *Durée du travail*).
- PERRENOUD STÉPHANIE, L'émergence d'une définition juridique des proches aidants en droit suisse, in: Cappellari (édit.), *Les proches aidants saisis par le droit*, Aix-en-Provence 2018, p. 35 ss (cité *Proches aidants*).
- PREVITALI ADRIANO, Quelques réflexions sur la discrimination multiple, in: Eigenmann/Poncet/Ziegler (édit.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouille*, Bâle 2016, p. 195 ss.
- RADAY FRANCES, Art. 11 CEDAW, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (édit.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford 2012.
- ROBIN-OLIVIER SOPHIE, Reasonable Accommodation for Religion, and Other Motives, in *French Labour Law: Testing the Possibility of a Legal Transplant*, in: Blanpain/Hendrickx (édit.), *Reasonable Accommodation in*

- the Modern Workplace: potential and limits of the integrative logics of labour law, *Alphen aan den Rijn* 2016, p. 145 ss (cité Reasonable).
- ROBIN-OLIVIER SOPHIE, Neutraliser la religion dans l'entreprise?, *RTDEur.* 7/2017 n° 2, p. 229 ss (cité Neutraliser).
- RHODE DEBORAH L., Appearance as a Feminist Issue, *SMU Law Review* Vol. 69 n° 4, 2016, p. 697 ss.
- ROHMER SANDRINE, art. 15 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 415 ss (cité C/CEDEF).
- RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Art. 1 protocole facultatif CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 625 ss (cité C/CEDEF).
- RUDOLF BEATE (édit.), *Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht*, Schriften zur Gleichstellung der Frau Vol. 28, Baden-Baden 2006.
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Egalité des sexes et mesures positives: la voie difficile de l'égalité effective, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, p. 279 ss (cité Mesures positives).
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Propos grossiers et sexistes: l'inconfortable position de l'employeur – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_127/2017, *Newsletter DroitDuTravail.ch* avril 2018 (cité Propos grossiers).
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_594/2018, *Newsletter DroitDuTravail.ch* juillet 2019, p. 1 ss (cité Homosexuels).
- SATTIVA SPRING CHRISTINE, L'impact du droit international sur le droit de l'égalité des sexes dans les relations de travail en Suisse, in: Dunand/Mahon (édit.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève 2019, p. 129 ss (cité Impact).
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, *Behindertengleichstellungsrecht*, Berne 2014.
- SCHIEK DAGMAR, Intersectionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law, *Common Market Law Review* Vol. 53 n° 1, 2015, p. 35 ss (cité Disability).

- SCHIEK DAGMAR, On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the European Court of Justice (ECJ): The ECJ rulings Parris (C-433/15), Achbita (C-157/15) and Bougnaoui (C-188/15) as a Bermuda Triangle?, CETLS Online Paper Series Vol. 7 (3), 2018.
- SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Liechtenstein und die UNO-Frauenrechtskonvention CEDAW, *Swiss Review of International and European Law SRIEL* 30, Zurich 2020, p. 171 ss.
- SCHLÄPPI ERIKA/LOCHER RETO, Allgemeine Kommentierung von Art. 1, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 143 ss (cité K/CEDAW).
- SCHLÄPPI ERIKA/LOCHER RETO, Umsetzung von Art. 1 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 171 ss (cité K/CEDAW Umsetzung Schweiz).
- SCHLÄPPI ERIKA/KÜNZLI JÖRG/STURM EVELYNE, Art. 2 Allgemeine Kommentierung von Art. 2, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 211 ss (cité K/CEDAW).
- SCHLÄPPI ERIKA/WYTTEBACH JUDITH/ULRICH SILVIA, Das Übereinkommen, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 1 ss (cité K/CEDAW).
- SCHULTZ VICKI, Open Statement on Sexual Harassment from Employment Discrimination Law Scholars, *Stanford Law Review Online* Vol. 71, 2018, p. 17 ss.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 8 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2014, p. 206 ss (cité SGK/BV).
- SHARPSTON ELEANOR, Religion in the Workplace: When is Enforcing a Religious Ethos Acceptable? and When is Neutrality Discrimination?, in: Lenaerts/Bonichot/Kanninen/Naômé/Pohjankoski (édit.), *An Ever-Changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2019, p. 247 ss.
- STAUBER-MOSER SUSY/VOLODER ANER, Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, p. 119 ss.

- STEFFANINI FEDERICA, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2019, 12. ATF 145 II 153–167 (5.4.2019/a; 8C\_594/2018), RDAF I 2020, p. 186 ss.
- STURM EVELYNE/SCHLÄPPI ERIKA/KÜNZLI JÖRG, Art. 3 Allgemeine Kommentierung von Art. 3, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 281 ss (cité K/ CEDAW).
- TOBLER CHRISTA, Der Diskriminierungsbegriff und seine Auswirkungen auf die Gleichstellung von Mann und Frau, in: Epiney/Danckelmann (édit.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004, p. 27 ss (cité Diskriminierungsbegriff).
- TOBLER CHRISTA, Quoten zum Dritten – gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen: zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üchtland, Recht 2005, p. 220 ss (cité Quoten).
- TOBLER CHRISTA, Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Luxembourg 2009 (cité Limites).
- TOBLER CHRISTA, Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 74 (3), 2014, p. 521 ss.
- TSCHENTSCHER AXEL, II. Rechtsgleichheit und Willkürverbot, in: Tschannen/Lienhard/Sprecher/Tschentscher/Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 (1/2), ZBJV 10/2019, p. 668 ss.
- TURNER RONALD, Title VII and the Unenvisioned Case: Is Anti-LGBTQ Discrimination Unlawful Sex Discrimination, Indiana Law Journal Vol 95 n° 1 article 6, 2020, p. 227 ss.
- UBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG): unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, thèse Zurich 2009.
- VENTEGODT LIISBERG MARIA, Disability and employment: a contemporary disability human rights approach applied to Danish, Swedish and EU law and policy, Cambridge 2011.



- VON ARNAULD ANDREAS, Feministische Theorien und Völkerrecht, in Rudolf *et al.* (édit.), Frauen und Völkerrecht: zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht Vol. 13, Baden-Baden 2006, p. 13 ss.
- WACHTER SANDRA/MITTELSTADT BRENT/RUSSEL CHRIS, Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI, 3 mars 2020.
- WADDINGTON LISA, Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?, NTM/NJCM-Bulletin Vol. 36 (2), 2011, p. 186 ss.
- WADDINGTON LISA/BRODERICK ANDREA, Combatting disability discrimination and realising equality: A comparison of the UN CRPD and EU equality and non-discrimination law, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg 2018.
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz: unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Berne 2003 (cité Diskriminierungsverbot).
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV: neue Ansätze für die Dogmatik der Rechtsgleichheit?, in: Epiney/von Dancakelmann (édit.), L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004, p. 1 ss (cité Neue Ansätze).
- WALDMANN BERNHARD, Art. 8 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), Bundesverfassung Basler Kommentar, Bâle 2015 (cité BK/BV).
- WEISS MARLEY S., Sexual Orientation and Gender Identity Encompassed within Prohibition against Employment Discrimination Because of Sex: *Bostock v. Clayton County*, International Labour Rights Case Law Vol. 6 n° 3, 2020, p. 288 ss.
- WENCKEBACH JOHANNA, Mutterschutz, Sorgearbeit von Vätern und Antidiskriminierungsrecht – was Tarifvertragsparteien und Betriebsräte gegen Stereotype und für Gleichstellung tun können (C-463/19 – Syndicat CFTC), HSI Report zum europäischen Arbeits – und Sozialrecht 4/2020, p. 4 ss.
- WILDHABER ISABELLE/LOHNMANN MELINDA FLORINA/KASPER GABRIEL, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, RDS 1/2019, p. 459 ss.

- WILSON BARBARA/PATRY LOUISE, Art. 10 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 251 ss (cité C/CEDEF).
- WITZIG AURÉLIEN, Les aidants en droit du travail suisse, in: Cappellari (édit.), Les proches aidants saisis par le droit: regards franco-suisses, Aix-en-Provence 2018, p. 123 ss.
- WYLER RÉMY, art. 6 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l’égalité, Genève 2011 (cité C/LEg).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2019.
- WYTTEBACH JUDITH, Art. 5 CEDAW, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 385 ss (cité K/CEDAW).
- ZIEGLER ANDREAS R./BUENO N., La protection constitutionnelle des gays et lesbiennes, in: Ziegler/Montini/Copur (édit.), Droit LGBT droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse: partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l’orientation sexuelle et l’identité de genre, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2015, p. 35 ss.

## Rapports et autres sources

- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L’UNION EUROPÉENNE ET CONSEIL DE L’EUROPE, Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, Luxembourg 2018 (cité Agence FRA).
- COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2020/1, du 17 avril 2020.
- COMITÉ POUR L’ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L’ÉGARD DES FEMMES, Guidance Note on CEDAW and COVID-19, INT\_CEDAW\_STA\_9156\_E, du 2 juin 2020.
- OIT, COMMISSION MONDIALE SUR L’AVENIR DU TRAVAIL DE L’OIT, Travailler pour bâtir un avenir meilleur, Genève 2019.
- OIT, Note de synthèse sur les politiques, Répondre à la crise du COVID-19: réaliser l’égalité de genre pour améliorer l’avenir des femmes au travail, du 11 mai 2020.

## **Recommandations et observations générales des comités onusiens**

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 16: Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (Article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2005/4, du 11 août 2005.

Observation générale n° 20: La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/20, du 2 juillet 2009.

Observation générale n° 23: sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/23, du 27 avril 2016.

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 3 sur les femmes et les filles handicapées, CRPD/C/GC/3, du 25 novembre 2016.

Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, CRPD/C/GC/6, du 26 avril 2018.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 12: Violence contre les femmes, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1989.

Recommandation générale n° 18: Les femmes handicapées, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1991.

Recommandation générale n° 19: Violence à l'égard des femmes, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), du 30 janvier 1992.

Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, HRI/GEN/1/Rev.8, 18 août 2004.

Recommandation générale n° 26 concernant les travailleuses migrantes, CEDAW/C/2009/WP.1/R, du 5 décembre 2008.

Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains, CEDAW/C/GC/27, du 16 décembre 2010.

Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/28, du 16 décembre 2010.

Recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d’asile, de nationalité et d’apatridie, CEDAW/C/GC/32, du 14 décembre 2014.

Recommandation générale n° 33 sur l’accès des femmes à la justice, CEDAW/C/GC/33, du 3 août 2015.

Recommandation générale n° 35 sur la violence à l’égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n° 19, CEDAW/C/GC/35, du 26 juillet 2017.

Recommandation générale n° 36 sur le droit des filles et des femmes à l’éducation, CEDAW/C/GC/36, du 27 novembre 2017.

Recommandation générale n° 37 sur les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique femmes-hommes, CEDAW/C/GC/37, du 13 février 2018.

Recommandation générale n° 38 sur la traite des femmes et des filles dans le contexte des migrations internationales, CEDAW/C/GC/38, du 20 novembre 2020.

