



30 ANS DE LOI FÉDÉRALE SUR L'ÉGALITÉ

Edité par Karine Lempen et Anne-Sylvie Dupont

DIKE 

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

 PÔLE BERENSTEIN
DROIT DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.)

30 ANS de Loi fédérale sur l'égalité

Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.)

30 ANS de Loi fédérale sur l'égalité

Open-Access-Gold

Publié par :

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dikey.ch

www.dike.ch

© Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.) 2026

ISBN: 978-3-03891-846-2 (Dike Verlag AG, Zürich)

ISBN (PDF): 978-3-03929-098-7

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-098-7>



Cet ouvrage fait l'objet de
la licence Creative Commons CC BY-NC-ND.



Avant-propos

La Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes est entrée en vigueur en 1996, il y a trente ans. Afin de marquer cet anniversaire, le Pôle Berenstein de l'Université de Genève a organisé le 5 février 2026, avec le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et l'Office fédéral de la justice, un colloque intitulé « 30 ans de Loi fédérale sur l'égalité ».

Le présent ouvrage réunit les contributions présentées à cette occasion par des expertes et experts issus du milieu académique, du barreau ou de l'administration fédérale. Il s'ouvre sur une préface conjointe de Madame la Conseillère fédérale Elisabeth Baume-Schneider, à la tête du Département fédéral de l'intérieur, et de Monsieur le Conseiller fédéral Beat Jans, chef du Département fédéral de justice et police. Mme Stéphanie Lachat, co-directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, signe une postface dans laquelle elle qualifie la Loi sur l'égalité de législation à la fois forte et timide.

Afin de mettre en lumière les forces et les limites de la Loi sur l'égalité, les textes rassemblés dans ce livre analysent les cas de discrimination les plus fréquemment invoqués devant les tribunaux – telles que les inégalités salariales, les licenciements en lien avec la grossesse ou encore le harcèlement sexuel. L'attention est aussi portée sur d'autres formes de discriminations, plus rarement invoquées en justice malgré leur fréquence, comme les refus d'embauche et les conditions de travail discriminatoires, ou encore la répartition inégale des tâches. L'ouvrage explore les questions procédurales soulevées par l'application de la loi, tant dans les rapports de travail relevant du droit privé que dans ceux soumis au droit public. Il esquisse des pistes de réforme législative, notamment en matière de contrôle de l'égalité salariale et d'interdiction explicite des discriminations fondées sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle. Le développement du droit antidiscriminatoire aux niveaux international et européen est pris en compte comme source d'inspiration majeure.

La réalisation de cet ouvrage n'aurait pas été possible sans le précieux soutien de Mme Samira Steininger, auxiliaire de recherche et d'enseignement à la Faculté de droit, qui a contribué aux travaux d'édition de façon à la fois enthousiaste et rigoureuse. Nous devons la couverture de ce livre, représentant

un escalier symbolisant la progression professionnelle – dont une moitié est éclairée, l'autre plongée dans l'ombre – à la créativité inépuisable de M. Raphaël Lourdin, graphiste, que nous tenons à remercier. Nous exprimons également notre reconnaissance à la maison d'édition DIKE, en particulier à Mme Rahel Gutmann, responsable de publication, pour l'excellente collaboration. Enfin, nos vifs remerciements vont aux autrices et aux auteurs, dont les écrits enrichissent de manière significative la doctrine en matière de Loi sur l'égalité.

Genève, février 2026.

Karine Lempen et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

Abréviations / <i>Abkürzungsverzeichnis</i>	IX
---	----

Préface

ELISABETH BAUME-SCHNEIDER / BEAT JANS	1
---------------------------------------	---

La loi fédérale sur l'égalité au regard du droit onusien et européen

KARINE LEMPEN	3
---------------	---

La discrimination à l'embauche à l'ère de l'intelligence artificielle

KURT PÄRLI / MALIKA ZÜRCHER	33
-----------------------------	----

Discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail

CÉLINE MOREAU	77
---------------	----

Discrimination salariale : comment la rendre vraisemblable en pratique

CHRISTINE SATTIVA SPRING	113
--------------------------	-----

Zwischenbilanz der Umsetzung der Revision des Gleichstellungsgesetzes und weiteres Vorgehen

JEANNE RAMSEYER	159
-----------------	-----

La protection contre le licenciement discriminatoire à raison du sexe ou de la grossesse dans les rapports de travail de droit privé

JEAN-PHILIPPE DUNAND	175
----------------------	-----

La pratique des enquêtes internes et des procès pour harcèlement sexuel au travail

ANNE MEIER	223
------------	-----

**L'application de la loi sur l'égalité dans les rapports
de travail de droit public**

Aspects de droit matériel et de procédure

CHRISTIAN BRUCHEZ / SARAH PRAPLAN 235

**Das Gleichstellungsgesetz und die Diskriminierung
von LGBTIQ-Personen**

ELISABETH JOLLER 261

Postface

STÉPHANIE LACHAT 313

Abréviations / Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	<i>am angegebenen Ort</i>
Abs.	<i>Absatz</i>
Abschn.	<i>Abschnitt</i>
aBV	<i>Alte Bundesverfassung</i>
aCst.	<i>Ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RO 1 1)</i>
aff.	<i>affaire</i>
AG ZH	<i>Arbeitsgericht des Kantons Zürich</i>
AI	<i>Artificial Intelligence</i>
AJP	<i>Aktuelle juristische Praxis</i>
al.	<i>alinéa(s)</i>
a.M.	<i>anderer Meinung</i>
aOLT 1	<i>Ordonnance 1 du 14 janvier 1966 concernant la loi sur le travail (Ordonnance générale), dans sa teneur du 1^{er} février 1966 au 1^{er} août 2000 (RO 1966 85)</i>
ArG	<i>Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz ; SR 822.11)</i>
art. / Art.	<i>article(s) / Artikel</i>
ARV	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung</i>
AS	<i>Amtliche Sammlung des Bundesrechts</i>
ATF	<i>Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral</i>
ATSG	<i>Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)</i>
Aufl.	<i>Auflage</i>
BaK	<i>Basler Kommentar</i>
BASS	<i>Bureau d'études de politique de travail et de politique sociale / Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien</i>
BBl	<i>Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft</i>
Bd.	<i>Band</i>

BehiG	<i>Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz ; SR 151.3)</i>
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BG	<i>Bundesgesetz</i>
BGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts</i>
BGer	<i>Schweizerisches Bundesgericht</i>
BIT	Bureau international du Travail
BJ	<i>Bundesamt für Justiz</i>
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BPG	<i>Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)</i>
BS SG	<i>Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
bspw.	<i>beispielsweise</i>
BV	<i>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)</i>
bzw.	<i>beziehungsweise</i>
C004	Convention OIT (n° 4) du 29 octobre 1919 sur le travail de nuit (femmes)
C045	Convention OIT (n° 45) du 4 juin 1935 des travaux souterrains (femmes) (RO 52 505)
C089	Convention OIT (n° 89) du 17 juin 1948 sur le travail de nuit (femmes) (révisée)
C100	Convention OIT (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)
C111	Convention OIT (n° 111) du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1)
C171	Convention OIT (n° 171) du 26 juin 1990 sur le travail de nuit

C183	Convention OIT (n° 183) du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité (RS 0.822.728.3)
C189	Convention OIT (n° 189) du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9)
C190	Convention OIT (n° 190) du 21 juin 2019 sur la violence et le harcèlement
c.	considérant(s) ou <i>contra</i> (contre) ou <i>chapter</i>
ca.	<i>circa</i>
CACI VD	Cour d'appel civile du tribunal cantonal du canton de Vaud
CACJ GE	Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève
CAPH	Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	Convention collective de travail
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations
CEDAW	<i>Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau = Convention on the Elimination of All Kinds of Discrimination Against Women, Resolution 34/180 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 18. Dezember 1979, von der Bundesversammlung genehmigt am 4. Oktober 1996 (SR 0.108)</i>
CEDEF	Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes
CEDEF	Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
CE	Commission européenne

CEE	Communauté économique européenne
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
cf.	<i>confer</i>
CF	Conseil fédéral
CFC	Certificat fédéral de capacité
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s) / <i>Schweizer Franken</i>
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMS	Christoph Merian Stiftung
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
cognitio	<i>cognitio – studentisches Forum für Recht und Gesellschaft (Luzern)</i>
Comm.	Commentaire
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
CS	Commentaire Stämpfli
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CV	<i>curriculum vitae</i>
d.h.	<i>das heisst</i>
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
ders.	<i>derselbe (Autor)</i>
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFI	Département fédéral de l'intérieur
dies.	<i>dieselbe (Autorin)</i>
Diss.	<i>Dissertation</i>

DIW	<i>Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung</i>
DRdA	<i>Das Recht der Arbeit</i>
dr. iur.	<i>Doctor iuris</i>
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
E.	<i>Erwägung(en)</i>
ebd.	<i>ebenda</i>
ECLI	<i>European Case-Law Identifier</i> / Identifiant européen de la jurisprudence
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
EEE	Espace économique européen
EGMR	<i>Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte</i>
EJPD	<i>Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement</i>
EMRK	<i>Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)</i>
EPFL	Ecole polytechnique fédérale de Lausanne
ESPA	Enquête suisse sur la population active
et al.	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cetera</i>
EU	<i>Europäische Union</i>
EuGH	<i>Europäischer Gerichtshof</i>
f./ff.	<i>Folgende Seite/Seiten</i>
FamPram	La pratique du droit de la famille / Die Praxis des Familienrechts
FF	Feuille fédérale
FINDHR	<i>Fair Inclusion of Diversity through Human Rights</i>
FMedG	<i>Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz ; SR 810.11)</i>
Fn.	<i>Fussnote(n)</i>
FRI	<i>Schweizerisches Institut für feministische Rechtswissenschaft und Gender Law</i>
FSA	Fédération suisse des avocats

GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
GE CJ	Cour de justice du canton de Genève
GLG	<i>Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz ; SR 151.1)</i>
GUMG	<i>Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 15. Juni 2018 (SR 810.12)</i>
Habil.	Habilitation
HES-SO	Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale – Genève
Hrsg.	<i>Herausgeber</i>
i.S.	<i>im Sinne</i>
i.V.m.	<i>in Verbindung mit</i>
IA	Intelligence artificielle
ibid.	<i>ibidem</i>
ICA	Information, Communication, Administration
ILC	<i>International Law Commission</i>
ILO	<i>International Labour Organisation</i>
inkl.	<i>Inklusive</i>
INL	<i>Initiative Legislation</i>
insb.	<i>insbesondere</i>
IRPG	<i>Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)</i>
IVR	<i>Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
IZA	<i>Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit = Institute of Labor Economics</i>
JAR	<i>Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts</i>
JdT	Journal des Tribunaux
JFR	<i>Jungen Forums Rechtsphilosophie</i>
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
K GIG	<i>Kommentar zum Gleichstellungsgesetz</i>
KJ	<i>Kritische Justiz (Baden-Baden)</i>
KOF	<i>Konjunkturforschungsstelle</i>

Komm.	<i>Kommentar</i>
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité ; RS 151.1)
let.	lettre(s)
LF	loi fédérale
LGBTIQ	<i>Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, Inter und Queer</i>
LGBT	<i>Lesbian, Gay, Bisexual, Trans</i>
LGS	<i>Legal Gender Studies</i>
lit.	<i>Litera(e)</i>
LPA	Loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (RS GE E 5 10)
LPAC	Loi générale du 4 décembre 1997 relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements médicaux (RS GE B 5 05)
LPD	Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (RS 235.1)
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LREC	Loi du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (RS GE A 2 40)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail ; RS 822.11)
m.E.	<i>meines Erachtens</i>
MMR	<i>MultiMedia und Recht</i>
N	numéro(s) marginal(aux) / Note(n)
n°	numéro(s)
nbp	note de bas de page
Nr.	<i>Nummer</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques

OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral des statistiques
OGer	<i>Obergericht</i>
OGer AG	<i>Obergericht des Kantons Aargau</i>
OGH	<i>Oberster Gerichtshof Österreichs</i>
OG	Observation générale
OHCHR	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
OIT / ILO	Organisation internationale du Travail / International Labour Organisation
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OLT 3	Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative la loi sur le travail (RS 822.113)
ONU	Organisation des Nations Unies
OPers	Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.111.3)
OR	<i>Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht) (SR 220)</i>
p./pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
para.	paragraphe(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Pacte ONU I	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)
PartG	<i>Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz) vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)</i>
<i>passim</i>	<i>an verschiedenen Stellen</i>
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence

PJA	Pratique juridique actuelle
R111	Recommandation (n° 111) du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession) (FF 1960 I 29)
R201	Recommandation (n° 201) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011
RAILS	<i>Robotics and AI Law Society</i>
RdA	<i>Recht der Arbeit</i>
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal (Lausanne/Genève)
RDS	Revue de droit suisse
RFA	<i>Regulierungsfolgenabschätzung</i>
RGPD	Règlement général du 27 avril 2016 sur la protection des données de l'Union européenne (UE 2016/679)
RIT	Revue internationale du Travail
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
Rn.	<i>Randnote(n)</i>
RO	Recueil officiel du droit suisse
RphZ	<i>Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (München)</i>
RS	Recueil systématique du droit suisse
Rs.	<i>Rechtssache</i>
RTrait	Règlement d'application du 17 octobre 1979 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations allouées aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 17 octobre 1979 (RS GE B 5 15.01)
Rz.	<i>Randziffer(n)</i>
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
S	<i>Ständerat</i>
S.	<i>Seite(n)</i>
s.	<i>section ; siehe</i>
s.l.	<i>sine loco</i>
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie

SG	<i>Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt</i>
SGK	<i>St. Galler Kommentar</i>
SHK	<i>Stämpflis Handkommentar</i>
SJ	<i>Semaine Judiciaire (revue)</i>
SJZ	<i>Schweizerische Juristenzeitung</i>
SMRI	<i>Schweizerische Institution für Menschenrechte</i>
SR	<i>Systematische Sammlung des Bundesrechts</i>
STCE	<i>Série des Traités du Conseil de l'Europe</i>
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)</i>
TAF	<i>Tribunal administratif fédéral</i>
TC VD	<i>Tribunal cantonal du canton de Vaud</i>
TC NE	<i>Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel</i>
TF	<i>Tribunal fédéral</i>
TGNS	<i>Glossar des Transgender Network Switzerland</i>
TPH	<i>Tribunal des prud'hommes de Genève</i>
TPH ZH	<i>Tribunal des prud'hommes du canton de Zurich</i>
TRIPAC VD	<i>Tribunal des prud'hommes de l'Administration cantonale du canton de Vaud</i>
UE	<i>Union européenne</i>
UKSC	<i>United Kingdom Supreme Court</i>
UNIL	<i>Université de Lausanne</i>
UNO	<i>United Nations Organization</i>
U.S.	<i>Supreme Court of the United States</i>
USA	<i>United States of America</i>
usw.	<i>und so weiter</i>
v.	<i>versus</i>
vgl.	<i>vergleiche</i>
vol.	<i>volume</i>
Vol.	<i>Volume</i>
vs.	<i>versus</i>
WBK	<i>Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur</i>

z.B.	<i>zum Beispiel</i>
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)</i>
Ziff.	<i>Ziffer(n)</i>
zit.	<i>zitiert</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>
ZStV	<i>Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2)</i>

Préface

C'est un anniversaire qui nous concerne toutes et tous. Depuis 30 ans, la loi sur l'égalité est un pilier central de la promotion et de la défense de l'égalité entre femmes et hommes en Suisse. Au cours des dernières années, des progrès importants ont été réalisés. La participation des femmes au marché du travail a fortement augmenté. Davantage de femmes occupent des postes de direction. Les inégalités salariales ont diminué. Et moins de femmes quittent la vie professionnelle après la naissance d'un enfant. Alors oui, il y a des raisons de se réjouir de cet anniversaire. Mais la réalité reste insatisfaisante. Malgré l'inscription dans la Constitution de l'égalité entre femmes et hommes, la base légale et les mesures mises en œuvre, l'égalité de fait peine à se concrétiser dans plusieurs domaines. Les écarts salariaux demeurent importants. Les femmes restent majoritaires dans les branches à bas salaire, ce qui pèse sur leurs retraites et les expose au risque de pauvreté. Et les femmes à des postes de direction sont toujours minoritaires. Quant aux différentes formes de harcèlement sur le lieu de travail, elles s'avèrent encore trop répandues.

Si la loi sur l'égalité est un instrument indispensable pour faire respecter les droits des personnes employées, elle ne suffit pas. Une politique globale en matière d'égalité s'impose. Elle doit couvrir tous les domaines de la vie : de la protection contre la violence et la discrimination à la participation sociale, culturelle, politique et économique, en passant par la conciliation entre vie professionnelle et vie privée, sans oublier la sécurité sociale. C'est pourquoi le Conseil fédéral a adopté, en 2021, la première stratégie nationale en matière d'égalité. Celle-ci définit des objectifs et des mesures dans quatre champs d'action : vie professionnelle et publique, conciliation et famille, violence de genre, discrimination. En 2022, il a affirmé son engagement envers l'égalité salariale en adoptant une stratégie de renforcement de la Charte pour l'égalité salariale dans le secteur public. Quant au secteur privé, il est également appelé à agir. Depuis 2020 et la révision de la loi sur l'égalité, les entreprises qui occupent au moins 100 personnes ont l'obligation de réaliser une analyse de l'égalité des salaires et d'informer en conséquence leur personnel. Une évaluation de cette mesure aura lieu en 2027. Dans ce cadre, le Conseil fédéral examinera si des modifications de la loi sur l'égalité sont nécessaires.

Les articles scientifiques réunis dans la présente publication traitent des aspects centraux de la loi sur l'égalité telle qu'elle a été conçue et révisée. Ils abordent également de nouveaux enjeux, notamment ceux liés au potentiel discriminatoire de l'intelligence artificielle et à une approche élargie de la discrimination fondée sur le genre. Par ce travail, les autrices et auteurs apportent une contribution importante à la promotion de la loi sur l'égalité et à sa diffusion dans les milieux scientifiques, judiciaires, administratifs et au sein de la société civile. Aujourd'hui plus que jamais, il est indispensable de maintenir nos efforts et de réaffirmer notre engagement commun pour l'égalité professionnelle et l'autonomie économique des femmes. C'est ensemble, toutes et tous, femmes et hommes, conscients de nos responsabilités, que nous pourrons progresser. Cet anniversaire nous rappelle un point essentiel : promouvoir et défendre l'égalité renforcent le sentiment d'appartenance à la communauté et contribuent au développement de l'ensemble de la société.

Elisabeth Baume-Schneider

Conseillère fédérale

Cheffe du Département fédéral
de l'intérieur



Beat Jans

Conseiller fédéral

Chef du Département fédéral
de justice et police



La loi fédérale sur l'égalité au regard du droit onusien et du droit européen

Karine Lempen^{*}

Table des matières

I.	Introduction	4
II.	L'impulsion du droit onusien	6
III.	L'impulsion du droit européen	8
	A. Généralités	8
	B. Equilibre entre vie professionnelle et vie privée	10
	C. Salaires adéquats et transparents	12
	D. Discrimination intersectionnelle	13
	E. Discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle	15
IV.	La discrimination directe ou indirecte, notamment à l'embauche	16
	A. La discrimination directe fondée sur le sexe en droit de l'UE	16
	B. La discrimination indirecte fondée sur le sexe en droit de l'UE	17
	1. Définition	17
	2. Illustration : critères d'admission pour entrer dans la police	18
	3. Impact discriminatoire : analyse quantitative ou qualitative	19
V.	Le harcèlement sexuel : questions d'actualité	22
	A. Le processus de ratification de la Convention OIT n° 190	22
	B. Le « lieu de travail » et le « degré de contrôle » de la partie employeuse	23

^{*} Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'autrice remercie Mme Clara Pereira d'avoir effectué, dans le cadre de son stage académique à la Faculté de droit, diverses recherches utiles à la rédaction de cette contribution, ainsi que M. Matthieu Cimino, assistant-doctorant au Département de droit civil, d'avoir relu le texte avec attention.

C. Sensibilisation du milieu judiciaire aux stéréotypes de genre	26
1. Les travaux du Comité CEDEF	26
2. Illustration au niveau européen	27
VI. Conclusion	29
Bibliographie	30
Documents officiels	32

I. Introduction

La présente contribution vise à montrer que les normes onusiennes et européennes en matière d'égalité, qui ont connu un essor considérable ces dernières décennies, permettent d'enrichir la manière dont le droit suisse appréhende aujourd'hui les discriminations fondées sur le genre. En revanche, ce texte n'a pas pour vocation d'analyser de façon systématique l'euro-compatibilité de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg¹), de telles études ayant été réalisées précédemment.

En particulier, un avis de droit rédigé par le Professeur Kurt Pärli a déjà mis en évidence que la protection existant en Suisse, bien que similaire à plusieurs égards à celle consacrée en droit de l'Union européenne (UE), demeure lacunaire pour certaines catégories de personnes, à savoir, d'une part celles qui sont discriminées sur la base de leur orientation sexuelle, auxquelles la LEg ne s'applique que partiellement², et, d'autre part, celles discriminées en raison du sexe à l'embauche³, la LEg ne prévoyant aucun allègement du fardeau de la preuve à ce stade⁴.

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

² ATF 145 II 153, c. 4. Voir aussi *infra* III.E et la contribution d'ELISABETH JOLLER dans le présent ouvrage.

³ PÄRLI, 2021, N 177.

⁴ Comparer l'art. 6 LEg avec l'art. 19 de la Directive n° 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) (cité : Directive n° 2006/54/CE). Voir aussi la contribution de KURT PÄRLI et MALIKA ZÜRCHER dans cet ouvrage.

De plus, alors que le droit de l'UE applique le principe d'égalité entre femmes et hommes, sur le plan personnel, aussi aux individus exerçant une activité indépendante⁵ et, sur le plan matériel, aussi aux régimes professionnels de sécurité sociale⁶, la LEg n'englobe pas ces régimes et ne couvre que les personnes employées⁷.

Par ailleurs, si la LEg prévoit une protection contre le congé de rétorsion notifié à une personne s'étant plainte au travail d'avoir été discriminée en raison de son genre⁸, le droit de l'UE protège quant à lui contre toutes les formes de représailles⁹ (par exemple aussi un mobbing ou un refus injustifié de promotion) et admet que les membres du personnel ayant pris la défense d'une ou un collègue invoquant une discrimination peuvent aussi se prévaloir de la protection offerte par le droit antidiscriminatoire dans l'hypothèse où la partie employeuse exercerait des représailles à leur égard¹⁰. En Suisse, en revanche, les témoins d'une discrimination fondée sur le genre, punis sur le plan professionnel pour avoir soutenu la personne concernée, ne peuvent se prévaloir que des dispositions générales relatives à la protection de la personnalité et aux congés abusifs¹¹.

⁵ Directive (UE) n° 2010/41 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la Directive n° 86/613/CEE du Conseil.

⁶ Voir le chapitre 2 de la Directive n° 2006/54/CE.

⁷ Art. 2 LEg. Voir les conclusions formulées par PÄRLI, 2021, N 177.

⁸ Art. 10 LEg. Voir la contribution de JEAN-PHILIPPE DUNAND dans le présent ouvrage.

⁹ Art. 24 Directive n° 2006/54/CE. Voir aussi l'art. 25 de la Directive (UE) n° 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit (cité : Directive [UE] n° 2023/970).

¹⁰ CJUE, arrêt C-404/18 du 20 juin 2019, *Hakelbrecht* (ECLI:EU:C:2019:523).

¹¹ Voir PÄRLI, 2021, N 168 ss.

Enfin, d'autres études récentes, évoquées plus loin, ont souligné que le droit de l'UE s'avère plus protecteur que le droit suisse notamment sur le plan de la transparence des rémunérations¹² ou s'agissant du droit de demander à réduire temporairement son taux d'activité en fonction des circonstances de vie¹³.

L'objectif de ce texte n'est pas de répéter ces constats mais de mettre en évidence, dans un premier temps, le dynamisme du droit onusien (II) et du droit européen (III) au fil des ans, en survolant plusieurs domaines couverts par la LEg. Vu l'immensité de la matière et afin de garder un nombre de pages raisonnable, l'analyse se concentre, dans un second temps, sur deux types de discrimination en particulier, à savoir la discrimination à l'embauche (IV) et le harcèlement sexuel (V).

II. L'impulsion du droit onusien

Le trentième anniversaire de la LEg sera rapidement suivi par la célébration des trente années écoulées depuis la ratification par la Suisse de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF¹⁴). Un double anniversaire qui n'est pas le fruit du hasard. En effet, l'entrée en vigueur de la LEg en 1996 a permis à la Suisse, l'année suivante, de ratifier la CEDEF¹⁵, dont l'art. 11 consacré à l'égalité dans la vie professionnelle a inspiré le projet de loi¹⁶. Au cours des dernières

¹² Sur la compatibilité du droit suisse avec la Directive (UE) n° 2023/970 sur la transparence, voir PARLI, 2023, N 1 ss et *infra* III.C.

¹³ Sur la compatibilité du droit suisse avec la Directive (UE) n° 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 n° 2010/18/UE du Conseil (cité : Directive [UE] n° 2019/1158), voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport en matière de protection des travailleurs*, 27 et *infra* III.B.

¹⁴ 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 (CEDEF ; RS 0.108).

¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1206 s., expliquant que le projet représente « un pas en vue de la ratification » de la CEDEF.

¹⁶ Voir K GIG-KAUFMANN, *Hintergrund*, N 44, 48 ; MAHON/STEFFANINI, 14 s., constatant que la LEg s'est inspirée de la CEDEF, « tout en représentant en même temps, de par

décennies, le Comité CEDEF s'est livré à une interprétation dynamique de cette disposition¹⁷, qui « prend en compte le développement du droit international »¹⁸.

L'adoption de la LEg a aussi permis à la Suisse de se conformer aux obligations découlant, pour elle, de traités onusiens plus anciens, tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I¹⁹) et les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). Le message du 24 février 1993 mentionnait en particulier la Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération (C100²⁰) et la Convention n° 111 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession (C111²¹), couvrant toutes les « conditions d'emploi »²², dont « la durée du travail, les périodes de repos, les congés annuels payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail »²³. Depuis lors, l'OIT a adopté trois autres conventions importantes pour la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle, à savoir la Convention n° 183 sur la protection de la maternité (C183²⁴), la

son adoption et son existence même, un élément qui a permis à la Suisse d'adhérer à ladite Convention de l'ONU ».

¹⁷ Voir LEMPEN, *Repenser*, 197 avec les références.

¹⁸ CEDEF, Recommandation générale n° 28 (2010) concernant les obligations fondamentales des Etats parties découlant de l'art. 2 CEDEF (CEDAW/C/GC/28), N 2. Voir aussi : CEDEF, Recommandation générale n° 25 (2004) sur les mesures temporaires spéciales (CEDAW/C/GC/25), N 3 (« la Convention est un instrument évolutif ») ; CEDAW Commentary-SCHULZ/HALPERIN-KADDARI/RUDOLF, Introduction, 22 s. ; CEDEF Commentaire-CHATTON, art. 3 N 11.

¹⁹ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I ; RS 01.103.1).

²⁰ Convention OIT 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 (C100 ; RS 0.822.720.0).

²¹ Convention OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (C111 ; RS 0.822.721.1). Voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1206 ; SATTIVA SPRING, 131 ss.

²² Art. 2 C111.

²³ Voir la Recommandation OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession) (R111 ; FF 190 I 29), § 2 à laquelle se réfère CÉLINE MOREAU (II.B) dans le présent ouvrage.

²⁴ Convention OIT n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité (C183 ; RS 0.822.728.3). Au sujet des modifications (notamment l'introduction d'un congé de maternité payé et du droit à des pauses d'allaitement rémunérées) ayant

Convention n° 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques (C189²⁵) ainsi que la Convention n° 190 sur la violence et le harcèlement (C190²⁶). Alors que les deux premières ont été ratifiées par la Suisse en 2014²⁷, l'Assemblée fédérale n'a pas encore autorisé le Conseil fédéral à ratifier la Convention n° 190, comme exposé plus loin²⁸.

A l'instar de la CEDEF, les conventions de l'OIT ratifiées par la Suisse lient ce pays, et les dispositions de la loi fédérale sur l'égalité, adoptée en partie sous l'impulsion du droit onusien, doivent être interprétées à la lumière de ces textes de droit international²⁹.

III. L'impulsion du droit européen

A. Généralités

Etonnamment, le message relatif à la LEg ne mentionne aucune convention du Conseil de l'Europe, ni se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dont nous verrons qu'elle peut pourtant avoir un impact sur les procès en matière de LEg, notamment en cas de harcèlement sexuel³⁰.

permis à la Suisse de ratifier cette convention : DUNAND, *OIT*, 80 ss ; SATTIVA SPRING, 136 ss.

²⁵ Convention OIT n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (C189 ; RS 0.822.728.9).

²⁶ Convention OIT n° 190 du 21 juin 2019 sur la violence et le harcèlement (C190).

²⁷ Sur la ratification des conventions n° 183 et 189 par la Suisse, voir LEMPEN, *OIT*, 201 s.

²⁸ Voir *infra* V.A.

²⁹ Au sujet de l'interprétation du droit suisse conforme à la CEDEF y compris lorsque les normes ont un caractère programmatique, non directement applicable : CEDAW Kommentar-WYTTEBACH/SCHLÄPPI, Teil 2A, N 25 ss. Sur la portée interprétative des conventions de l'OIT : DUNAND, *OIT*, 88 ss, qui se réfère notamment à l'ATF 144 I 50, c. 5.3.3.1.

³⁰ Voir *infra* V.C.2.

En revanche, plusieurs pages sont consacrées au droit de l'UE, le projet de loi ayant notamment pour objectif d'harmoniser le droit suisse avec la législation communautaire, à la suite du vote refusant l'adhésion de la Suisse à l'Espace économique européen en 1992³¹. A cette époque, le Conseil fédéral s'inspirait en particulier des directives n° 75/117/CE et n° 76/207/CEE³², et de la jurisprudence y relative, pour préciser la portée de l'interdiction de discriminer directement ou indirectement en raison du sexe³³. Dans l'intérêt de son économie, la Suisse a ainsi choisi de reprendre en grande partie ces directives européennes³⁴, qui ont, depuis lors, été fondues en une seule Directive n° 2006/54/CE prohibant explicitement non seulement la « discrimination directe » ou « indirecte »³⁵, mais aussi le « harcèlement lié au sexe » ou « sexuel »³⁶, afin de mettre en œuvre le principe d'égalité entre femmes et hommes en matière d'emploi et de travail³⁷.

La jurisprudence rendue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur la base de cette Directive n° 2006/54/CE abonde et touche à divers aspects des rapports de travail. Par exemple, en lien aussi avec la Directive n° 2003/88/CE³⁸, la Cour a récemment souligné le caractère potentiellement

³¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1204 ss. Voir aussi SATTIVA SPRING (II.A.2) dans le présent ouvrage.

³² Directive n° 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; Directive n° 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (cité : Directive n° 76/207/CEE).

³³ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1205, 1209 ss. Voir MAHON/STEFFANINI, 15 ss.

³⁴ Sur cette reprise autonome du droit de l'UE, voir PÄRLI, 2021, N 4 ss, abordant notamment la délicate question du caractère dynamique ou non d'une telle reprise.

³⁵ Au sujet de ces notions dans le contexte de la discrimination à l'embauche, voir *infra* IV.

³⁶ La Directive n° 76/207/CEE ne mentionnait pas le harcèlement sexuel comme forme de discrimination. Une recommandation de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail précisa que le harcèlement pouvait porter atteinte au principe d'égalité au sens de cette directive (Recommandation n° 92/131/CEE du 24 février 1992 [JOCE L 49]).

³⁷ Art. 2 Directive n° 2006/54/CE.

³⁸ Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

discriminatoire d'une réglementation nationale en vertu de laquelle l'obligation d'enregistrer le temps de travail ne s'appliquerait pas au personnel domestique, profession exercée par une nette majorité de femmes³⁹. En effet, l'absence de système d'enregistrement prive les personnes concernées de la possibilité d'établir les heures de travail effectuées et de vérifier que la durée maximale hebdomadaire n'est pas dépassée. Ainsi, l'OIT recommande⁴⁰ que les heures de travail soient « enregistrées fidèlement », rappelant que les personnes actives dans l'économie domestique, à l'instar des autres travailleuses et travailleurs, ont besoin de « concilier vie professionnelle et vie personnelle »⁴¹.

B. Équilibre entre vie professionnelle et vie privée

En vue d'améliorer la réalisation du principe d'égalité entre femmes et hommes, l'UE s'est dotée en 2019 d'une Directive (UE) n° 2019/1158 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants⁴², prévoyant notamment le droit de demander à travailler selon des horaires souples ou à réduire temporairement son taux d'activité⁴³, droit qui va plus loin que ceux reconnus en Suisse en lien avec l'art. 36 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr⁴⁴)⁴⁵. Le même jour,

³⁹ CJUE, arrêt C-531/32 du 19 décembre 2024, *Loredas* (ECLI:EU:C:2024:1050), N 52 ss.

⁴⁰ Recommandation OIT sur les travailleurs et travailleuses domestiques (R201) adoptée en 2011 avec la Convention OIT n° 189 susmentionnée (*supra* II).

⁴¹ Art. 8 al. 1 et 25 al. 1 let. b R 201.

⁴² Directive (UE) n° 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 n° 2010/18/UE du Conseil (cité : Directive [UE] n° 2019/1158).

⁴³ Art. 3 al. 1 let. f et art. 9 Directive (UE) n° 2019/1158. Un droit similaire est prévu par l'art. 60a de l'Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.111.3).

⁴⁴ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, (LTr ; RS 822.11).

⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport en matière de protection des travailleurs*, 27. Le rapport relève à la même page que le droit suisse ne connaît pas au niveau fédéral un congé parental au sens de l'art. 5 de la Directive (UE) n° 2019/1158. En revanche, sur d'autres aspects couverts par cette directive (notamment droit de s'absenter pour

l'UE a adopté une Directive (UE) n° 2019/1152⁴⁶, dont un des objectifs consiste à améliorer la prévisibilité des horaires de travail et, partant, à favoriser l'équilibre susmentionné.

Sur la base de ces deux directives notamment, le Parlement européen a adopté en janvier 2021 une résolution demandant à la Commission de légiférer sur le droit à la déconnexion en dehors du temps de travail. La résolution contient de multiples références à l'égalité entre femmes et hommes, soulignant que le recours de plus en plus fréquent aux outils de communication numériques et la culture du « toujours en ligne » affectent de façon « disproportionnée » les « travailleurs ayant des responsabilités familiales », à savoir « généralement des femmes »⁴⁷. A ce jour, les travaux en vue de l'adoption d'une directive de l'UE sur le droit des travailleuses et des travailleurs à la déconnexion n'ont pas encore abouti⁴⁸. En Suisse, un tel droit pourrait prochainement être consacré dans la LTr⁴⁹.

prendre en charge un membre de la famille atteint dans sa santé, art 329h CO), le droit suisse s'avère plus protecteur. Voir aussi la réponse du Conseil fédéral du 19 février 2025 à la motion 24.4634 Fabian Molina « Reprise de la directive (UE) 2019/1158 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée ».

⁴⁶ Directive (UE) n° 2019/1152 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union.

⁴⁷ Résolution n° 2019/2181 (INL) du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, JO C 456 du 10 novembre 2021, 161. Voir notamment la let. C.

⁴⁸ Plus d'explications : LEMPEN, *Déconnexion*, 363 s.

⁴⁹ Voir les travaux relatifs à l'initiative parlementaire 16.484 Thierry Burkart « Assouplir les conditions encadrant le télétravail ».

C. Salaires adéquats et transparents

En 2022, l'Union a adopté une Directive (UE) n° 2022/2041⁵⁰ demandant aux Etats d'établir une procédure permettant de fixer des salaires minimaux adéquats, avec pour but, notamment, de réduire l'écart salarial entre femmes et hommes⁵¹. En outre, elle a souhaité renforcer l'application du principe d'égalité salariale entre femmes et hommes grâce à une Directive (UE) n° 2023/970 sur la transparence des rémunérations, qui va plus loin que le droit suisse à plusieurs égards⁵². Nous nous limitons ici à mentionner quatre aspects novateurs.

Premièrement, la Directive (UE) n° 2023/970 prévoit un droit des personnes candidates à un emploi de recevoir, avant l'entretien d'embauche, des informations sur la rémunération liée au poste, l'objectif étant de « garantir une négociation éclairée et transparente ». De surcroît, la directive prévoit que la partie employeuse n'est pas autorisée à s'enquérir de la rémunération touchée précédemment par la personne candidate, qui demeure toutefois libre de dévoiler spontanément ce montant⁵³.

Deuxièmement, les critères objectifs qui président à la fixation et à la progression des rémunérations doivent être mis à disposition des personnes salariées « d'une manière facilement accessible »⁵⁴.

⁵⁰ Directive (UE) n° 2022/2041 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relative à des salaires minimaux adéquats dans l'Union européenne. Bien que le délai de transposition soit arrivé à échéance en 2024, la CJUE doit encore se prononcer sur la validité de cette directive eu égard à la répartition des compétences prévues à l'art. 153 TF UE (CJUE, affaire C-19/23 *Royaume de Danemark c. Parlement européen*, Conseil de l'Union européenne).

⁵¹ Art. 5 al. 1 Directive (UE) n° 2022/2041. Sur le lien entre la fixation de salaires minimaux adéquats et la réalisation de l'égalité de rémunération entre femmes et hommes, voir aussi le préambule de la Directive, n° 8, 10 et 11, ainsi que WINTER, 42 s.

⁵² Pour une analyse comparée, voir PÄRLI, 2023, N 1 ss, ainsi que OFJ, *Bilan intermédiaire*, 13 ss, qui résume les principales différences entre la Directive (UE) n° 2023/970 et le droit suisse (cité : Directive [UE] n° 2023/970).

⁵³ Art. 5 Directive (UE) n° 2023/970. A ce sujet : PÄRLI, 2023, N 33 ss.

⁵⁴ Art. 6 Directive (UE) n° 2023/970.

Troisièmement, chacune d'entre elle a le droit de demander et de recevoir par écrit, au plus tard dans les deux mois, des informations non seulement sur son propre niveau de rémunération, mais sur les niveaux de rémunération moyens, ventilés par sexe, des autres membres du personnel accomplissant le même travail ou un travail de valeur égale⁵⁵. La Directive précise que les personnes employées ne sauraient être empêchées, par exemple via des clauses de confidentialité, de dévoiler le montant de leur rémunération afin d'obtenir l'application du principe d'égalité salariale⁵⁶.

Enfin, quatrième nouveauté, la Directive exige des Etats membres qu'ils prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de violation des obligations relatives au principe d'égalité des rémunérations, y compris en cas de violation du devoir des entreprises d'analyser régulièrement leur pratique salariale⁵⁷, contrairement à la voie suivie jusqu'à présent par le législateur suisse, qui n'a assorti l'obligation d'analyse d'aucune sanction en cas de non-respect⁵⁸. Au chapitre des sanctions, la Directive mentionne comme circonstance aggravante la « discrimination intersectionnelle »⁵⁹.

D. Discrimination intersectionnelle

Les directives européennes de la « nouvelle génération » s'efforcent de prendre en considération la dimension intersectionnelle des discriminations. Ainsi, la Directive (UE) n° 2023/970 sur la transparence vise expressément la « discrimination intersectionnelle », « fondée simultanément sur le sexe et sur un ou plusieurs autres motifs de discrimination prohibés au titre de la directive

⁵⁵ Art. 7 al. 1 et al. 4 Directive (UE) n° 2023/970. L'art. 12 al. 2 Directive (UE) n° 2023/970 précise qu'aucune donnée à caractère personnel traitée en application de la directive ne peut être utilisée pour une finalité autre que l'application du principe d'égalité salariale.

⁵⁶ Art. 7 al. 5 Directive (UE) n° 2023/970.

⁵⁷ Art. 23 Directive (UE) n° 2023/970.

⁵⁸ Voir les art. 13a ss LEg ainsi que la contribution de JEANNE RAMSEYER dans cet ouvrage. Voir aussi PÄRLI, 2023, N 130 ss.

⁵⁹ Art. 23 al. 3 Directive (UE) n° 2023/970.

2000/43/CE⁶⁰ ou 2000/78/CE⁶¹ »⁶². Est ainsi prohibée la discrimination basée à la fois sur le « sexe » *et* la « race », « l'origine ethnique », la « religion »⁶³, « l'âge », « l'orientation sexuelle » ou le « handicap ».

La toute récente Directive (UE) n° 2024/1500 sur les normes applicables aux organismes chargés de l'égalité de traitement entre femmes et hommes en matière d'emploi⁶⁴ appréhende, elle aussi de façon explicite, la discrimination multiple vécue notamment par les femmes en situation de handicap, lorsqu'elle exige des Etats membres qu'ils garantissent aux personnes handicapées l'accessibilité de l'ensemble des services dispensés par ces entités, y compris « l'aide aux victimes, le traitement des plaintes, les procédures alternatives de règlement des litiges, l'information et les publications, ainsi que les activités de prévention, de promotion et de sensibilisation »⁶⁵.

De même, au niveau onusien, il est désormais admis 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 sexuelle »⁶⁶.

⁶⁰ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁶¹ Directive n° 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.

⁶² Au sujet de la façon dont le droit de l'UE appréhende la discrimination intersectionnelle ou multiple, voir SCHIEK/ZAHN, 236 s.

⁶³ Pour une illustration en lien avec le port du hijab par des travailleuses, voir *infra* IV.B.

⁶⁴ Directive (UE) n° 2024/1500 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement dans le domaine de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail, et modifiant les directives n° 2006/54/CE et n° 2010/41/UE. Voir en particulier, l'art. 24.

⁶⁵ Voir Directive (UE) n° 2024/1500, art. 13 « Accessibilité et aménagement raisonnable pour les personnes handicapées ».

⁶⁶ CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (CEDAW/C/GC/28), N 18. Voir aussi : CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (CEDAW/C/GC/25), N 12 ; CEDEF Commentaire-KLEBER, art. 1 N 30 ; CEDAW Kommentar-SCHLÄPPI/LOCHER, art. 1 N 49 ss.

E. Discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle

En lien avec ce dernier facteur, la Directive n° 2006/54/CE précise que le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes interdit également les discriminations « qui trouvent leur origine dans le changement de sexe » d'un individu⁶⁷. En revanche, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'emploi sont spécifiquement interdites par un autre instrument, en l'occurrence la Directive n° 2000/78/CE déjà évoquée plus haut.

Ainsi, en droit de l'UE, le critère de l'orientation sexuelle bénéficie d'un niveau de protection comparable à celui du « sexe », ce qui n'est pas le cas en Suisse⁶⁸, comme l'explique ELISABETH JOLLER dans cet ouvrage. La situation pourrait toutefois évoluer dans ce pays, le Conseil national ayant récemment accepté une motion demandant que l'art. 3 al. 1 LEg soit complété de façon à interdire explicitement, non seulement la discrimination « à raison du sexe », mais aussi en raison « de l'identité de genre ou de l'orientation sexuelle »⁶⁹.

⁶⁷ Directive n° 2006/54/CE, préambule, ch. 3. Voir aussi Directive (UE) n° 2024/1500, préambule, ch. 5 avec les références à la jurisprudence de la CJUE. Voir notamment SCHIEK/ZAHN, 228 s. ; K GIG-PROGIN-THEUERKAUF/FREI, Europäische Union, N 69. Le Parlement de l'UE avait proposé, sans succès, que la Directive (UE) n° 2023/970 sur l'égalité salariale via la transparence mentionne la discrimination fondée sur l'identité de genre. Voir PÄRLI, 2023, N 27 s.

⁶⁸ PÄRLI, 2021, N 177.

⁶⁹ Motion 23.3238 Mélanie Mettler « Préciser la loi sur l'égalité » accepté le 14 juin 2023 par le Conseil national. Actuellement en commission au Conseil des Etats.

IV. La discrimination directe ou indirecte, notamment à l'embauche

Les prochaines lignes visent à rappeler la notion de discrimination fondée sur le sexe en droit de l'UE, en particulier lors de l'embauche. L'accent est mis sur des aspects qu'il nous paraît utile de garder à l'esprit lors de procès pour refus d'embauche discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg⁷⁰.

A. La discrimination directe fondée sur le sexe en droit de l'UE

Selon la Directive n° 2006/54/CE, la « discrimination directe » désigne « la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait, dans une situation comparable »⁷¹.

L'établissement du lien de causalité avec le « sexe » nécessite ainsi une comparaison avec au moins une autre personne, qui peut cependant n'être qu'hypothétique⁷². Ainsi, l'absence de candidatures masculines dans le cadre d'un recrutement ne permet pas d'exclure d'emblée qu'une candidate ait été discriminée en raison de son sexe. En 1990 déjà, la CJUE avait jugé que lorsque le refus d'embauche d'une femme est fondé, par exemple, sur la grossesse, il est « directement lié au sexe », l'absence d'hommes candidats pour le poste en question demeurant sans incidence⁷³.

⁷⁰ A ce sujet, voir PÄRLI dans cet ouvrage.

⁷¹ Art. 2 al. 1 let. b Directive n° 2006/54/CE. L'art. 3 réserve les mesures positives. De plus, en matière d'accès à l'emploi, l'art. 14 al. 1 let. a et al. 2 autorise, à titre exceptionnel, une référence directe au critère du sexe lorsque celui-ci constitue une « exigence professionnelle véritable et déterminante ». A ce sujet : SCHIEK/ZAHN, 260 s. ; K GIG-PROGIN-THEUERKAUF/FREI, Europäische Union, N 77 s.

⁷² Parmi d'autres : SCHIEK/ZAHN, 256.

⁷³ CJUE, arrêt C-177/88 du 8 novembre 1990, *Dekker* (ECLI:EU:C:1990:383), N 17.

De nos jours encore, le droit européen⁷⁴ considère la discrimination fondée sur la grossesse comme une discrimination *directe* en raison du sexe féminin⁷⁵. Pareille conception présuppose que seules les femmes peuvent être enceintes. Or, comme souligné par ELISABETH JOLLER, d'autres personnes peuvent vivre une grossesse. Tel est notamment le cas de certaines personnes non binaires, trans ainsi que des hommes intergenres, à savoir des hommes qui, sur la base de leur apparence, ont été attribués au genre masculin à la naissance et s'identifient comme hommes mais qui, en raison de leurs organes reproductifs, peuvent porter un enfant⁷⁶.

Si la jurisprudence européenne en matière d'emploi ne semble pas encore avoir intégré cette donnée, l'on ne peut exclure qu'un refus d'embauche fondé sur la grossesse soit à l'avenir analysé comme une discrimination *directe* fondée sur le genre, quel qu'il soit⁷⁷, ou comme une discrimination *indirecte* à l'égard des femmes⁷⁸.

B. La discrimination indirecte fondée sur le sexe en droit de l'UE

1. Définition

La Directive n° 2006/54/CE définit la « discrimination indirecte » comme « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires »⁷⁹. Le

⁷⁴ A l'instar du droit suisse : K GIG-KAUFMANN, art. 3 N 20. Voir aussi l'art. 2 al. 2 let. c Directive n° 2006/54/CE.

⁷⁵ Voir aussi l'art. 2 al. 2 let. c Directive n° 2006/54/CE.

⁷⁶ Voir JOLLER dans cet ouvrage, IV.F.1.

⁷⁷ Voir JOLLER dans cet ouvrage, IV.F.1.

⁷⁸ Voir SCHIEK/ZAHN, 227, n° 49, qui relèvent que puisqu'il est désormais possible de s'identifier comme femme ou comme homme sans modifier son corps par une opération ou des hormones, un homme peut aussi vivre une grossesse.

⁷⁹ Art. 2 al. 1 let. b Directive n° 2006/54/CE.

raisonnement comporte ainsi deux étapes⁸⁰. Dans un premier temps, il s'agit d'examiner l'impact discriminatoire d'une mesure apparemment neutre. En présence d'un tel impact, se pose, dans un second temps, la question de savoir si la mesure litigieuse repose ou non sur un motif objectif.

2. Illustration : critères d'admission pour entrer dans la police

Dans un arrêt rendu en 2017, la CJUE constate que la règle selon laquelle seules des personnes mesurant au moins 1,70 mètre, sans chaussures, sont admises au concours d'entrée à l'école de police désavantage « très nettement » les femmes par rapport aux hommes, les premières étant « beaucoup plus » nombreuses que les seconds à ne pas atteindre cette taille minimale. Il appartient dès lors à la juridiction de renvoi de vérifier que ce critère repose sur une justification objective, ce dont doute la Cour vu les diverses fonctions pouvant être exercées au sein de la police sans aptitudes physiques particulières (par exemple « assistance aux citoyens », « régulation de la circulation »)⁸¹.

Dans une autre affaire, pendante, la CJUE devra se prononcer sur une réglementation « qui permet d'exclure une candidate d'un concours d'accès à une force de police au motif qu'elle présente un tatouage sur une partie du corps qui n'est pas couverte par l'uniforme, alors que ce tatouage n'est visible que lorsqu'elle porte l'uniforme ordinaire, prévu pour les services de représentation, dans la version qui prévoit le port d'une jupe et d'escarpins », à savoir une version réservée aux femmes, les hommes portant en toutes circonstances le pantalon. En l'occurrence, l'examen d'aptitude médicale avait révélé un tatouage en forme de fleur situé sur une partie de la jambe pouvant aisément être cachée sous un pantalon.

Le cas nous semble intéressant en particulier à deux égards. D'une part, la Cour pourrait considérer que le fait de prescrire à des travailleuses exerçant un métier traditionnellement masculin le port d'un uniforme mal pratique,

⁸⁰ SCHIEK/ZAHN, 256.

⁸¹ CJUE, arrêt C-409/16 du 18 octobre 2017, *Kalliri* (JO C 424), N 31 ss.

susceptible de favoriser le harcèlement sexuel et « imprégné de stéréotypes »⁸² sur le rôle des femmes dans la société⁸³, constitue une discrimination *directe* à l'égard de ces dernières⁸⁴. D'autre part, elle pourrait conclure à l'existence d'une discrimination *indirecte* dès lors que le critère d'exclusion – la « visibilité du tatouage » –, bien que neutre à première vue, est susceptible dans les faits d'affecter un nombre beaucoup plus important de femmes que d'hommes (compte tenu du code vestimentaire genré susmentionné et du fait que les femmes sont désormais plus nombreuses que les hommes à se faire tatouer). Le fait de réserver la possibilité d'entrer dans la police aux individus sans tatouages visibles paraît aujourd'hui difficile à justifier, au vu de la normalisation de cette pratique.

3. Impact discriminatoire : analyse quantitative ou qualitative

Comme expliqué plus haut, pour établir si l'on se trouve en présence d'une discrimination indirecte, la première étape consiste à examiner l'effet discriminatoire d'une mesure apparemment neutre (l'examen du caractère objectivement justifié de la mesure intervenant ultérieurement).

Afin d'établir si un critère neutre au premier abord (par exemple le fait de travailler à temps partiel) désavantage les travailleuses de façon disproportionnée, la CJUE procède souvent à une analyse quantitative⁸⁵ consistant, dans un premier temps, à identifier les personnes affectées par le critère litigieux, ainsi que celles non concernées, puis, dans un second temps,

⁸² CJUE, demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunal administratif régional du Latium, C-320/25 du 8 mai 2025, *Italie - HG c. Ministère de l'Intérieur – Département de la sécurité publique*, c. 2.2.

⁸³ Voir l'art. 5 let. a CEDEF ainsi que LEMPEN, *Repenser*, 224 ss et HOLZLEITHNER, 21 s., selon lesquelles ce type de codes vestimentaires s'avère particulièrement problématique pour les personnes trans.

⁸⁴ Sur les codes vestimentaires genrés, voir la jurisprudence suisse citée par CÉLINE MOREAU dans le présent ouvrage en lien avec les conditions de travail discriminatoires (IV.A).

⁸⁵ Pour plus d'explications, voir notamment K GIG-PROGIN-THEUERKAUF/FREI, *Europäische Union*, N 37.

à vérifier si le pourcentage de femmes dans le premier groupe est nettement supérieur au pourcentage de femmes dans le second groupe⁸⁶.

Or, la première étape relative à la constitution des groupes peut s'avérer délicate, notamment lorsqu'il s'agit d'établir une discrimination à l'embauche. Par exemple, si l'on reprend l'exigence de la taille minimale pour pouvoir passer le concours d'entrée à l'école de police, qui faut-il inclure dans le cercle des personnes affectées par cette règle ? Doit-on prendre en considération uniquement les femmes qui ont fait acte de candidature ou faut-il tenir compte également de toutes celles qui ont renoncé à se présenter compte tenu de la taille minimale requise ?⁸⁷

En effet, comme relevé par la CJUE dans un récent arrêt relatif à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁸⁸, une première sélection s'effectue entre les personnes qui présentent leur candidature et celles qui renoncent à postuler⁸⁹ après avoir pris connaissance des conditions d'embauche ou, comme en l'espèce, après avoir entendu à la radio des propos sexistes ou homophobes de la part de personnes responsables du recrutement (ou perçues comme telles). Selon la Cour, le fait, pour un employeur (ou un individu perçu comme tel) de déclarer à la radio que jamais il ne recrutera ou ne fera travailler des personnes d'une certaine orientation sexuelle dans son entreprise est de nature à dissuader les candidatures des personnes concernées. Selon les circonstances, ces déclarations font partie des « conditions d'accès à l'emploi » au sens de l'art. 3 de la Directive n° 2000/78/CE, qui peut donc

⁸⁶ Voir CJUE C-184/22 et C-185/22 N 60 ss au sujet de la rémunération des heures supplémentaires accomplies par les personnes employées à temps partiel. En l'espèce, la proportion de femmes étant plus élevée tant dans le groupe « avantagé » (à plein temps : 68 % de femmes) que dans le groupe « désavantagé » (à temps partiel : 84 % de femmes) par la règle litigieuse, un impact discriminatoire ne pouvait être mis en évidence sur la seule base de statistiques.

⁸⁷ Voir LEMPEN, *Repenser*, 212.

⁸⁸ Interdite par la Directive n° 2000/78/CE.

⁸⁹ CJUE, arrêt C-507/18 du 23 avril 2020, *NH c. Association d'avocats pour les droits LGBT* (ECLI:EU:C:2020:289), N 55, qui se réfère aux conclusions de l'avocate générale SHARPSTON.

s'appliquer alors même qu'aucune procédure de recrutement n'est en cours ou programmée⁹⁰.

Il paraît dès lors judicieux d'inclure dans le groupe des personnes affectées par l'exigence de taille minimale, celles qui se sont abstenues de postuler. Dans ce cas, toutefois, doit-on comptabiliser toutes les femmes en âge de travailler dans le pays concerné ou seulement celles qui seraient susceptibles d'entrer dans la police si la taille n'était pas un critère de sélection ? Encore faut-il que ces statistiques soient disponibles.

Consciente des limites de cette approche chiffrée, la CJUE souligne que « les données statistiques ne constituent qu'un élément parmi d'autres »⁹¹ pour établir la *probabilité* qu'une réglementation entraîne un désavantage particulier pour les personnes d'un sexe. L'usage du conditionnel (« désavantagerait particulièrement ») dans la définition de la discrimination indirecte figurant à l'art. 2 let. b de la Directive n° 2006/54/CE montre que le *risque* de discrimination est déterminant pour admettre l'impact discriminatoire d'une mesure (qui devra alors être objectivement justifiée)⁹².

Dans certains cas, la preuve statistique de ce risque sera vouée à l'échec et il faudra l'admettre sur la base d'une analyse qualitative, mettant l'accent sur l'*intensité* de l'impact pour un groupe donné *plutôt que sur la quantité* des personnes touchées, comme expliqué par PÄRLI au chapitre suivant au sujet du recrutement à l'aide d'algorithmes.

Une approche qualitative peut aussi être indiquée lorsqu'il s'agit d'établir l'impact discriminatoire de codes vestimentaires, neutres a priori, mais ayant pour effet d'exclure du monde du travail les femmes portant le hijab. En effet, il se peut qu'une directive interdisant de façon générale le port de tout couvre-chef au travail touche, sur le plan *quantitatif*, autant d'hommes que de femmes

⁹⁰ Voir CJUE, arrêt C-507/18 du 23 avril 2020, *NH c. Association d'avocats pour les droits LGBT* (ECLI:EU:C:2020:289), N 58.

⁹¹ CJUE, arrêts C-184/22 et C-185/22 du 29 juillet 2024, *IK et CM c. KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V.* (ECLI:EU:C:2024:637), N 64. Voir aussi CJUE, arrêt 274/19 du 3 octobre 2019, *Minoo Schuch-Ghoannadan c. Medizinische Universität Wien* (ECLI:EU:C:2019:828), N 69, précisant que l'art. 19 de la Directive 2006/54/CE n'oblige pas la partie alléguant une discrimination à produire des statistiques ou des faits précis « si cette partie n'a pas accès ou n'a que difficilement accès à ces statistiques ou faits ». Voir enfin, parmi d'autres, SCHIEK/ZAHN, 257.

⁹² Voir notamment K GIG-PROGIN-THEUERKAUF/FREI, Europäische Union N 38.

mais, sur le plan *qualitatif*, entraîne des conséquences plus graves pour ces dernières en termes d'emploi⁹³.

V. Le harcèlement sexuel : questions d'actualité

Le harcèlement sexuel est interdit par l'art. 4 LEg au titre de discrimination fondée sur le sexe. Lors des travaux préparatoires, le Conseil fédéral expliquait la nécessité d'inclure ce phénomène dans la législation antidiscriminatoire en se référant à une étude publiée par l'OIT en 1992⁹⁴. Environ un quart de siècle plus tard, en 2019, cette organisation s'est dotée d'une Convention n° 190 sur la violence et le harcèlement dans le monde du travail⁹⁵, qui interdit notamment le harcèlement fondé sur le genre, dont le harcèlement sexuel⁹⁶. Premier instrument juridiquement contraignant traitant explicitement⁹⁷ de cette thématique au niveau mondial, cette convention, ratifiée par cinquante Etats⁹⁸, remet le harcèlement sexuel à l'ordre du jour sous la coupole fédérale⁹⁹.

A. Le processus de ratification de la Convention OIT n° 190

En 2022, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale de ratifier la Convention OIT n° 190. Son message explique qu'aucune modification préalable du droit interne suisse ne s'avère nécessaire¹⁰⁰.

⁹³ Voir LEMPEN, *Repenser*, 214 s., avec les références.

⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1219 citant ILO, Combating sexual harassment at work, in : Conditions of work digest, 1/1992, vol. 11, 15.

⁹⁵ Déjà mentionnée *supra* II.

⁹⁶ Art. 1 al. 1 let. b C190.

⁹⁷ Implicitement, la Convention OIT n° 111 couvre aussi le harcèlement sexuel, vu son impact discriminatoire sur les conditions de travail.

⁹⁸ Au nombre desquels la Suisse ne figure pas en septembre 2025.

⁹⁹ Pour un exposé des vifs débats parlementaires qui, au début des années nonante, avaient précédé l'adoption de l'art. 4 LEg, voir K. GIG-KAUFMANN, *Hintergrund N 37*, 57 ss, 78 ss et 89 ss.

¹⁰⁰ Voir CONSEIL FÉDÉRAL, *Message OIT 190*.

En particulier, la définition du harcèlement sexuel figurant à l'art. 4 LEg est compatible avec celle figurant à l'article premier de la Convention n° 190. Interprété à la lumière des art. 5 et 11 CEDEF¹⁰¹, l'art. 4 LEg permet en effet d'interdire non seulement des actes à caractère sexuel, mais aussi des « remarques sexistes fondées sur des stéréotypes de genre »¹⁰², du type « les femmes sont biologiquement faites pour fonder un foyer, s'occuper de la cuisine, de l'aspirateur et des devoirs »¹⁰³.

En 2023, le Parlement fédéral a toutefois décidé de renvoyer le dossier au Conseil fédéral en le priant d'indiquer quelles dispositions de la Convention n° 190 sont directement applicables¹⁰⁴, et de mettre en consultation ordinaire¹⁰⁵ le projet d'arrêté¹⁰⁶ approuvant la ratification. A l'heure où nous écrivons ces lignes, les résultats de cette procédure de consultation, achevée en août 2025, ne sont pas encore connus.

B. Le « lieu de travail » et le « degré de contrôle » de la partie employeuse

Lors des débats parlementaires sur la ratification de la Convention OIT n° 190, l'attention s'est notamment portée sur son art. 3. En effet, selon cette disposition, la convention s'applique au harcèlement « s'exerçant à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail », non seulement (a) « sur le lieu de travail » et dans les (b) espaces de pause, toilettes, douches et « vestiaires »¹⁰⁷, mais

¹⁰¹ Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 54 s.

¹⁰² Voir DEFR, *Rapport explicatif*, 18 (citant l'ATF 126 III 385).

¹⁰³ Propos tirés d'un arrêt TF 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.2.1.

Voir CR CO I-LEMPEN, art. 328 N 26 ; SHK GIG-HIRZEL/MÖSSINGER, art. 4 N 29 ss.

¹⁰⁴ Selon DUNAND, *Rapport complémentaire*, 30, au regard des critères définis par le TF, la Convention OIT n° 190 ne paraît contenir aucune disposition pouvant être considérée, en cas de ratification par la Suisse, comme directement applicable dans l'ordre juridique helvétique.

¹⁰⁵ Et non pas seulement auprès des partenaires sociaux via la Commission tripartite pour les affaires de l'OIT, selon la procédure usuelle. Pour plus d'explications : DEFR, *Rapport explicatif*, 5 s.

¹⁰⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message OIT 190*, 1380.

¹⁰⁷ La protection de la santé doit être garantie dans ces installations en vertu des art. 29 ss Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative la loi sur le travail (OLT3 ; RS 822.113). Voir

aussi (c) « à l’occasion de déplacements » professionnels, (d) « dans le cadre de communications liées au travail », y compris via Internet (e) « dans le logement fourni par l’employeur »¹⁰⁸ et (f) « pendant les trajets entre le domicile et le lieu de travail ».

A juste titre, le Conseil fédéral relève que le droit suisse en vigueur couvre déjà ces différentes hypothèses¹⁰⁹. Concernant le dernier cas de figure, particulièrement discuté, le rapport accompagnant la mise en consultation du projet en 2025 précise que le « harcèlement sur le trajet pour se rendre sur le lieu de travail, durant les loisirs ou en vacances peut relever de l’art. 4 LEg s’il existe des répercussions sur le lieu de travail. Sont concernés par exemple les apéritifs ou les fêtes de départ [...] ou l’envoi de messages écrits à des employés en congé maladie et donc à la maison [...] »¹¹⁰. La question de savoir dans quelle mesure le harcèlement affectera la relation de travail s’apprécie différemment selon que la personne qui l’exerce est « un supérieur hiérarchique, un collègue de travail ou un client, ou une personne ayant une relation privée avec l’éventuelle victime, par exemple un conjoint, un membre de la famille ou un ami »¹¹¹.

En effet, la partie employeuse ne saurait être tenue pour responsable de situations qui échappent entièrement à son contrôle. La référence au « degré de contrôle » des responsables d’entreprise figure à l’art. 9 C190, selon lequel la partie employeuse doit être tenue de prévenir et mettre fin aux différents cas de harcèlement, « dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable »¹¹².

DEFR, *Rapport explicatif*, 23. Illustration : DETHURENS CHLOÉ, Agressions à Genève, Caméra dans les vestiaires du Grand Théâtre : une pétition pour mieux protéger les victimes, Tribune de Genève, 3 septembre 2025.

¹⁰⁸ Voir la Convention OIT n° 189, en particulier son art. 5 (protection contre le harcèlement) et son art. 6 (respect de la vie privée en cas de logement au sein du ménage employeur).

¹⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message OIT 190*, 14 ss. Voir aussi CR CO I-LEMPEN, art. 328 N 28 ; K GIG-KAUFMANN, art. 4 N 71.

¹¹⁰ DEFR, *Rapport explicatif*, 23 se référant à TF 4A_124/2017 du 31 janvier 2018 ; TF 4A_18/2018 du 21 novembre 2018 et TF 4A_544/2018 du 29 août 2019.

¹¹¹ DEFR, *Rapport explicatif*, 22.

¹¹² DEFR, *Rapport explicatif*, 21 s., qui se réfère à un avis de droit informel rendu par le BIT sur demande du SECO.

En Suisse, ce devoir de protection résulte des art. 328 CO¹¹³, 6 LTr, 4 et 5 al. 3 LEg¹¹⁴. Par exemple, s'agissant du trajet entre le domicile et le lieu de travail, « l'employeur qui occupe régulièrement des travailleurs la nuit » doit prendre des mesures appropriées pour assurer la « sécurité sur le chemin du travail » (art. 17e al. 1 LTr) aux heures où ne circule aucun moyen de transport public, notamment en s'assurant que son personnel dispose d'un véhicule ou de la possibilité d'un covoiturage¹¹⁵. En revanche, ni le droit suisse ni la Convention OIT n° 190 n'obligent la partie employeuse à contrôler de façon générale les trajets entre le domicile et le lieu de travail pour détecter d'éventuels actes de violence¹¹⁶.

Autre exemple : si la partie employeuse doit, notamment en vertu des art. 328 CO et 6 LTr, protéger la santé physique et psychique de son personnel en télétravail, elle ne peut que difficilement vérifier le respect de ces prescriptions au domicile privé de la personne salariée¹¹⁷. Ainsi, en cas de télétravail, le harcèlement commis par des individus vivant sous le même toit que la personne salariée échappe au contrôle de la partie employeuse, à laquelle il ne peut être imputé¹¹⁸.

En revanche, il est admis que cette dernière a un certain « degré de contrôle » sur la façon dont son personnel communique au moyen des outils numériques mis à sa disposition par l'entreprise. Ainsi, il lui incombe de prévenir ou mettre fin aux cas de cyberharcèlement¹¹⁹, y compris à l'égard des télétravailleuses et télétravailleurs¹²⁰, quelle que soit l'issue du processus de ratification de la Convention OIT n° 190.

¹¹³ Art. 328 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO ; RS 220).

¹¹⁴ Voir DEFR, *Rapport explicatif*, 22.

¹¹⁵ Commentaire SECO, art. 17e LTr, novembre 2006, 017e-1. DEFR, *Rapport explicatif*, 25 ss.

¹¹⁶ DEFR, *Rapport explicatif*, 22.

¹¹⁷ Sur la responsabilité conjointe des parties employeuse et salariée en matière de protection de la personnalité en cas de télétravail : DUNAND/LEMPEN, N 376 ss.

¹¹⁸ DEFR, *Rapport explicatif*, 22.

¹¹⁹ Voir DUNAND/LEMPEN, N 417.

¹²⁰ Voir DUNAND/LEMPEN, N 422 ss (Devoir et responsabilité de la partie employeuse) et N 438 ss (Cybersurveillance).

C. Sensibilisation du milieu judiciaire aux stéréotypes de genre

1. Les travaux du Comité CEDEF

Rappelons que l'art. 11 para. 1 let. c et f CEDEF, lu conjointement avec les Recommandations générales n° 19¹²¹ et 35¹²², oblige les Etats parties à prendre les « mesures appropriées et efficaces » pour éliminer le harcèlement sexuel¹²³.

Lors de récentes Observations finales adressées à la Belgique et à la France, le Comité CEDEF souligne la nécessité de veiller « à ce que tous les signalements de harcèlement sexuel fassent l'objet d'une enquête¹²⁴ effective et à ce que les responsables soient dûment sanctionnés »¹²⁵. Rappelant sa Recommandation générale n° 33 sur l'accès des femmes à la justice¹²⁶, le Comité CEDEF recommande à la Suisse de prendre des mesures « afin d'éliminer les préjugés et les stéréotypes discriminatoires sexistes dans le système judiciaire », notamment par la formation des milieux professionnels concernés¹²⁷.

¹²¹ CEDEF, Recommandation Générale n° 19 (1992) sur la violence à l'égard des femmes, (INT_CEDAW_GEC_3731).

¹²² CEDEF, Recommandation générale n° 35 (2017) sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n° 19 (CEDAW/C/GC/35).

¹²³ Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 54.

¹²⁴ A ce sujet, voir la contribution d'ANNE MEIER dans cet ouvrage.

¹²⁵ CEDEF, Observations finales concernant le neuvième rapport périodique de la Belgique, 1^{er} novembre 2022 (CEDAW/C/BEL/8), N 44d ; CEDEF, Observations finales concernant le neuvième rapport périodique de la France, 14 novembre 2023 (CEDAW/C/FRA/9), N 36e.

¹²⁶ CEDEF, Recommandation générale n° 33 (2015) sur l'accès des femmes à la justice (CEDAW/C/GC/33).

¹²⁷ CEDEF, Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Suisse, 1^{er} novembre 2022 (CEDAW/C/CHE/CO/6), N 26, 38. Voir les renseignements donnés par la Suisse en novembre 2024 au sujet du renforcement de la capacité des autorités judiciaires : CEDAW/C/CHE/FCO/6, N 6 ss. Voir aussi : Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 59.

2. Illustration au niveau européen

Dans ce contexte, il est intéressant de se pencher sur un arrêt rendu en 2025 par la Cour EDH¹²⁸, à la suite d'une plainte pour agression sexuelle. En l'occurrence, une dentiste employée par un hôpital à Ankara alléguait que son supérieur hiérarchique, médecin-chef, s'était invité chez elle en 2010 et lui avait demandé de lui prodiguer une fellation, ce qu'elle avait refusé. Le médecin avait alors serré la tête de l'employée de manière à introduire de force son pénis dans sa bouche. Selon les dires de la dentiste, alors qu'elle tentait de se redresser, son chef avait éjaculé sur son survêtement puis avait quitté les lieux¹²⁹.

Un rapport psychiatrique daté de 2011 attestait de la présence, chez la salariée, d'un trouble de stress post-traumatique et d'une grave dépression. En 2012, la dentiste avait déposé une plainte pénale en expliquant n'avoir pas été en mesure de parler plus tôt par crainte, notamment, des représailles¹³⁰.

Le médecin-chef s'est défendu contre les accusations de sa subordonnée en expliquant qu'une femme avec une formation universitaire et un statut de dentiste ne serait pas restée silencieuse aussi longtemps si l'agression alléguée s'était réellement produite¹³¹. Sensible à cette argumentation, le Ministère public a estimé dans un premier temps qu'une adulte éduquée avec son propre réseau social savait se défendre, et a considéré qu'il était « déraisonnable » d'avoir attendu deux ans avant de déposer plainte¹³². Au terme de la procédure devant les tribunaux turcs, le supérieur hiérarchique a été acquitté, faute de preuves¹³³.

Sans se prononcer sur la culpabilité de l'accusé, la Cour EDH a considéré que les autorités turques avaient violé l'art. 8 CEDH en soulignant, lors de la procédure, le fait que la plainte avait été déposée deux ans après les faits, sans s'interroger suffisamment sur les raisons qui avaient pu pousser une collaboratrice agressée sexuellement par son supérieur hiérarchique à ne pas

¹²⁸ CEDH, *N.Ö. c. Turquie* (requête n° 24733/15), 30 juin 2025 (cité : *N.Ö. c. Turquie*).

¹²⁹ *N.Ö. c. Turquie*, N 6.

¹³⁰ *N.Ö. c. Turquie*, N 7 s.

¹³¹ *N.Ö. c. Turquie*, N 11.

¹³² *N.Ö. c. Turquie*, N 15.

¹³³ *N.Ö. c. Turquie*, N 34 ss.

déposer plainte immédiatement. La Cour EDH a considéré que les tribunaux nationaux avaient fondé leur jugement sur une vision stéréotypée de la façon dont une victime « raisonnable » de violences sexuelles devrait se comporter et n'avaient pas assez tenu compte du contexte professionnel dans lequel s'inscrivaient les actes allégués ainsi que du lien hiérarchique existant à l'époque entre les deux protagonistes¹³⁴.

Etonnamment, l'arrêt de la Cour EDH ne contient aucune référence à la Convention d'Istanbul¹³⁵, ratifiée par la Turquie en mars 2012, quelques jours après le dépôt de la plainte pénale dans l'affaire qui nous occupe. L'art. 15 de cette convention exige justement des Etats parties qu'ils renforcent la formation des professionnels ayant affaire aux victimes de violence.

Pour sa part, la Suisse a ratifié cette convention en 2017 et a adopté un plan d'action relatif à sa mise en œuvre¹³⁶. La formation du milieu judiciaire figure parmi les priorités de ce plan¹³⁷.

Du côté de l'UE, un projet de directive sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique¹³⁸ prévoit que les Etats membres publient des lignes directrices à l'attention des autorités judiciaires, notamment, sur « la manière d'éviter les stéréotypes de genre »¹³⁹.

L'arrêt rendu par la Cour EDH dans cette affaire turque montre que le travail de sensibilisation aux stéréotypes de genre, aujourd'hui encore nécessaire, commence à porter ses fruits.

¹³⁴ *N.Ö. c. Turquie*, N 52 ss.

¹³⁵ 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). L'art. 40 est consacré au harcèlement sexuel.

¹³⁶ CEDAW/C/CHE/CO/6, N 41.

¹³⁷ Voir : <https://www.ebg.admin.ch/fr/la-convention-distanbul-en-suisse> (consulté le 14 septembre 2025).

¹³⁸ Procédure 2022/0066/COD COM (2022) 105 : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.

¹³⁹ Art. 23 let. f du projet de directive.

VI. Conclusion

Dans ses dernières Observations finales à la Suisse, le Comité CEDEF constate, en lien avec la mise en œuvre de l'art. 11 CEDEF, que la LEg, malgré sa récente révision en 2020¹⁴⁰, ne protège pas encore assez les femmes, notamment contre la discrimination salariale et les mesures de représailles en cas de plainte pour discrimination¹⁴¹. Nous avons vu que le droit de l'UE qui, aux côtés du droit onusien, a été une source d'inspiration importante au moment de l'élaboration de la LEg, consacre plusieurs pistes intéressantes pour continuer à améliorer l'efficacité de cette loi.

Parmi elles, mentionnons le droit à l'information en matière de rémunération, y compris à l'embauche, l'adoption d'un dispositif de contrôle permettant de sanctionner les entreprises ne respectant pas leur devoir d'analyser leur pratique salariale, l'élargissement de la protection contre les congés de rétorsion aux collègues soutenant une personne victime de discrimination, la possibilité de prouver une discrimination indirecte sans devoir recourir à des statistiques, le droit de réduire temporairement son taux d'activité afin de pouvoir mieux concilier obligations professionnelles et charges familiales, la sensibilisation du milieu judiciaire aux stéréotypes de genre, en particulier lors de procès pour harcèlement sexuel, ou encore la prise en considération des discriminations intersectionnelles et du lien entre les critères « genre » et « orientation sexuelle ».

Les directives de l'UE présentées dans cette contribution ne font pas partie du paquet susceptible de devoir être repris par la Suisse en cas d'acceptation des « Bilatérales III ». Toutefois, la Suisse a pour habitude de prendre en compte les évolutions du droit de l'UE lorsqu'elles contribuent à atteindre ses objectifs, notamment en lien avec le marché du travail. En l'occurrence, le fait de s'inspirer du droit de l'UE s'agissant des aspects susmentionnés contribuerait à atteindre l'objectif de réelle égalité entre les genres dans le

¹⁴⁰ Voir la contribution de JEANNE RAMSEYER dans cet ouvrage.

¹⁴¹ CEDEF, Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Suisse, 1^{er} novembre 2022 (CEDAW/C/CHE/CO/6), N 53 s.

monde professionnel poursuivi par la LEg et paraît dès lors tout à fait « judicieux »¹⁴².

Bibliographie

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Rapport complémentaire au Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, sur mandat de la Confédération suisse, représentée par le Secrétariat à l'économie (SECO), Neuchâtel 30 juin 2024 (cité : *Rapport complémentaire*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, La portée du droit de l'Organisation internationale du travail en Suisse (1919-2019) in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, 57 ss (cité : *OIT*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE, Protection de la personnalité, in : Witzig (édit.), Télétravail, Bâle 2024, 141 ss.

FACINCANI NICOLAS et al. (édit.), Gleichstellungsgesetz, Berne 2022 (cité : SHK GIG-AUTEUR/AUTEURE).

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/LEMPEN KARINE (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Genève 2019 (cité : Commentaire CEDEF-AUTEUR/AUTEURE).

HOLZLEITHNER ELISABETH, Gender Equality and Physical Requirements in Employment, in : European equality law review 1/2017, 13 ss.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3^e éd., Bâle 2022 (cité : K GIG-AUTEUR/AUTEURE).

¹⁴² Voir le développement relatif au postulat 22.3872 de la Commission de politique extérieure du Conseil national « Divergences entre le droit suisse et le droit européen en matière de protection des travailleurs ».

LEMPEN KARINE, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189) in : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, 201 ss (cité : *OIT*).

LEMPEN KARINE, Le droit à la déconnexion des outils de travail numériques, in : RSJ 8/2024, 363 ss (cité : *Déconnexion*).

LEMPEN KARINE, Repenser la discrimination « à raison du sexe » au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF, in : RDS 140 (2021) II, 191 ss (cité : *Repenser*).

MAHON PASCAL/STEFFANINI FEDERICA, Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes 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, Genève/Zurich/Bâle 2016, 1 ss.

PÄRLI KURT, Expertise « EU-Gleichbehandlungsrecht aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben – Auswirkungen auf die Schweiz » sur mandat de la Confédération suisse, Département fédéral de l'intérieur, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), Berne/Bâle 5 février 2021 (cité : *2021*).

PÄRLI KURT, Die neue EU-Richtlinie für mehr Gehaltstransparenz. Auswirkungen auf die Schweiz, in : Jusletter 14 août 2023 (cité : *2023*).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, L'impact du droit international sur le droit à l'égalité des sexes dans les relations de travail in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich 2019, 129 ss.

SCHIEK DAGMAR/ZAHN REBECCA, Europäisches Arbeitsrecht, 4^e éd., Baden-Baden 2025.

SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTENBACH JUDITH (édit.), Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015 (cité : CEDAW Kommentar-AUTEUR/AUTEURE).

SCHULZ PATRICIA et al., The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its optional protocol : a commentary, 2^e éd., Oxford 2022 (cité : CEDAW Commentary-AUTEUR/AUTEURE).

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR/AUTEURE).

WINTER REGINE, Verwirklichung von gleichem Entgelt für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit durch die EU-Entgelttransparenzrichtlinie – Auswirkungen für (tarifvertragliche) Entgeltsysteme, in : Soziales Recht 2/2025, 42 ss.

Documents officiels

CONSEIL FÉDÉRAL, Divergences entre le droit suisse et le droit européen en matière de protection des travailleurs, rapport du 4 septembre 2024 donnant suite au postulat 22.3872 de la Commission de politique extérieure du Conseil national du 28 juin 2022 (cité : *Rapport en matière de protection des travailleurs*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : *Message LEg*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 18 mai 2022 concernant l'approbation de la convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, FF 2022 1379 (cité : *Message OIT 190*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE (DEFR), Approbation de la convention n° 190 de l'Organisation internationale du Travail concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, Rapport explicatif du 30 avril 2025 relatif à l'ouverture de la procédure de consultation (cité : *Rapport explicatif*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), Rapport du 6 février 2025. Bilan intermédiaire de la mise en œuvre des art. 13a à 13i de la loi sur l'égalité (cité : *Bilan intermédiaire*).

La discrimination à l'embauche à l'ère de l'intelligence artificielle

*Kurt Pärli / Malika Zürcher**

Table des matières

I.	Introduction	34
II.	La discrimination à l'embauche à travers les outils d'IA	36
A.	La discrimination à l'embauche	36
B.	La discrimination par l'IA	38
1.	Une définition de l'intelligence artificielle	39
2.	L'IA dans le contexte professionnel : gestion algorithmique	41
3.	Risques de discrimination liées à l'IA	43
a.	Risques liés au fonctionnement des systèmes d'IA	44
b.	Risques liés à la fracture numérique	47
III.	Réagir aux nouveaux défis par des moyens juridiques	49
A.	Statu quo	49
1.	Protection contre la discrimination	49
2.	Situation juridique de la discrimination à l'embauche	51
a.	Discrimination fondée sur le sexe	51
b.	Discrimination fondée sur d'autres motifs	53
3.	Conclusion intermédiaire	56
4.	Situation juridique concernant la réglementation de l'IA	57
a.	La loi sur la protection des données	58
b.	Le Code civil suisse et le droit des obligations	60
5.	Situation juridique de la discrimination à l'embauche à l'ère de l'IA	60
B.	Situation juridique dans l'UE	62

* Professeur de droit privé social, Université de Bâle / BLaw, assistante auxiliaire à la chaire de droit privé social, Université de Bâle.

C. Solutions proposées	67
1. La loi sur l'égalité entre femmes et hommes	67
2. La loi sur la protection des données	68
3. L'approche collective	71
Bibliographie	71
Documents officiels de la Confédération	75
Documents officiels de l'UE	75

I. Introduction

Actuellement, l'intelligence artificielle (IA) promet de l'innovation dans tous les domaines de la vie. Le marché du travail est notamment fortement touché. Les employeurs comme les personnes employées ont désormais à leur disposition une gamme quasi illimitée d'outils d'IA qui promettent une augmentation de l'efficacité, un allègement de la charge de travail et d'excellents résultats à toutes les étapes du processus de travail¹. Pour les employeurs, de nombreux outils ont été développés afin d'automatiser, et donc de simplifier, entre autres, le processus de recrutement. Cela modifie bien sûr aussi considérablement les modalités pour les demandeurs d'emploi, et la population se rend de plus en plus compte que chaque décision pourrait être prise par une « machine ». Outre le fait que les demandeurs d'emploi utilisent également des outils d'IA pour améliorer leurs dossiers de candidature, il arrive cependant de plus en plus souvent que les personnes candidates, conscientes des pièges potentiels des applications IA, imaginent « des stratégies pour contourner [l'IA] en évitant par exemple certains termes dans leur lettre de candidature ou, à l'inverse, en les intégrant [...] »².

En outre, ce type d'application d'IA comporte des défis considérables. Dans la littérature, les discussions portent en particulier sur les risques de discrimination, le manque de transparence et d'explicabilité ainsi que sur des

¹ Cf. MALORNY, 170 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; STÖCKLIN, N 1 ss ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 459 ss.

² WAAS, 123.

problématiques en matière de protection des données sont actuellement en discussion³. Alors qu'au niveau international, de nombreuses réglementations sont actuellement adoptées, telles que le nouveau Règlement de l'Union européenne (UE) sur l'IA⁴, ou la Convention-cadre sur l'IA du Conseil de l'Europe⁵, la Suisse s'est jusqu'à présent montrée réticente à légiférer. Cela soulève la question de la protection juridique actuellement en place pour faire face aux dangers de l'IA et des solutions qui pourraient être appropriées – une législation sur l'IA ou plutôt un renforcement des réglementations sectorielles⁶. Début 2025, le Conseil fédéral a décidé de ratifier cette convention et d'élaborer les adaptations législatives nécessaires d'ici fin 2026⁷.

Cette contribution a pour objectif d'examiner de plus près cette thématique complexe dans le domaine de la discrimination à l'embauche et de présenter les instruments juridiques disponibles, notamment la loi sur l'égalité (LEg⁸), les instruments de protection des données et le droit général en matière de discrimination. Compte tenu de l'étendue du sujet de l'IA, certains points forts sont mis en avant et cet article ne cherche pas à être exhaustif.

³ En Suisse, voir par exemple BRAUN BINDER et al. ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER ; STÖCKLIN ; THOUVENIN/VOLZ.

⁴ Règlement (UE) n° 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) n° 2018/858, (UE) n° 2018/1139 et (UE) n° 2019/2144 et les directives (UE) n° 2014/90, (UE) n° 2016/797 et (UE) n° 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), PE/24/2024/REV/1 (JO L 2024/1689) (ci-après : *Règlement sur l'IA*).

⁵ Convention-cadre du Conseil de l'Europe du 17 mai 2024 sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit (STCE n° 225) ; pour une analyse voir aussi : <https://algorithmwatch.ch/de/euoparat-kunstliche-intelligenz> (consulté le 14 septembre 2025).

⁶ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*.

⁷ Communiqué du Conseil fédéral du 12 février 2025, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/kuenstliche-intelligenz.html> (consulté le 14 septembre 2025) ; voir aussi : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/kuenstliche-intelligenz.html> (consulté le 14 septembre 2025).

⁸ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

Dans un premier temps, la problématique de la discrimination à l'embauche sera mise en avant. Par la suite, le champ thématique de l'IA sera d'abord abordé de manière générale, puis spécifiquement dans le contexte de l'embauche. L'analyse portera également sur la manière dont l'utilisation de l'IA dans ce domaine peut conduire à des discriminations. Sur cette base, le contexte juridique sera ensuite élaboré, d'abord en ce qui concerne la discrimination à l'embauche en tant que telle, puis en accordant une attention particulière aux défis supplémentaires que pose l'IA. Enfin, des solutions juridiques et quelques réflexions finales seront discutées.

II. La discrimination à l'embauche à travers les outils d'IA

L'un des problèmes actuellement au centre du débat, concernant les risques de l'IA et la question de la réglementation nécessaire, est celui de la discrimination algorithmique⁹. Ce risque se manifeste notamment dans le cadre du recrutement à l'aide d'outils de gestion algorithmique¹⁰. Tout d'abord il faudra donc brièvement délimiter le problème de la discrimination à l'embauche pour, ensuite, souligner les défis des technologies d'IA et comment ces derniers influencent actuellement le recrutement.

A. La discrimination à l'embauche¹¹

Pour certains, le travail est un moyen d'épanouissement personnel et de réalisation de soi, mais pour la plupart des gens, il s'agit avant tout d'une condition nécessaire pour subvenir à leurs besoins. Diverses études montrent que les chances d'accéder au monde du travail sont inégalement réparties. Une étude du Centre de recherches conjoncturelles (KOF) montre que les demandeurs d'emploi étrangers inscrits sur l'une des plus grandes plateformes

⁹ THOUVENIN/VOLZ, 623 ; BRAUN BINDER et al., N 8 ss, 21 ss ; TINHOFFER, 174 ; WAAS, 115.

¹⁰ ZUIDERVEEN BORGESIIUS, 15.

¹¹ Cette partie est basée sur PÄRLI/MEIER, 363 s.

de placement en Suisse ont été contactés, en moyenne, 6,5 % moins souvent par les recruteurs que les Suisses présentant des caractéristiques identiques¹². Les étrangers, mais aussi les Suisses ayant un nom à consonance étrangère, n'ont pas été pris en considération, malgré des qualifications équivalentes, voire supérieures¹³. Le fait que l'expérience, les compétences professionnelles et la formation ne soient pas les seuls critères d'embauche est également illustré par le nombre toujours nettement inférieur de personnes handicapées (68 %) qui exercent une activité professionnelle par rapport aux personnes non handicapées (87 %)¹⁴. Pour les femmes aussi, l'accès à un emploi est parfois rendu difficile en raison de leur sexe, par exemple parce qu'elles ont atteint un âge où l'on craint qu'elles aient des projets familiaux ou parce qu'elles sont déjà enceintes. La base de données en ligne *Gleichstellungsgesetz.ch* a recensé vingt-trois cas de discrimination à l'embauche au sens de la loi fédérale sur l'égalité (LEg¹⁵) pour la période allant de 2018 à aujourd'hui.

Le droit suisse ne connaît pas de droit à l'emploi. Dans les rapports de travail de droit privé, le principe de la liberté contractuelle s'applique conformément aux art. 19 et 20 du Code des obligations (CO¹⁶), qui inclut également la liberté de conclure un contrat. En tant qu'aspect partiel de la liberté économique inscrite dans la Constitution fédérale (art. 27 Cst.¹⁷), la liberté contractuelle garantit aux sujets de droit la liberté d'organiser leurs relations juridiques privées selon leur propre volonté. Cela inclut également la liberté des entreprises de fixer elles-mêmes les critères d'évaluation pour l'embauche de salariés et de décider librement qui elles souhaitent embaucher. Sous la protection de la liberté contractuelle, l'employeur peut également engager un

¹² HANGARTNER/KOPP/SIEGENTHALER.

¹³ Pour des sources supplémentaires regardant des cas de discrimination basée sur le nom voir PLACKIS-CHENG et al., 11.

¹⁴ OFFICE FÉDÉRALE DE LA STATISTIQUE (OFS), Résultats statistiques concernant la participation au marché du travail des personnes handicapées et non handicapées, disponible sur le site de l'OFS (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-personnes-handicapees/active-professionnelle/participation-marche-travail.html>, consulté le 2 septembre 2025).

¹⁵ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg ; RS 151.1).

¹⁶ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO ; RS 220).

¹⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

candidat ou une candidate totalement inapte ; l'autonomie privée protège en principe également les décisions arbitraires.

La situation est tout autre dans le domaine du droit public. L'employeur public est tenu de respecter les principes de l'Etat de droit, en particulier l'égalité devant la loi et l'interdiction de toute discrimination¹⁸. Compte tenu de l'étendue de cet article, l'accent est mis ici sur le domaine du droit privé. Mais la liberté contractuelle en droit privé n'est pas non plus illimitée dans le domaine du droit du travail. Par la suite, il s'agira alors d'examiner quelle protection juridique est offerte aux employés contre la discrimination dans le cadre de la candidature et de l'embauche.

B. La discrimination par l'IA

A présent, un autre défi vient s'ajouter à la problématique de la discrimination à l'embauche : de plus en plus, les employeurs comptent sur des outils recourant à l'IA pour prendre les meilleures décisions de ressources humaines¹⁹. Bien que l'IA promette des solutions faciles et objectives, y sont associés de nombreux risques en termes de transparence, de possibilité d'expliquer son fonctionnement et de discrimination²⁰. Il convient alors de commencer par une courte définition de l'IA et des systèmes algorithmiques, pour ensuite mettre un focus sur la gestion algorithmique dans le contexte du recrutement, et d'analyser les risques de discrimination liés.

¹⁸ Il n'existe toutefois pas non plus de droit à l'emploi dans le domaine du droit public du personnel. Les personnes candidates refusées peuvent toutefois invoquer, par exemple, des vices de procédure. Le cas ayant donné lieu à l'ATF 131 II 361 est également illustratif. Dans cette affaire, le TF a admis le recours administratif contre la non-prise en considération de la candidature d'un homme à un poste de professeur d'université et a jugé recevable l'indemnisation symbolique d'un franc demandée par le recourant (c. 4).

¹⁹ STÖCKLIN, N 1 ss ; MALORNY, 171.

²⁰ BRAUN BINDER et al., N 8 ss ; THOUVENIN/VOLZ, 623 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; voir aussi TRUFFAT, 8 ; WAAS, 116 et 123.

1. Une définition de l'intelligence artificielle

Il faut noter, tout d'abord, qu'il n'existe pas de consensus absolu sur les définitions des notions d'« intelligence artificielle » ou d'« algorithme »²¹. Mais au niveau international, un certain consensus semble s'être établi²². Cela se reflète également dans la définition ouverte qui figure dans le nouveau règlement européen sur l'IA. Un système d'IA est ainsi défini comme « un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels »²³. La définition de l'OCDE reprend également ces éléments : « [u]n système d'intelligence artificielle est un système automatisé qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir d'entrées reçues, comment générer des résultats en sortie tels que des prévisions, des contenus, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer des environnements physiques ou virtuels. Différents systèmes d'IA présentent des degrés variables d'autonomie et d'adaptabilité après déploiement »²⁴.

Si l'on considère les différents éléments de ces définitions, un algorithme peut être défini en tant que procédure de calcul qui produit un résultat, une décision²⁵. On peut distinguer les algorithmes qui prennent ces décisions de manière entièrement automatiques et ceux qui assistent une décision humaine, dits partiellement automatiques²⁶. Cependant, les risques associés aux décisions entièrement et partiellement automatiques sont comparables : on peut constater en effet un *automation bias*, c'est-à-dire la tendance des individus à se fier aux décisions automatiques, sans les remettre en question ni

²¹ ZUIDERVEEN BORGESIU, 8 ; MALORNY, 172 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 55 ; TINHOFFER, 172.

²² THOUVENIN/VOLZ, 616.

²³ HERSEMEYER/LUDOLPH, 55 ; *Règlement sur l'IA*, art. 3 para. 1.

²⁴ Recommandation du Conseil de l'OCDE du 22 mai 2019 sur l'intelligence artificielle (OECD/LEGAL/0449).

²⁵ ZUIDERVEEN BORGESIU, 8 ; voir aussi TINHOFFER, 172 s.

²⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, 8 ; TINHOFFER, 174.

les vérifier, que ce soit par manque de temps ou pour se décharger de leur responsabilité à cet égard²⁷. En ce qui concerne la classification juridique, on s'en tient toutefois encore à la distinction entre une décision entièrement automatisée ou seulement partiellement automatisée²⁸.

Généralement, des systèmes d'IA sont des « agents intelligents » qui ont la capacité d'apprendre (par eux-mêmes)²⁹. Cependant, il existe de nombreux types d'IA différents. Les systèmes varient en termes de « méthodes d'apprentissage, technologies et algorithmes, ainsi que systèmes et architectures », ce qui influence le degré d'autonomie du système³⁰. Il faut donc comprendre de quel type d'IA il se traite dans chaque cas, avant de pouvoir répondre à des questions relatives à la situation juridique, par exemple en termes de responsabilité³¹.

Un système d'IA qui est particulièrement répandu est celui du *machine learning*. Ce type d'IA apprend à partir de données d'entraînement « passées », ce qui permet à l'algorithme d'améliorer ses performances, sans qu'il soit nécessaire de lui fournir des informations externes sur la manière de résoudre la tâche³². L'IA identifie alors des modèles et corrélations, dans les données d'entraînement pour répondre aux tâches futures et faire des prévisions³³. L'IA ne sait pas expliquer la relation entre les données, mais s'intéresse uniquement à la corrélation en soi. Le problème est alors que cela peut également conduire à des résultats aléatoires³⁴, par exemple, lorsqu'un système d'IA détecte une corrélation entre les compétences en programmation et une préférence pour un site web de mangas, et sélectionne les futurs candidats sur cette base³⁵. Le rôle exigeant du programmeur consiste donc à définir les variables cibles, c'est-à-dire à définir la tâche que l'IA doit

²⁷ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 8 ; TINHOFFER, 174.

²⁸ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 8, pour la classification juridique dans le contexte de la LPD (art. 21 LPD : décision individuelle automatisée), voir par exemple PÄRLI/BALMER, 773.

²⁹ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 8 ; MALORNY, 172 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 55.

³⁰ MALORNY, 172 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 55.

³¹ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 8 s. ; MALORNY, 172.

³² ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 9 ; MALORNY, 172.

³³ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 9 ; WAAS, 117 ; TINHOFFER, 173.

³⁴ WAAS, 120 s. , voir 121 pour un exemple illustratif d'une corrélation aléatoire.

³⁵ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 462.

résoudre, traduite en un problème de *Data-Mining*³⁶. Ces variables influencent les résultats. Il peut donc s'avérer très complexe de sélectionner les bons critères et de les définir avec suffisamment de précision pour que l'IA prenne les décisions souhaitées, et uniquement celles-ci³⁷. A défaut, des définitions erronées entraînent des risques de discrimination³⁸. Ce problème sera repris ci-dessous.

Dans certains systèmes, le processus n'est alors plus explicable³⁹ – on parle dans ce contexte d'une *black box*⁴⁰ ; des problèmes peuvent surgir lors de l'entraînement de l'IA, ou alors au moment de la définition de la tâche⁴¹. C'est précisément cela qui peut conduire aux problèmes susmentionnés de transparence, d'explicabilité et de discrimination. Ces risques seront abordés plus en détail ci-dessous.

2. L'IA dans le contexte professionnel : gestion algorithmique

Dans le contexte professionnel, les outils recourant à l'IA trouvent application à divers moments des relations de travail : les systèmes d'IA sont utilisés dans le recrutement, pour la promotion des personnes employées, mais aussi pour des décisions de reclassement ou de licenciement⁴². Les IA peuvent aussi être utiles pour choisir l'une des nombreuses consignes admissibles dans le contexte des directives générales ou les instructions particulières de l'employeur sur l'exécution du travail. Un autre exemple pourrait être la détermination d'une rémunération variable, qui serait calculée par l'IA sur la

³⁶ WAAS, 117. Le terme *Data Mining* désigne des technologies qui permettent l'analyse de grands ensembles de données afin d'identifier et de mettre en évidence automatiquement des modèles et corrélations ou d'anomalies dans ces données. Ces techniques peuvent parfois révéler des relations surprenantes entre des variables, permettant ainsi au responsable de tirer des conclusions – entre autres sur des caractéristiques des travailleuses et travailleurs, voir WAAS, 20 ss, 117 et 121 ; KIM, 406.

³⁷ WAAS, 118.

³⁸ WAAS, 118.

³⁹ MALORNY, 172.

⁴⁰ Voir entre autres TINHOFFER, 176 ; MALORNY, 172.

⁴¹ WAAS, 118.

⁴² MALORNY, 170 ; voir aussi WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 459 ss.

base de certains paramètres⁴³. S'y ajoutent également des tâches plus complexes, telles que l'établissement de classements des employés, l'analyse ciblée et le développement des compétences personnelles, ou encore la prévision des intentions de démission individuelles⁴⁴. La surveillance automatisée des personnes employées sur leur lieu de travail s'avère également particulièrement délicate⁴⁵.

S'agissant des procédures de recrutement, l'IA trouve également diverses applications, et peut d'autant plus engendrer des discriminations et d'autres atteintes à la personnalité⁴⁶. Tout d'abord, elle permet de rédiger des offres d'emploi qui ciblent précisément les bonnes candidatures⁴⁷. Lorsqu'il s'agit d'évaluer les candidatures reçues, des outils recourant à l'IA sont souvent utilisés pour analyser les dossiers, présélectionner les dossiers en fonction des compétences professionnelles et personnelles, ou même pour recommander des candidats⁴⁸. De plus, il est désormais possible de faire passer les entretiens d'embauche par des IA⁴⁹. En outre, il convient de mentionner particulièrement le *Robot Recruiting*, dans le cadre duquel des IA recherchent de manière proactive des profils appropriés, par exemple sur LinkedIn⁵⁰. Mais les pratiques ne se limitent plus à la recherche des personnes candidates en ligne : des outils recourant à l'IA sont également utilisés pour effectuer des recherches sur Internet, par exemple sur les réseaux sociaux, pour recueillir des informations sur les personnes candidates dans le processus de l'embauche⁵¹.

⁴³ MALORNY, 170.

⁴⁴ HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; MALORNY, 171 ; voir aussi WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 459, 463.

⁴⁵ HERSEMEYER/LUDOLPH, 57, 59 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 463.

⁴⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, 15 ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; STÖCKLIN, N 1 ss ; pour la diffusion d'IA dans les décisions d'embauche, voir aussi TINHOFFER, 172 ; WAAS, 124.

⁴⁷ HERSEMEYER/LUDOLPH, 57.

⁴⁸ HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; MALORNY, 171 ; voir aussi ZUIDERVEEN BORGESIU, 15 ; WAAS, 124 s ; pour des exemples problématiques voir STÖCKLIN, N 11 ; PÄRLI/BALMER, 765.

⁴⁹ HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; WAAS, 124.

⁵⁰ HERSEMEYER/LUDOLPH, 58.

⁵¹ PÄRLI/BALMER, 746.

Toutes ces pratiques comportent de sérieux risques en matière de protection des données et de discrimination⁵², en particulier quand un système d'IA base ses décisions sur des corrélations instables, même fortuites⁵³. Ceci est souligné, par exemple, par la classification en tant que système à haut-risque, au sens de l'art. 6 par. 2. de l'Annexe III du Règlement (UE) sur l'IA, des « systèmes d'IA destinés à être utilisés pour le recrutement ou la sélection de personnes physiques, en particulier pour publier des offres d'emploi ciblées, analyser et filtrer les candidatures et évaluer les candidats »⁵⁴, conformément au nouveau règlement sur l'IA de l'UE⁵⁵.

Dans le chapitre suivant, nous tenterons d'identifier ces risques et de décrire la manière dont ils apparaissent.

3. Risques de discrimination liées à l'IA

Comme décrit plus haut, des risques de discrimination à l'embauche existaient déjà avant l'introduction des nouvelles technologies ; néanmoins, ces risques se multiplient avec le recours aux applications utilisant l'IA⁵⁶. Au fond, ce sont les mêmes préjugés et discriminations qui se manifestent, puisque, en fin de compte, les humains influencent les systèmes d'IA, de la phase de planification à celle de mise en œuvre⁵⁷. Cependant, comme évoqué précédemment, le défi posé par la discrimination liée à l'IA réside notamment dans le fait que les systèmes d'IA sont conçus pour prendre un grand nombre de décisions, ce qui renforce et amplifie le problème⁵⁸. De plus, des *Feedback Loops*⁵⁹ peuvent perpétuer les discriminations existantes, par exemple lorsque

⁵² HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 s.

⁵³ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 462.

⁵⁴ Annexe III du Règlement sur l'IA du 12 juillet 2024 – Systèmes d'IA à haut risque visés à l'article 6, paragraphe 2 (voir nbp 4).

⁵⁵ THOUVENIN/VOLZ, 616.

⁵⁶ TINHOFFER, 175 ; voir aussi PLACKIS-CHENG et al., 11.

⁵⁷ TINHOFFER, 174 s. ; HERSEMEYER/LUDOLPH, 57 ; voir aussi PLACKIS-CHENG et al., 15 et 80 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 464, 466.

⁵⁸ TRUFFAT, 7, 15 ; WAAS, 116.

⁵⁹ Le terme *Feedback Loop* désigne le processus selon lequel un algorithme évolue de manière dynamique au fil du temps, car le résultat (la décision) est réinjecté comme entrée dans le système lui-même. Il en résulte que les biais sont répétés (voire

les résultats d'un système d'IA sont utilisés à des fins d'entraînement dans d'autres systèmes⁶⁰.

a. Risques liés au fonctionnement des systèmes d'IA

Pour mieux comprendre les risques de discrimination engendrés par l'IA, il faut d'abord relever les différentes façons dont cette dernière peut conduire à la discrimination. En effet, une des difficultés liées à la discrimination algorithmique réside dans le fait, déjà mentionné, que les IA sont souvent des *Black Boxes*, c'est-à-dire que les personnes concernées ne comprennent pas (ou ne peuvent pas comprendre) comment le système fonctionne, et, par conséquent, si elles ont été discriminées, si oui sur quelle base⁶¹.

Dans la littérature, différentes catégories sont distinguées : problèmes inhérents aux données d'entraînement, discriminations en raison de la manière dont la variable cible est définie, à cause de la sélection des critères, ou encore à travers de *proxies*, et, finalement, un usage intentionnel des systèmes d'IA à des fins discriminatoires⁶². Ces catégories seront brièvement caractérisées par la suite.

S'agissant, premièrement, des données d'entraînement, leur choix peut entraîner des discriminations⁶³. Le problème commence déjà avec la collecte de ces données. Si l'échantillon ne représente pas la situation de manière égalitaire (sur ou sous-représentation d'un certain groupe de personnes) et objective, le système reproduira cette distorsion. Puis, si le système d'IA apprend sur une base de données discriminatoires, c'est-à-dire si l'échantillon est biaisé, le système va reproduire ce biais⁶⁴. L'exemple le plus populaire pour illustrer ce problème est un système de recrutement d'Amazon : ce système a été entraîné sur la base des anciennes données d'embauche de l'entreprise. Comme, par le passé, beaucoup plus d'hommes ont été choisis, le système a

renforcés) en raison de l'existence du *Feedback Loop*, malgré la mise en œuvre de techniques d'atténuation, voir PAGAN et al., 2 ; WAAS, 118.

⁶⁰ THOUVENIN/VOLZ, 627 ; LIN, 4 ; WAAS, 118.

⁶¹ ZUIDERVEEN BORGESIU, 10 ; voir aussi WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 480.

⁶² ZUIDERVEEN BORGESIU, 10.

⁶³ TINHOFFER, 173, 175 ; THOUVENIN/VOLZ, 626 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 466.

⁶⁴ TINHOFFER, 175 ; voir aussi TRUFFAT, 8 ; PLACKIS-CHENG et al., 11 et 15 ; WAAS, 119 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 466 s.

appris que la caractéristique « homme » est une corrélation pertinente, et n'a par la suite proposé que des hommes pour les futures embauches⁶⁵.

S'agissant ensuite des discriminations découlant d'une définition insuffisante de la variable cible, qui décrit le résultat souhaité, il faut savoir que l'IA apprend quels attributs ou quelles activités sont corrélées à la variable cible⁶⁶. Pour cela, lesdites « étiquettes de classe » divisent toutes les valeurs possibles de la variable cible en catégories mutuellement exclusives⁶⁷. Prenons l'exemple d'une entreprise qui souhaite utiliser un système d'IA pour trier les candidatures afin de trouver de bons employés. Il faut au préalable définir ce qu'est un bon employé, et, pour cela, spécifier les étiquettes de classe : « [u]n bon employé est-il celui qui vend le plus de produits ? Ou celui qui n'est jamais en retard au travail ? »⁶⁸. Selon les étiquettes de classe sélectionnées, cela peut entraîner des conséquences plus ou moins graves. Même si une entreprise spécifie une classe neutre à première vue, il se peut qu'il en résulte une discrimination indirecte⁶⁹. Si nous reprenons l'exemple précédent et partons du principe que « arriver à l'heure au travail » est le critère choisi pour définir un bon employé, cela peut désavantager les personnes issues de l'immigration, car elles sont en moyenne plus pauvres et habitent plus loin de leur lieu de travail, ce qui les expose davantage au risque d'être en retard⁷⁰.

Troisièmement, le choix des critères (*feature selection*), dans le cadre duquel l'IA doit passer au crible la masse incalculable de données, constitue une source potentielle de discriminations⁷¹. Dans le contexte du recrutement, il s'avère impossible d'analyser chaque profil d'une personne candidate dans son intégralité ; une entreprise est alors forcée de se limiter à quelques caractéristiques⁷². A cette occasion, un biais en défaveur de certains groupes

⁶⁵ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 11 s. ; TINHOFFER, 175 ; voir aussi PLACKIS-CHENG et al., 14 ; STÖCKLIN, N 12 ; pour la distorsion historique en général, voir WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 467.

⁶⁶ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 10 ; WAAS, 117 s.

⁶⁷ BAROCAS/SELBST, 678, cité dans ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 10 ; WAAS, 117.

⁶⁸ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 11 ; cf. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 464.

⁶⁹ Cf. TRUFFAT, 7 ; WAAS, 126.

⁷⁰ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 11 ; cf. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 460 pour un exemple similaire.

⁷¹ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 12 ; WAAS, 120.

⁷² ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 12.

peut s'installer. Un exemple de discrimination indirecte qui s'est manifesté aux Etats-Unis, dans ce contexte, est la sélection basée sur l'université où les candidates ont obtenu leur diplôme, qui peut, compte tenu du système universitaire dans ce pays, conduire à une discrimination de certains groupes ethniques⁷³. Un autre exemple encore plus répandu est celui du critère du « CV sans lacunes », qui tend à désavantager les femmes, car celles-ci ont, plus souvent que les hommes, des lacunes dues à leurs responsabilités familiales⁷⁴. Il est donc crucial de considérer le contexte et de trouver « un équilibre entre caractéristiques [choisies] et taille de l'ensemble des données »⁷⁵.

Quatrièmement, la discrimination peut se faire par des *proxies*. Il s'agit de critères d'embauche qui apparaissent neutres aux premiers abords⁷⁶. Ce sont soit des éléments pertinents pour prendre une décision informée soit des critères triviaux,⁷⁷ mais ceux-ci sont corrélés avec une caractéristique protégée, par exemple l'appartenance à une classe sociale, l'âge ou un handicap. Cela signifie qu'une certaine information est encodée dans d'autres données⁷⁸. Ce problème est difficile à résoudre⁷⁹. En lien avec l'effet *black box*, des telles discriminations sont difficiles à détecter et à prouver⁸⁰ : « [c]ela joue surtout un rôle dans le cas des [systèmes de décisions automatisées] dont la validité des résultats fournis par l'algorithme est difficile à vérifier (par exemple les outils de recrutement) »⁸¹. Il s'y ajoute le problème d'une potentielle discrimination intersectionnelle : quand un système d'IA se base sur plusieurs critères pour prendre une décision, il s'avère difficile d'identifier

⁷³ ZUIDERVEEN BORGESIU, 12 ; WAAS, 120.

⁷⁴ Cf. PLACKIS-CHENG et al., 11 ; STÖCKLIN, N 12.

⁷⁵ WAAS, 120.

⁷⁶ THOUVENIN/VOLZ, 625.

⁷⁷ Par exemple, le code postal ou des likes sur Facebook. Si une offre d'emploi n'est publiée que dans localités avec un code postal privilégié, il se peut que certaines minorités n'en aient jamais connaissance ; voir WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 467 s.

⁷⁸ ZUIDERVEEN BORGESIU, 13 ; voir aussi BAROCAS/SELBST, 692 cité dans ZUIDERVEEN BORGESIU, 13 ; TINHOFFER, 175 ; THOUVENIN/VOLZ, 625 ; voir aussi TRUFFAT, 7 ; WAAS, 121, 124 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 468.

⁷⁹ ZUIDERVEEN BORGESIU, 13 ; TINHOFFER, 175.

⁸⁰ TINHOFFER, 176 ; WAAS, 132 et 134.

⁸¹ TINHOFFER, 176.

quelle caractéristique a été déterminante dans une décision en question⁸². Dans un tel cas, la Cour suprême autrichienne a estimé qu'il y avait discrimination si la caractéristique protégée était « au moins l'une des causes de la discrimination au sein d'un ensemble de motifs »⁸³. Des études montrent en outre que ce sont souvent les femmes et les personnes migrantes qui subissent des discriminations intersectionnelles engendrées par des systèmes d'IA⁸⁴.

Finalement, la discrimination peut être intentionnelle et renforcée par les moyens de l'IA⁸⁵. La personne qui doit prendre la décision peut, par exemple, influencer les données d'entraînement ou sélectionner précisément les critères susceptibles d'avoir un effet discriminatoire. De cette manière, la discrimination est, en effet, plus difficile à détecter⁸⁶. Cependant, de telles méthodes complexes de dissimulation ne sont souvent pas rentables pour un employeur. Les discriminations involontaires restent dès lors le problème le plus pressant⁸⁷.

D'autre part, les systèmes d'IA pourraient également constituer un moyen de lutter contre la discrimination : la discrimination par les systèmes d'IA peut en effet être mieux démontrée statistiquement à l'aide de tests, et plus facilement corrigée en adaptant ces systèmes, qu'au travers de décisions humaines. Une étude en France a montré que « l'IA permet aussi un recrutement plus inclusif et peut être utilisée comme un moyen de renforcement de l'égalité de traitement »⁸⁸. Cette discussion dépasse toutefois le cadre de cet article.

b. Risques liés à la fracture numérique

Une autre dimension des risques liés à l'IA est celle de la fracture numérique. L'accès inégal aux technologies numériques peut en effet aussi entraîner des conséquences négatives⁸⁹. Les personnes qui sont déjà défavorisées par des

⁸² THOUVENIN/VOLZ, 626.

⁸³ TINHOFFER, 175 s. ; OGH 8ObA8/09y du 4 avril 2009.

⁸⁴ PLACKIS-CHENG et al., 12, 15 ; LIN, 10 ss, 43 s. et 57 ss.

⁸⁵ ZUIDERVEEN BORGESIU, 13 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 465.

⁸⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, 13 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 465.

⁸⁷ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 465.

⁸⁸ TRUFFAT, 8.

⁸⁹ PÄRLI, *Digitale Kluft*.

circonstances préexistantes – telles que les inégalités sociales – ont souvent des difficultés supplémentaires à rester à jour, alors que d'autres profitent des nouveaux outils digitaux⁹⁰. L'IA peut donc renforcer des inégalités, même si cela ne touche pas directement un groupe de personnes protégées⁹¹.

Dans le contexte de l'embauche, le fait que certains groupes aient un accès limité à Internet peut mener à des distorsions statistiques dans les données : certaines personnes peuvent avoir plus de difficultés « à manifester leur intérêt et à faire valoir leurs qualifications pour un emploi publié sur Internet que les membres d'autres groupes »⁹². Autre exemple, les communautés dont les caractéristiques sont moins intégrées dans les bases de données peuvent être discriminées ; il en va notamment ainsi lorsque les données enregistrées sur certains groupes sont moins précises que celles concernant la population en général, que ce soit pour des raisons de pauvreté, de géographie ou de mode de vie⁹³. De plus, il s'avère de plus en plus important de comprendre le fonctionnement de la gestion algorithmique pour les personnes candidates. D'un côté, la connaissance des outils recourant à l'IA est essentielle pour comprendre comment le processus de recrutement fonctionne et pour reconnaître *si et quand* une IA est employée⁹⁴. De l'autre côté, il existe désormais de nombreuses applications d'IA destinées à faciliter le processus de candidature, qu'il s'agisse d'applications qui aident à rédiger les lettres de motivation ou de programmes qui permettent de s'entraîner aux entretiens d'embauche⁹⁵. En outre, aujourd'hui déjà, le comportement sur les réseaux sociaux est associé aux performances au travail. Il devient donc de plus en plus important de savoir *si et comment* on se présente en ligne⁹⁶. En conclusion, plus la participation professionnelle et sociale dépend des compétences

⁹⁰ STILLER/TRKULJA, cité dans PÄRLI, *Digitale Klüft*.

⁹¹ WAAS, 125.

⁹² WAAS, 119.

⁹³ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 467.

⁹⁴ Voir PLACKIS-CHENG et al., 23 ss, pour des témoignages de candidates.

⁹⁵ Voir par exemple LanguageTool, DeepL Write, Scribber, Duden-Mentor, Grammarly ou Elegant CV, en tant qu'applications qui promettent de rédiger la lettre de motivation parfaite.

⁹⁶ WAAS, 129 s. ; pour une application qui analyse des données des réseaux sociaux voir par exemple « Manatal » ; PÄRLI/BALMER, 746.

numériques, plus il est nécessaire de disposer d'un cadre juridique qui empêche l'exclusion⁹⁷.

III. Réagir aux nouveaux défis par des moyens juridiques

A. Statu quo

Avant d'évoquer de possibles solutions pour garantir la protection contre la discrimination à l'embauche à l'ère de l'IA, il convient de donner un aperçu de la situation juridique actuelle.

1. Protection contre la discrimination

Il faut penser en premier lieu à l'interdiction de discrimination consacrée en droit international et constitutionnel. La Suisse a ratifié plusieurs traités internationaux qui prévoient la protection contre la discrimination, notamment dans le contexte professionnel. Bien que la Suisse connaisse un système moniste, le problème tient à ce que les interdictions de discrimination inscrites dans le droit international du travail font certes partie intégrante du droit suisse, mais n'ont pas d'effet direct sur les relations de travail de droit privé⁹⁸. Les interdictions de discrimination en droit international public s'adressent en premier lieu à l'Etat⁹⁹. Celui-ci est soumis en premier lieu à l'obligation minimale de s'abstenir de toute discrimination juridique (obligation de

⁹⁷ PÄRLI, *Digitale Kluft*.

⁹⁸ PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 123 ; PETERS/PETRIG, N 95.

⁹⁹ KELLER, § 38 N 18. La question de savoir dans quelle mesure les dispositions relatives à la protection contre la discrimination et à l'égalité de traitement contenues dans les traités internationaux ont un caractère *self-executing* est controversée, voir IMHOF, N 64, 77 et 123.

respecter)¹⁰⁰, c'est-à-dire qu'il ne peut adopter aucune disposition discriminatoire (en matière de droit du travail)¹⁰¹. En outre, il doit assurer une protection efficace contre la discrimination entre particuliers (obligation de protéger)¹⁰². Ainsi, les interdictions de discrimination prévues par le droit international dans les relations de travail de droit privé ont tout de même un effet dit indirect sur les tiers. En fin de compte, l'Etat est également tenu de contribuer activement, c'est-à-dire en façonnant les structures, à la prévention de la discrimination et de l'inégalité de traitement (obligation de réaliser)¹⁰³.

La Constitution fédérale consacre également une protection contre la discrimination à l'art. 8 Cst.¹⁰⁴. Le principe général d'égalité devant la loi est inscrit à l'art. 8 al. 1 Cst. L'interdiction spécifique et globale de discrimination se trouve quant à lui à l'art. 8 al. 2 Cst. En ce qui concerne la liste non exhaustive des motifs de discrimination, l'art. 8 al. 2 Cst. s'est inspiré des conventions internationales¹⁰⁵. Les motifs explicitement nommés sont l'origine, la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques et la déficience corporelle, mentale ou psychique. Cependant, cette garantie constitutionnelle n'a également aucun effet direct sur les relations entre particuliers¹⁰⁶. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent toutefois un effet indirect des droits fondamentaux dans ces relations¹⁰⁷. Il en va autrement de l'art. 8 al. 3 Cst. : l'égalité entre les sexes, en particulier le droit à l'égalité salariale, est directement applicable. L'égalité entre les sexes est concrétisée plus en détail dans la LEg. Finalement, l'art. 8 al. 4 Cst. comporte une obligation de protection envers les personnes handicapées pour le législateur. De manière générale, l'art. 35 al. 1 Cst. prévoit que les droits fondamentaux doivent être respectés dans l'ensemble de l'ordre juridique, et charge les autorités, à l'art. 35 al. 3 Cst., de veiller à leur réalisation dans les relations entre

¹⁰⁰ PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 158.

¹⁰¹ PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 136.

¹⁰² PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 137.

¹⁰³ PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 140 s.

¹⁰⁴ MÜLLER/SCHEFER, 683.

¹⁰⁵ Voir MÜLLER/SCHEFER, 711 ; KELLER, § 38 N 38.

¹⁰⁶ MÜLLER/SCHEFER, 711.

¹⁰⁷ ATF 111 II 245, c. 3b ; ATF 120 V 312, c. 3b ; SCHEFER, 235 ss ; KLEY, 433 ss.

particuliers également, dans la mesure où ils s'y prêtent¹⁰⁸. L'Etat est donc tenu de prendre des mesures positives pour garantir l'efficacité des droits fondamentaux entre particuliers, y compris l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 8 al. 2 Cst.¹⁰⁹.

2. Situation juridique de la discrimination à l'embauche¹¹⁰

Pour garantir la protection contre la discrimination lors du recrutement dans le secteur privé, il est nécessaire d'analyser les fondements de la non-discrimination au niveau législatif.

a. Discrimination fondée sur le sexe

Le législateur a déjà rempli ponctuellement l'obligation d'assurer les principes de la non-discrimination, par exemple en adoptant la LEg. Cette loi représente une importante limite à la liberté contractuelle, pendant toute la durée du contrat de travail – notamment déjà pendant la période de recrutement – et pour toutes les relations de travail privées ou publiques¹¹¹. L'art. 3 LEg constitue la disposition centrale, car elle ancre le principe de la non-discrimination : toute discrimination dans la vie professionnelle, en raison de l'état civil, de la situation familiale ou d'une grossesse est interdite¹¹². En matière d'emploi, le principe de non-discrimination, selon la LEg, signifie que personne ne doit être exclu ou défavorisé dans l'accès à un emploi en raison de son sexe¹¹³. Le refus d'une candidate à un poste de portier de nuit au motif qu'elle est une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe¹¹⁴. Il en va de même pour le refus d'embaucher une femme en raison de

¹⁰⁸ GöSKU, 90.

¹⁰⁹ GöSKU, 92.

¹¹⁰ Cette partie est basée sur PÄRLI/MEIER, 373 ss.

¹¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1297 ; K GIG-KAUFMANN, art. 3 N 4.

¹¹² Art. 3 al. 1 LEg.

¹¹³ Art. 3 al. 2 LEg ; K GIG-KAUFMANN, art. 3 N 18.

¹¹⁴ *gleichstellungsgesetz.ch*, Berne, cas 152 du 7 novembre 2019, non-embauche discriminatoire au poste de portière de nuit (« *Night-Auditor* ») : l'employeur a ouvertement admis dans sa lettre de refus que la candidate n'avait pas obtenu le poste en raison de son sexe. Les parties se sont ensuite mises d'accord avant la procédure de conciliation sur le versement d'un mois de salaire à la candidate rejetée.

sa grossesse¹¹⁵. La discrimination indirecte fondée sur le sexe est également interdite. Une telle discrimination est présumée lorsque des critères de sélection neutres peuvent être remplis par les deux sexes, mais qu'en réalité, ils affectent principalement les membres d'un seul sexe ; il en va notamment ainsi des exigences en matière de taille¹¹⁶, du refus ou de l'absence de prise en compte d'un emploi à temps partiel¹¹⁷, de l'expérience professionnelle, souvent moins présente chez les femmes, en particulier lorsqu'elle n'a aucun rapport avec le travail concret, et, dans certaines circonstances, l'absence de prise en compte d'expériences antérieures utiles dans le cadre du travail concret en question (par exemple le travail familial ou bénévole)¹¹⁸.

Les clauses contractuelles contraires à la LEg sont nulles, ce qui signifie que les travailleuses et les travailleurs peuvent invoquer directement l'interdiction de discrimination, même si elles et ils ont approuvé le contrat ou la décision. Une inégalité de traitement n'a pas de caractère discriminatoire si elle est objectivement justifiée¹¹⁹. Dans son message relatif à la LEg, le Conseil fédéral cite des cas dans lesquels le sexe peut être justifié comme critère essentiel pour l'exercice d'un travail. Il s'agit, par exemple, des professions des arts du spectacle ou de la mode (actrices et acteurs, chanteuses et chanteurs, mannequins et mannequins masculins, modèles, etc.), ou de circonstances particulières, telles que les emplois dans une institution sociale, par exemple un foyer pour femmes¹²⁰.

¹¹⁵ gleichstellungsgesetz.ch, Zurich, affaire 437 du 19 novembre 2020, discrimination à l'embauche en raison d'une grossesse : après avoir reçu une promesse d'embauche verbale, la candidate a informé l'entreprise qu'elle était enceinte de 12 semaines, après quoi on lui a fait savoir qu'elle ne pouvait finalement pas occuper le poste. Un homme a été embauché à sa place. Devant l'autorité de conciliation, les parties se sont mises d'accord sur une indemnité équivalente à deux mois de salaire.

¹¹⁶ Par exemple, dans la police, les pompiers, les compagnies aériennes, etc., ceci constitue une discrimination indirecte, car plus de femmes que d'hommes sont exclues d'emblée.

¹¹⁷ Selon l'OFS, 58,7 % des femmes actives et seulement 20,5 % des hommes travaillent à temps partiel, ce qui fait du travail à temps partiel une caractéristique typique de l'emploi féminin (disponible sur : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/caracteristiques-main-oeuvre/plein-temps-temps-partiel.html>).

¹¹⁸ K GIG-KAUFMANN, art. 3 N 29.

¹¹⁹ K GIG-KAUFMANN, art. 3 N 52.

¹²⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1325.

Les personnes qui sont victimes d'une discrimination à l'embauche n'ont droit « qu'au versement d'une indemnité par l'employeur », selon l'art. 5 al. 2 LEG. La condition préalable est que la candidature de la personne ait été rejetée de manière discriminatoire¹²¹. Malheureusement, la discrimination à l'embauche n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 6 LEG, qui prévoit en principe un allègement du fardeau de la preuve, de sorte qu'il suffit de démontrer les faits allégués au stade de la simple vraisemblance¹²². Concrètement, cela signifie qu'une candidate refusée doit apporter la preuve (stricte) que le refus d'embauche repose sur des motifs discriminatoires liés au sexe¹²³, conformément à la règle de preuve prévue à l'art. 8 du Code civil (CC¹²⁴).

b. Discrimination fondée sur d'autres motifs

La législation sur la protection des données peut aussi être pertinente en matière de protection contre la discrimination à l'embauche. La loi fédérale sur la protection des données (LPD¹²⁵) a pour but de protéger les droits fondamentaux et la personnalité des personnes dont les données sont traitées (art. 1 LPD). L'art. 328b CO régit la protection des données des personnes employées. Cette disposition de droit privé, qui s'apparente à une clause générale, interdit à l'employeur de traiter des données relatives aux personnes employées qui ne servent pas à évaluer l'aptitude de la candidate ou du candidat, ou qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat de travail. La doctrine et la pratique s'accordent aujourd'hui à dire que l'art. 328b CO s'applique dès la phase de recrutement¹²⁶. En vertu des art. 28 CC et 328b CO, les personnes candidates sont également protégées, lors de l'entretien d'embauche, contre l'obligation de divulguer des informations relatives à leur personnalité. La personne candidate peut répondre de manière évasive, voire inexacte aux questions qui ne sont objectivement pas pertinentes pour

¹²¹ K GIG-VOLODER, art. 13 N 50.

¹²² K GIG-STEIGER-SACKMANN, art. 6 N 103 et 108.

¹²³ Il n'est dès lors pas étonnant qu'il n'existe que six cas de discrimination à l'embauche dans la jurisprudence du TF entre 2004 et 2025. Dans quatre cas, la plainte des salariées a été rejetée. Dans aucun de ces cas le TF n'a accordé une indemnisation en raison d'une discrimination à l'embauche, voir LEMPEN/VOLODER, 30 ss.

¹²⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

¹²⁵ Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

¹²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 4 ; PÄRLI/BALMER, 752.

l'évaluation de ses aptitudes, sans que l'employeur ait pour autant le droit, par la suite, de résilier le contrat de travail avec effet immédiat¹²⁷. Dans la logique d'une protection cohérente contre la discrimination à toutes les étapes d'une relation de travail, l'art. 336 al. 1 let. a et b CO doit être considéré comme une autre ligne directrice pour déterminer les questions admissibles ou inadmissibles lors d'un entretien d'embauche. Si les questions de l'employeur visent les traits de personnalité ou l'exercice des droits constitutionnels de la candidate, c'est-à-dire des caractéristiques qui, selon l'art. 336 al. 1 let. a et b CO, protègent contre un licenciement abusif, elles sont considérées comme inutiles pour évaluer l'aptitude, et donc comme inadmissibles¹²⁸. Le principe de la bonne foi, inscrit dans la LPD (art. 6 al. 2 LPD), interdit par exemple la discrimination algorithmique qui ne peut être justifiée objectivement, ainsi que le principe d'exactitude des données, qui interdit l'utilisation de données entachées de préjugés erronés¹²⁹.

La LPD ne contient pas d'interdiction générale de discrimination. Toutefois, certaines données bénéficient d'une protection particulière, en vertu de l'art. 5 let. c LPD en relation avec l'art. 6 al. 7 LPD (les « données personnelles sensibles »¹³⁰). Il s'agit de données dont on suppose qu'elles représentent, en raison de leur sensibilité particulière, un risque élevé pour les droits de la personnalité de la personne concernée (potentiel particulier de discrimination et de stigmatisation)¹³¹. Selon l'art. 5 let. c LPD, il s'agit de données relatives aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, à la santé, à la sphère intime ou à l'appartenance raciale, ainsi que de données relatives à des mesures d'aide sociale, à des poursuites administratives ou pénales et à des sanctions. Le contenu de ces données correspond pour l'essentiel aux critères de discrimination protégés par le droit constitutionnel¹³². Leur traitement nécessite le consentement explicite de la personne concernée¹³³.

¹²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 19.

¹²⁸ PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*, N 1363.

¹²⁹ Art. 5 LPD.

¹³⁰ Art. 3 let. c LPD.

¹³¹ KASPER, 123.

¹³² Art. 8 al. 2 Cst.

¹³³ Art. 4 al. 5 LPD.

Lors du recrutement de nouveaux collaborateurs, les employeurs pratiquent souvent une discrimination à l'égard des personnes candidates fondée sur des caractéristiques liées à leur personnalité qui ne sont pas protégées par la législation (lois spéciales ou art. 8 al. 2 à 4 Cst.). Dans ce contexte, KASPER fait référence à la discrimination dite « liée au mode de vie », dans laquelle les personnes candidates à un emploi sont, par exemple, écartées de manière discriminatoire en raison de leur obésité ou de leur tabagisme¹³⁴.

Les art. 2 et 28 CC peuvent également assurer une protection contre la discrimination lors du recrutement. L'art. 2 CC prescrit l'obligation de négocier sérieusement, l'obligation de respect, l'obligation de ne pas tromper les partenaires de négociation et, élément central pour la protection contre la discrimination, l'obligation de ne pas porter atteinte aux biens juridiques de l'autre partie. En ce qui concerne le processus de candidature, on peut en déduire que l'employeur qui recrute est tenu de ne pas exclure des personnes du processus de candidature uniquement en raison de certaines caractéristiques personnelles, et de s'abstenir de toute déclaration ou comportement discriminatoire. La violation fautive des obligations découlant de l'art. 2 al. 1 CC peut entraîner une responsabilité pour *culpa in contrahendo*¹³⁵. Sur la base de cette figure juridique, le *Arbeitsgericht* zurichois a reconnu, dans une affaire datant de 2005, la responsabilité de l'employeur pour un refus d'embauche discriminatoire. Il s'agit de l'un des rares cas dans lesquels le tribunal a accordé une réparation morale¹³⁶.

L'art. 28 CC peut être considéré comme un moyen créé par le législateur pour intégrer les droits fondamentaux dans le droit privé¹³⁷. L'art. 28 CC stipule que toute personne qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut saisir le tribunal. La personnalité, au sens de l'art. 28 CC, est définie par le Tribunal fédéral comme « tout ce qui contribue à l'individualisation d'une personne et qui, au regard des relations entre les individus et dans le cadre des bonnes mœurs, apparaît comme digne de protection »¹³⁸. Les caractéristiques

¹³⁴ Pour plus de détails, voir KASPER, 115 ss.

¹³⁵ PÄRLI, *Anstellungsdiskriminierung*, 23 ss.

¹³⁶ AG ZH AN 050402/U1 du 13 janvier 2006, c. 5.6c. Et concernant cet arrêt, voir PÄRLI, *Anstellungsdiskriminierung*, 23 ss.

¹³⁷ GÖSKU, 95.

¹³⁸ ATF 143 III 297, c. 6.4.1 ; ATF 70 II 127, c. 2 ; ATF 45 II 623, c. 1.

protégées par les interdictions de discrimination prévues par le droit international et constitutionnel, telles que l'origine, le sexe, le handicap, etc., constituent des aspects fondamentaux de la personnalité et sont donc protégées par l'art. 28 CC¹³⁹. En vertu de cette disposition, les atteintes à la personnalité et, par conséquent, indirectement, les droits fondamentaux considérés comme partie intégrante de la personnalité, peuvent être portés devant les tribunaux. En ce sens, l'art. 28 CC sert de lien entre le droit public et le droit privé, ce qui permet l'intégration des droits fondamentaux liés à la personnalité dans le droit privé¹⁴⁰. Quiconque subit une atteinte illicite à la personnalité peut soulever les moyens de droit prévus à l'art. 28a CC. Cependant, dans les cas de refus d'embauche discriminatoire, ceux-ci ne sont guère efficaces, car même une action en suppression ne conduit pas à une embauche rétroactive. En outre, aucun allègement du fardeau de la preuve est prévu. Il ne reste donc à la candidate rejetée que la possibilité d'intenter une action en dommages-intérêts ou, en cas d'atteinte grave à la personnalité, d'obtenir une réparation morale (art. 28 al. 3 CC en relation avec art. 49 CO)¹⁴¹. Les frais de candidature pourraient éventuellement être réclamés à titre de dommages-intérêts¹⁴².

3. Conclusion intermédiaire

Comme il n'existe pas de loi générale contre la discrimination en Suisse¹⁴³, la situation juridique en matière de discrimination à l'embauche, telle que décrite ci-dessus, ressemble plutôt à un *patchwork*¹⁴⁴. Même s'il existe un recours juridique, la personne qui veut obtenir un emploi se trouve dans une situation précaire, car elle doit prouver la discrimination sans pouvoir bénéficier d'un allègement du fardeau de la preuve¹⁴⁵.

¹³⁹ NAGUIB, 1007.

¹⁴⁰ GÖSKU, 95 ; NAGUIB, 1006.

¹⁴¹ Voir l'octroi d'une indemnité dans ces deux cas de discrimination à l'embauche : TRIPAC VD T304.021563 du 1 juin 2005 et AG ZH AN 050402/U1 du 13 janvier 2006.

¹⁴² NAGUIB et al., N 349.

¹⁴³ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 469 s.

¹⁴⁴ PÄRLI/MEIER, 371.

¹⁴⁵ PÄRLI/MEIER, 375 ; STÖCKLIN, N 25.

L'intervention de l'IA aggrave les problèmes existants. Se posent alors, entre autres, des questions relatives à l'imputation et à la responsabilité des « actes » de l'IA¹⁴⁶, ainsi que la question épineuse de la preuve d'une discrimination désormais algorithmique¹⁴⁷.

4. Situation juridique concernant la réglementation de l'IA

Alors que les organisations internationales, y compris l'UE, sont en train de réglementer l'IA, la Suisse se montre toujours hésitante. En 2021, un rapport a été publié dans lequel un groupe de travail interdépartemental est parvenue à la conclusion « [qu'] aucune mesure supplémentaire [n'était] nécessaire »¹⁴⁸. Depuis lors, divers intervenants ont demandé que des réglementations relatives à l'IA soient adoptées¹⁴⁹. Par conséquent, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) de présenter un nouveau rapport sur les approches réglementaires possibles. Ce rapport reconnaît maintenant qu'il existe un besoin supplémentaire de réglementation. Trois approches possibles sont analysées : « Poursuite des activités de réglementation thématiques et sectorielles », « Ratification de la Convention sur l'IA [du Conseil de l'Europe] avec une mise en œuvre minimale ou plus étendue » et « Ratification de la Convention sur l'IA et mise en œuvre sur le modèle de l'AI Act de l'UE »¹⁵⁰. Le Conseil fédéral a décidé de ratifier la convention sur l'IA du Conseil de l'Europe et présentera les ajustements législatifs nécessaires d'ici fin 2026¹⁵¹. Nous reviendrons plus tard sur des solutions possibles et quelques propositions de réglementation.

¹⁴⁶ STÖCKLIN, N 29 ss ; BRAUN BINDER et al., N 40 ss.

¹⁴⁷ STÖCKLIN, N 30 ss et 49.

¹⁴⁸ THOUVENIN/VOLZ, 614 ; Intelligence artificielle : la Suisse bénéficie de bonnes conditions, Rapport du 13 décembre 2019 du groupe de travail interdépartemental Intelligence artificielle au Conseil fédéral (2019) : « Défis de l'intelligence artificielle », disponible à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=77514> (consulté le 12 septembre 2025).

¹⁴⁹ THOUVENIN/VOLZ, 614 s.

¹⁵⁰ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 19 s.

¹⁵¹ Voir Communiqué CF du 12 avril 2025 (nbp 7), 7.

Actuellement, la réglementation de l'IA se limite encore aux recours juridiques généraux. Ici, l'accent est mis sur les normes de la LPD, du CO et du CC disponibles pour faire face aux risques principaux de l'IA, à savoir le manque de transparence, les risques de discrimination et la protection des données¹⁵².

a. La loi sur la protection des données

Les normes de la LPD sont explicitement applicables à l'IA¹⁵³. Elles couvrent actuellement déjà des discriminations qui surviennent lors du traitement de données à caractère personnel : l'art. 1 LPD protège les droits fondamentaux et la personnalité des personnes concernées, ainsi une discrimination est contraire au principe de bonne foi énoncé à l'art. 6 al. 2 LPD¹⁵⁴. En outre, l'art. 21 LPD réglemente les décisions individuelles automatisées : « [l]e responsable du traitement informe la personne concernée de toute décision qui est prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui a des effets juridiques pour elle ou l'affecte de manière significative ». La personne concernée a le droit d'exprimer son point de vue et d'exiger une vérification par un être humain¹⁵⁵. Selon l'art. 25 LPD, la personne concernée a en outre le droit d'exiger des informations supplémentaires sur « la logique sur laquelle se base la décision » pour pouvoir faire valoir ses droits¹⁵⁶. Dans le contexte de l'IA, ces normes atteignent des limites, car l'un des problèmes de l'IA est précisément que tous les processus ne sont plus compréhensibles¹⁵⁷ et que le fonctionnement de l'IA, qui consiste à comparer des ensembles de données, rend plus difficile la distinction entre

¹⁵² Cf. aussi THOUVENIN/VOLZ, 624 ; DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 10 s.

¹⁵³ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 13 ; PFPDT, Update du 9 Mai 2025, La loi actuelle sur la protection des données est directement applicable à l'IA, disponible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/update-loi-actuelle-applicable-ia> (consulté le 13 septembre 2025).

¹⁵⁴ THOUVENIN/VOLZ, 628 s.

¹⁵⁵ Art. 21 al. 2 et 3 LPD ; THOUVENIN/VOLZ, 633.

¹⁵⁶ Art. 25 al. 2 let. f LPD ; THOUVENIN/VOLZ, 634.

¹⁵⁷ THOUVENIN/VOLZ, 633.

les données factuelles et les données personnelles¹⁵⁸. En outre, les dispositions sont limitées à des décisions entièrement automatiques, ce qui semble aussi trop étroit dans le contexte de l'IA, notamment dans la lumière du *automation bias* mentionné auparavant¹⁵⁹.

Dès lors qu'il est très difficile de détecter a posteriori les discriminations liées à l'IA, comme nous l'avons montré, une autre approche pourrait consister à évaluer ex ante les risques liés à l'utilisation de l'IA. L'art. 22 LPD fournit une base à cet effet : « [L]orsque le traitement envisagé est susceptible d'entraîner un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, le responsable du traitement procède au préalable à une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles. S'il envisage d'effectuer plusieurs opérations de traitement semblables, il peut établir une analyse d'impact commune »¹⁶⁰. L'évaluation de risque – qui contient également une description du traitement envisagé – doit non seulement tenir compte des conséquences négatives pour la personnalité, mais aussi du risque de perte de l'autodétermination informationnelle. Le refus d'embauche peut, par exemple, constituer un possible dommage dans ce contexte¹⁶¹.

En matière d'autodétermination informationnelle, l'art. 32 LPD prévoit en outre que la personne concernée peut demander la rectification de données personnelles inexactes, sauf si une disposition légale s'y oppose ou si les données sont traitées à des fins d'archivage dans l'intérêt public. Elle peut aussi exiger qu'un traitement déterminé de données soit interdit, que la communication des données à des tiers soit interdite, ou que les données soient effacées ou détruites. En cas de contestation sur l'exactitude des données, une mention de la contestation peut être ajoutée. Les mesures de rectification, de destruction, d'interdiction ou la mention de contestation peuvent être communiquées à des tiers ou publiées. Pour les actions visant la protection de la personnalité, l'article renvoie aux dispositions correspondantes du Code civil (art. 28 ss CC).

¹⁵⁸ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 13 ; cf. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 463.

¹⁵⁹ THOUVENIN/VOLZ, 634.

¹⁶⁰ Art. 22 al. 1 LPD.

¹⁶¹ GILLIÉRON, art. 22 N 24, cité dans *Analyse juridique de base*, 52 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, N 149.

b. Le Code civil suisse et le droit des obligations

L'art. 28 CC, protection contre une atteinte illicite à la personnalité, couvre en principe également les atteintes causées par l'IA, car il s'agit d'une norme capable de s'adapter aux évolutions technologiques¹⁶². De manière similaire, l'art. 41 CO reste applicable dans le contexte de l'IA¹⁶³. Cependant, se posent de multiples problèmes : entre autres, des questions relatives à l'imputation et à la responsabilité des « actes » de l'IA¹⁶⁴, ainsi que la question cruciale de la preuve d'une discrimination désormais algorithmique¹⁶⁵. Dans ces cas, il appartient donc aux tribunaux de trouver une solution équitable au cas par cas¹⁶⁶.

5. Situation juridique de la discrimination à l'embauche à l'ère de l'IA

Outre les règles générales applicables dans le contexte de la réglementation de l'IA, la protection garantie par les normes spécifiques du droit de travail et la LEg joue également un rôle dans le contexte de l'embauche. L'interdiction générale de discrimination prévue par le droit du travail à l'art. 328 CO, qui prévoit que certains groupes de travailleuses et travailleurs ne doivent être défavorisés ni directement, ni indirectement (en raison de leur origine, de leur âge, de leur sexe, etc.), est également applicable. Il est donc interdit de programmer des algorithmes à cette fin¹⁶⁷. L'application de cette norme est très étendue en raison du renvoi à la notion de la personnalité. Mais il reste les difficultés de preuve et le manque de sanctions effectives¹⁶⁸. En conséquence, dès qu'une IA traite des données personnelles des candidates et candidats, ou qu'elle propose ou impose des solutions décisionnelles, un besoin législatif peut être identifié¹⁶⁹.

¹⁶² THOUVENIN/VOLZ, 629 s. ; DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 10.

¹⁶³ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 10.

¹⁶⁴ STÖCKLIN, N 29 ss ; BRAUN BINDER et al., 40 ss.

¹⁶⁵ STÖCKLIN, N 30.

¹⁶⁶ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 10.

¹⁶⁷ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 470.

¹⁶⁸ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 470 s.

¹⁶⁹ DETEC, *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*, 10.

Comme mentionné ci-dessus, la LEg reste applicable lorsqu'une discrimination fondée sur le sexe est causée par une IA¹⁷⁰. Mais les difficultés liées à l'administration de la preuve s'accroissent et le fait que l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas dans les cas de discrimination à l'embauche devient d'autant plus préoccupant¹⁷¹.

En ce qui concerne la protection des données, l'art. 328b CO, en lien avec la LPD, est également une possible base de responsabilité¹⁷². Selon l'art. 328bCO, « [l']employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail »¹⁷³. Cette restriction, au nom de la proportionnalité, est également inscrite à l'art. 6 LPD¹⁷⁴. Par conséquent, l'examen approfondi de la personnalité dans son ensemble nécessiterait un consentement explicite¹⁷⁵. Le *screening* des personnes candidates sur Internet, y compris sur les réseaux sociaux, n'est donc pas autorisé, car il implique la collecte des informations qui ne sont pas pertinentes pour l'évaluation de l'aptitude¹⁷⁶. Selon WILDHABER, LOHMANN et KASPER, on peut se demander si le lien professionnel exigé par l'art. 328b CO est établi lorsque l'algorithme prend en compte des données dont le contenu informatif réside dans la corrélation entre des données non liées au travail et les performances professionnelles¹⁷⁷. En outre, dans des cas de discrimination par des *proxies*, la protection des données personnelles particulièrement sensibles (il s'agit d'informations relatives à des traits de personnalité, tels qu'ils sont également mentionnés à l'art. 8 al. 2 Cst.), inscrite à l'art. 5 let. c LPD, peut également être compromise, car ces caractéristiques ne sont justement pas prises en compte¹⁷⁸.

¹⁷⁰ Cf. STÖCKLIN, N 25 ; THOUVENIN/VOLZ, 628.

¹⁷¹ Cf. STÖCKLIN, N 25, 30, 49.

¹⁷² STÖCKLIN, N 26.

¹⁷³ Pour des informations supplémentaires voir PÄRLI/BALMER, 765.

¹⁷⁴ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 478 ; PÄRLI/BALMER, 750 et 755 s.

¹⁷⁵ Art. 6 al. 6 LPD. PÄRLI/BALMER, 757 et 768..

¹⁷⁶ PÄRLI/BALMER, 769 (pour les opinions contraires, voir nbp 161).

¹⁷⁷ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 479.

¹⁷⁸ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 479 ; pour les données personnelles particulièrement sensibles voir PÄRLI/BALMER, 759.

Cependant, la protection et les critères de discrimination prévus aujourd'hui dans les lois pertinentes ne couvrent pas du tout l'ensemble des situations d'inégalité de traitement ou de biais.

B. Situation juridique dans l'UE¹⁷⁹

Dans l'UE, ils existent des diverses approches de protection contre la discrimination et d'autres risques associés à l'IA.

Le Règlement général sur la protection des données (RGPD¹⁸⁰) constitue un point de départ pertinent pour les nouvelles technologies¹⁸¹. Il garantit déjà certains droits sur le traitement des données personnelles : l'art. 22 RGPD inclut le droit à la transparence, et une protection (limitée¹⁸²) contre des décisions exclusivement automatisées – « y compris le profilage »¹⁸³ – qui ont des effets juridiques (ou des conséquences d'une gravité comparable) à l'égard de la personne concernée¹⁸⁴. L'art. 22 RGPD n'interdit pas le profilage en soi, mais uniquement lorsqu'il sert de base à des décisions entièrement automatisées. En outre, la limite du profilage autorisé est atteinte « lorsque des traits de personnalité non pertinents pour l'activité ou des informations non spécifiques à la profession doivent être évalués »¹⁸⁵. Complétant les règles générales de transparence, les art. 13 à 15 RGPD contiennent également certaines dispositions qui établissent un droit à l'information concernant des décisions automatisées, y inclus le profilage et les conséquences qui en résultent¹⁸⁶. En outre, le RGPD offre des possibilités de renforcer les droits collectifs : les syndicats et d'autres groupes d'intérêt peuvent, dans le cadre de

¹⁷⁹ Une grande partie de cette section est basée sur une autre contribution des auteurs.

¹⁸⁰ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), du 4 mai 2016 (RGPD ; JO L 119).

¹⁸¹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Transition numérique*, 13.

¹⁸² A propos des faiblesses dans la protection, voir WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 480.

¹⁸³ Art. 22 al. 1 RGPD.

¹⁸⁴ CLIFFORD et al., 1 ss ; ZUIDERVEEN BORGESIU, 22 s.

¹⁸⁵ HERSEMEYER/LUDOLPH, 60.

¹⁸⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, 23 s.

l'art. 40, para. 2, RGPD, intervenir pour garantir un traitement adéquat des données des travailleurs¹⁸⁷. Finalement, il convient de souligner la possibilité d'une analyse d'impact relative à la protection des données à l'art. 35 RGPD pour identifier les causes de la discrimination algorithmique¹⁸⁸.

Le Règlement sur l'IA fait partie de la stratégie digitale de l'UE, préparant la voie pour les nouvelles technologies, sans toutefois compromettre les droits fondamentaux¹⁸⁹. Ainsi, les systèmes d'IA sont classifiés par niveaux de risque qu'ils posent, pour adapter ensuite une réglementation plus ou moins stricte¹⁹⁰. Pour donner un exemple actuel : dans le domaine des plateformes, l'utilisation d'algorithmes est répandue pour la gestion des ressources humaines¹⁹¹. Cependant, leur fonctionnement reste opaque pour les travailleurs. Le Règlement sur l'IA classe les systèmes d'IA utilisés pour des questions liées à l'emploi comme « risque élevé », nécessitant une réglementation importante¹⁹² : « Les systèmes d'IA utilisés pour des questions liées à l'emploi, à la gestion de la main-d'œuvre et à l'accès à l'emploi indépendant, en particulier pour le recrutement et la sélection de personnes, pour la prise de décisions affectant les conditions des relations professionnelles, ainsi que la promotion et la résiliation des relations professionnelles contractuelles, pour l'attribution de tâches fondée sur le comportement individuel, les traits de personnalité ou les caractéristiques personnelles et pour le suivi ou l'évaluation des personnes dans le cadre de relations professionnelles contractuelles, devraient également être classés comme étant à haut risque car ces systèmes peuvent avoir une incidence considérable sur les perspectives de

¹⁸⁷ JOHNSTON/SILBERMAN, 4 ss.

¹⁸⁸ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 481.

¹⁸⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Impact assessment*, 5 s. et 10 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc*, 9 ss ; PARLEMENT EUROPÉEN, *Renforcer la confiance dans l'IA*, 4 ss.

¹⁹⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Ethics Guidelines*, 37 ss ; SMUHA et al., 2 et 11 ss ; *Règlement sur l'IA*, art. 9.

¹⁹¹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Proposition de la Commission : directive sur le travail de plateforme*, 9.

¹⁹² *Règlement sur l'IA*, art. 57 ; cf. aussi VEALE/ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 102 ss ; WAAS, 74 ss. Pour une analyse critique, voir SMUHA et al., 13 et 29 ss ; cf. aussi EBERS et al., 598 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc*, 21 ; PARLEMENT EUROPÉEN, *Proposition de la Commission : directive sur le travail de plateforme*, 9.

carrière et les moyens de subsistance de ces personnes ainsi que sur les droits des travailleurs »¹⁹³.

Récemment, la Directive sur l'amélioration des conditions de travail pour les travailleuses et les travailleurs de plateforme s'est ajoutée à ce système réglementaire¹⁹⁴. Les deux aspects les plus innovants de cet « accord historique »¹⁹⁵ sont la présomption légale d'une relation de travail et une nouvelle réglementation de la gestion algorithmique. S'y ajoutent des droits regardant la transparence du travail sur les plateformes. En ce qui concerne des aspects procéduraux, l'exercice collectif des droits est renforcé.

Pour garantir l'équité, la transparence, ainsi qu'une gestion algorithmique responsable, la directive introduit des nouveaux droits à l'information dans son chapitre III, complétant la nouvelle loi sur l'IA et le RGPD¹⁹⁶. Considérant le traitement des données à caractère personnel, la directive envisage des garanties qui vont au-delà de ce que prévoit le RGPD¹⁹⁷. L'art. 7 définit à son paragraphe 1, let. a à f, un cadre pour les catégories de données qui ne peuvent être traitées par les plateformes : par exemple, des données touchant l'état psychologique, ou des données étant susceptibles d'avoir des effets discriminatoires, telles que l'origine raciale, le handicap, l'affiliation syndicale, ou l'orientation sexuelle d'une personne¹⁹⁸. L'art. 8 de la Directive établit un lien avec l'obligation de réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données, inscrite à l'art. 35 RGPD. Le responsable du traitement (au sens du RGPD) des données à caractère personnel par une plateforme de

¹⁹³ *Règlement sur l'IA*, art. 57.

¹⁹⁴ Directive (UE) n° 2024/2831 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2024 relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), PE/89/2024/REV/1 (JO L 2024/2831) (ci-après : *Directive de plateforme*).

¹⁹⁵ ELISABETTA GUALMINI, citée dans : EURACTIV, L'UE signe un accord « historique » sur la protection des travailleurs des plateformes (disponible sur : https://euractiv.fr/news/lue-signe-un-accord-historique-sur-la-protection-des-travailleurs-des-plateformes/?_ga=2.165007423.161209048.1705402023-1592128336.1705402023, consulté le 1^{er} décembre 2024).

¹⁹⁶ Sur ce sujet, voir par exemple : KANDOV, 659 ss ; VEALE/ZUIDERVEEN BORGESIJUS, 97 ss et 102 ss ; JOHNSTON/SILBERMAN, 4 ss.

¹⁹⁷ KANDOV, 659 ss.

¹⁹⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, *Proposition de la Commission : directive sur le travail de plateforme*, 19 et 42.

travail numérique doit inclure les travailleurs de la plateforme dans l'évaluation du processus de traitement des données. Les résultats de l'analyse d'impact doivent également être présentés aux représentants des travailleuses et des travailleurs. L'art. 9 de la Directive exige la transparence en lien avec les systèmes automatisés de surveillance et de décision. Les Etats membres doivent prévoir des règles complètes pour les plateformes de travail numériques permettant aux travailleurs d'identifier et de comprendre le fonctionnement des systèmes automatisés de contrôle et de décision. Les opérateurs de plateformes doivent fournir ces informations requises sous une forme compréhensible et facilement accessible. De plus, les art. 10 à 12 introduisent des mécanismes de contrôle pour limiter les impacts négatifs de la gestion algorithmique. Ces dispositions visent à garantir que les systèmes automatisés ne génèrent ni de pression excessive, ni de risques pour la santé physique ou psychologique des travailleurs. En outre, le contrôle et la surveillance humaine de ces systèmes doivent être garantis : une personne de contact doit rendre suffisamment compréhensible la manière dont ces décisions ont été prises. En outre, aucune *décision importante* ne pourra être influencée par l'usage des algorithmes, mais devra être prise par un être humain : « [t]oute décision de limitation, de suspension ou de résiliation de la relation contractuelle ou du compte d'une personne exécutant un travail via une plateforme, ou toute autre décision entraînant un préjudice équivalent, est prise par un être humain »¹⁹⁹.

De plus, l'UE connaît différentes législations anti-discrimination. Elles sont également un point de départ pertinent pour faire face à la discrimination à l'embauche par l'IA²⁰⁰. La prohibition générale de discrimination est ancrée dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la Charte)²⁰¹ à l'art. 21, et le principe d'égalité de traitement à l'art. 23²⁰². Il existe deux directives qui concrétisent ces principes pour le domaine de l'emploi : la « directive [...] relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité

¹⁹⁹ PARLEMENT EUROPÉEN, *Proposition de la Commission : directive sur le travail de plateforme*, art. 10 ; PARLEMENT EUROPÉEN, *Evaluation de l'impact*, 11.

²⁰⁰ ZUIDERVEEN BORGESUIS, 18 ss ; MALORNY, 170 et 178.

²⁰¹ Art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (JO C 364), pour la version telle qu'elle figure dans l'éd. 2016, voir JO C 202, 7 juin 2016 (CELEX 12016P/TXT), N 389-405 (ci-après : *la Charte*).

²⁰² MALORNY, 171.

de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail »²⁰³ et la « directive [...] portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail »²⁰⁴. En outre, il existe une protection du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, applicable dans tout domaine de la vie²⁰⁵. Mais bien que la législation contre les discriminations protège contre les discriminations directes et indirectes et pourrait alors couvrir des cas de discrimination par l'IA, la protection contre la discrimination a aussi des limites concernant les décisions d'une IA : les normes sont assez vagues et difficiles à appliquer aux cas de discrimination indirecte dans la pratique. La personne concernée doit « prouver qu'une règle, une pratique ou une décision apparemment neutre affecte de manière disproportionnée un groupe protégé »²⁰⁶, et est donc *prima facie* discriminatoire²⁰⁷. Souvent, des données statistiques sont utilisées pour démontrer cet effet disproportionné. Cependant, l'allégation de discrimination peut être réfutée si une justification objective peut être invoquée²⁰⁸. Ici, le défi de *black box* devient de nouveau apparent. En outre, la protection contre la discrimination reste limitée aux caractéristiques protégées, ce qui cause également des lacunes dans la législation anti-discriminations du cadre juridique de l'UE²⁰⁹.

Enfin, il convient de mentionner brièvement deux actions législatives de l'année 2022 : la première est une proposition de directive sur la responsabilité

²⁰³ Directive n° 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), du 26 juillet 2006 (JO L 204), 23 à 36.

²⁰⁴ Directive n° 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, du 2 décembre 2000 (JO L 303), 16 à 22.

²⁰⁵ Directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, du 19 juillet 2000 (JO L 180), 22 à 26.

²⁰⁶ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 19.

²⁰⁷ Pour l'allègement insuffisant de la preuve, voir WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 476.

²⁰⁸ Voir par exemple ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 19 s. ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 475 s.

²⁰⁹ ZUIDERVEEN BORGESIOUS, 20 ; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 475 s.

en matière d'IA, qui a toutefois déjà été retirée par la Commission²¹⁰ ; l'idée était de régler le problème de la responsabilité dans les cas d'utilisation de l'IA. Il s'agissait notamment de clarifier les causalités, de faciliter l'accès aux preuves et de créer ainsi un niveau de protection uniforme²¹¹. La deuxième initiative, dans ce contexte, était la révision de la directive sur la responsabilité du fait des produits²¹² afin d'y inclure les produits d'IA²¹³, et s'est avérée fructueuse. Elle vise à faciliter l'accès des consommatrices et consommateurs à une protection juridique en cas de produit d'IA défectueux²¹⁴.

C. Solutions proposées

Comme indiqué ci-dessus, il existe déjà une certaine protection contre les discriminations liées à l'IA dans le processus d'embauche. Cependant, plusieurs points nécessitant des mesures supplémentaires ont également été identifiés.

1. La loi sur l'égalité entre femmes et hommes

La législation relative à l'égalité des sexes contient déjà certains mécanismes de protection. Cependant, le fait que l'allègement du fardeau de la preuve ne s'applique pas dans ce domaine est problématique. Comme décrit ci-dessus, il est particulièrement difficile de déterminer et de prouver qu'il y a eu discrimination lorsque celle-ci se fait par un système d'IA. Si l'on élargissait et, le cas échéant, renforçait l'allègement de la charge de la preuve prévu à l'art. 6 LEg, cela permettrait de mieux recenser les cas de discrimination

²¹⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2022 relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (Directive sur la responsabilité en matière d'IA), (COM/2022/496 final).

²¹¹ HERSEMEYER/LUDOLPH, 61.

²¹² Directive (UE) n° 2024/2853 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2024 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et abrogeant la directive n° 85/374/CEE du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), PE/7/2024/REV/1, du 18 novembre 2024 (ci-après : Directive [UE] n° 2024/2853).

²¹³ Voir art. 4 al. 1 Directive (UE) n° 2024/2853.

²¹⁴ HERSEMEYER/LUDOLPH, 62.

fondée sur le sexe dans les procédures de recrutement. Il semble aussi pertinent de réduire les obstacles procéduraux afin que les personnes concernées osent demander une protection juridique²¹⁵. On pourrait également penser à des recours collectifs pour renforcer la position des personnes concernées : comme déjà dit, les discriminations liées à l'IA ne deviennent souvent visibles et surtout prouvables qu'à grande échelle. Il est donc nécessaire que les informations puissent être échangées et réunies. Mais, en fin de compte, ces modifications ne couvriraient toutefois que les discriminations fondées sur le sexe.

2. La loi sur la protection des données

Une manière dont on peut concevoir le développement de la protection contre les discriminations est d'y appliquer le droit de la protection de données, ce qui permettrait une protection plus complète dans le contexte des nouvelles technologies²¹⁶, car le droit de la protection des données n'est pas limité par des motifs de discrimination²¹⁷. Ainsi, un développement du droit de la protection des données est à notre avis envisageable, et nécessaire. Cela concerne en particulier le profilage, la protection contre (toutes) les décisions automatisées et la possibilité des personnes concernées de lutter efficacement contre les violations de la protection des données. Il convient donc d'examiner dans quelle mesure les recours en matière de protection des données sont utiles pour lutter contre la discrimination à l'embauche dans l'ère de l'IA.

Tout d'abord, il convient de noter brièvement que dans la LPD également, les motifs de discrimination énoncés à l'art. 5 let c. LPD (la notion de données personnelles particulièrement sensibles) ne couvrent pas toutes les constellations de discrimination qui surviennent à cause de l'IA. Outre les critères de discrimination classiques, d'autres facteurs peuvent également entraîner une discrimination à l'égard de certains groupes de personnes. Des corrélations dissimulées et des discriminations *proxy* rendent la situation moins claire. A l'ère de l'IA, par exemple, la position sociale a une forte

²¹⁵ Cf. THOUVENIN/VOLZ, 628.

²¹⁶ Voir aussi WILDHABER/LOHMANN/KASPER, 477.

²¹⁷ Voir les explications ci-dessus concernant les données personnelles particulièrement sensibles et les décisions entièrement automatisées.

incidence, ce qui renforce encore davantage les inégalités existantes (voir ci-dessus les développements relatifs à la fracture numérique). La norme devrait être interprétée de manière à prendre également en compte d'autres biais et inégalités. En effet, le traitement de données personnelles particulièrement sensibles nécessite, entre autres, le consentement explicite de la personne concernée (art. 6 al. 7 LPD), et une analyse d'impact relative à la protection des données doit être effectuée en cas de traitement à grande échelle (art. 21 al. 2 LPD). Il conviendrait d'examiner si cette protection pourrait également être étendue à de nouveaux besoins en matière de protection contre la discrimination à grande échelle.

Dans le contexte professionnel, la question du profilage se pose, entre autres, en lien avec les décisions automatisées. Bien que le profilage ne soit pas explicitement mentionné dans la LPD, cela paraît évident dans ce contexte, notamment au regard de l'art. 22 RGPD. Le profilage est défini dans la LPD comme « toute forme de traitement automatisé de données personnelles consistant à utiliser ces données pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique »²¹⁸. Dans le contexte de l'embauche dans le secteur privé, il y aura même probablement un profilage à risque élevé dans la plupart des cas : « tout profilage entraînant un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, parce qu'il conduit à un appariement de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique »²¹⁹. Cette classification de toute application d'IA qui crée des profils de candidats et collecte à cette fin des informations – allant souvent au-delà des documents de candidature – suffirait pour rendre nécessaire le consentement explicite de la personne concernée. Si, en outre, une décision entièrement automatisée est prise sur la base du profilage automatisé, les obligations d'information prévues à l'art. 21 LPD s'appliqueraient. La personne concernée pourrait en plus exercer son droit d'accès afin d'obtenir des informations sur le fonctionnement du système décisionnel

²¹⁸ Art. 5 let. f LPD.

²¹⁹ Art. 5 let. g LPD.

(art. 25 al. 2 let. f LPD)²²⁰ – même si la manière dont cette disposition pourrait s'appliquer en pratique n'est pas claire, car les responsables ne comprennent souvent pas eux-mêmes le système.²²¹ Enfin, une analyse d'impact selon l'art. 22 LPD relative à la protection des données pourrait également s'avérer nécessaire.

Pour revenir plus en détail sur la question des décisions automatisées, comme mentionné ci-dessus, la protection ne s'applique actuellement qu'aux décisions entièrement automatisées. Or, comme nous l'avons déjà montré, il existe, d'une part, un *automation bias* qui fait que les décisions semi-automatisées équivalent, en substance, à des décisions entièrement automatisées, et, d'autre part, les décisions semi-automatisées peuvent entraîner des conséquences tout aussi graves sur la personnalité et les droits fondamentaux. Cette disposition devrait donc être étendue de manière à couvrir toutes les décisions automatisées²²².

Finalement, les actions en matière de la protection (élargie) des données pourraient être simplifiées en renforçant l'instrument existant des « [e]nquêtes concernant des violations des prescriptions de protection des données » menée par le PFPDT à l'art. 49 LPD²²³. Si les personnes concernées pouvaient plus facilement porter plainte en cas de suspicion de discrimination par un système de boîte noire, cela réduirait la charge de la preuve pour l'individu. Il serait souhaitable que les analyses des boîtes noires suffisent à prouver l'existence d'une discrimination, afin que l'utilisateur doive alors réfuter cette accusation et prouver que des mesures ont été prises pour éviter toute discrimination²²⁴.

²²⁰ PÄRLI/BALMER, 785.

²²¹ Cf. THOUVENIN/VOLZ, 633 ; BRAUN BINDER et al., N 12.

²²² Cf. THOUVENIN/VOLZ, 634 ; *Analyse juridique de base*, 54.

²²³ Cf. THOUVENIN/VOLZ, 629.

²²⁴ WAAS, 133.

3. L'approche collective

De manière très générale, des recours collectifs pourraient renforcer la position des personnes concernées²²⁵ : une seule personne candidate a des difficultés de prouver des tendances discriminatoires d'un système d'IA, mais collectivement, les biais peuvent être rendu visibles. La protection juridique collective permet également de réduire l'asymétrie des informations concernant le fonctionnement des systèmes d'IA. Actuellement, aucune CCT ne semble contenir de dispositions plus détaillées sur l'IA. Cela pourrait constituer un bon point de départ. Les syndicats *Syndicom* et *Transfair*, par exemple, ont lancé une initiative visant à intégrer des dispositions relatives à l'IA dans la CCT de Swisscom. Dans leur prise de position, ils mentionnent « les droits de consultation et de participation des employé-es »²²⁶ en tant que mesures importantes.

Bibliographie

BAROCAS SOLON/SELBST ANDREW D., Big Data's disparate impact, in : California Law Review 104 (2016), 671 ss.

BRAUN BINDER NADJA et al., Künstliche Intelligenz : Handlungsbedarf im Schweizer Recht, in : Jusletter du 28 juin 2021.

CLIFFORD DAMIAN et al., A Right of Social Dialogue on Automated Decision-Making : From Workers' Right to Autonomous Right, in : Technologie und Regulierung 2023, 1 ss.

EBERS MARTIN et al., The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society, in : RAILS J 4 (2021), 589 ss.

GILLIÉRON PHILIPPE, art. 22, in : Meier/Métille (édit.), Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire Romand, Bâle 2023, 438 ss.

²²⁵ WAAS, 134 s.

²²⁶ Disponible sur : <https://syndicom.ch/fr/intelligence-artificielle> (consulté le 15 septembre 2025).

GÖKSU TARKAN, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, in : RSJ 98/2002, 90 ss.

HANGARTNER DOMINIK/KOPP DANIEL/SIEGENTHALER MICHAEL, Monitoring hiring discrimination through online recruitment platforms, in : Nature 589 (2021), 572 ss.

HERSEMEYER GUILLAUME/LUDOLPH MELANIE, Datenschutzrechtliche Herausforderungen beim Einsatz Künstlicher Intelligenz in Unternehmenskontext, in : InTeR 2024, 55 ss.

IMHOF EDGAR, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote für die soziale Sicherheit, in : Jusletter du 7 février 2005.

JOHNSTON HANNAH/SILBERMAN SIX MICHAEL, Using GDPR to Improve Legal Clarity and Working Conditions on Digital Labour Platforms : Can a Code of Conduct as Provided for Article 40 of the General Data Protection Regulation (GDPR) Help Workers and Socially Responsible Platforms ?, in : ETUI Research Paper 2020, 4 ss.

KANDOV BORIS, Regulatorische Ansätze für Algorithmen auf Online-Plattformen, in : MMR (2023), 659 ss.

KASPER GABRIEL, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Vorschläge zur wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts, thèse Bâle, Zurich/Saint-Gall 2021.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3^e éd., Bâle 2022 (cité : K GIG-AUTEUR/AUTEURE).

KELLER HELEN, § 38 : Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot, in : Biaggini/Gächter/Kiener (édit.), Staatsrecht, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2021, 588 ss.

KIM PAULINE, Data Mining and the Challenges of Protecting Employee Privacy Under U.S. Law, in : Comp. Labor Law & Pol’y Journal 40 (2019), 405 ss.

KLEY ANDREAS, Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis, in : Geiser/Schmid/Walter-Busch (édit.), Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts : Wirtschaftliche, rechtliche und soziale Perspektiven, Berne 1998, 433 ss.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2019), Forschungsbericht, Berne 2021.

LIN JIE LIANG, Tracing Bias Transfer Between Employment Discrimination and Algorithmic Hiring with Migrant Tech Workers in Berlin, in : FINDHR Expert Reports 2023.

MALORNY FRIEDERIKE, Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht, in : RdA 2022, 170 ss.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^e éd., Berne 2008.

NAGUIB TAREK et al., Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Berne 2014.

NAGUIB TAREK, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater : Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, in : PJA 8/2009, 1007 ss.

PAGAN NICOLO et al., A Classification of Feedback Loops and Their Relation to Biases in Automated Decision-Making Systems, in : Proceedings of the 3rd ACM Conference on Equity and Access in Algorithms, Mechanisms, and Optimization 2023, 1 ss.

PÄRLI KURT, Anstellungsdiskriminierung, in : ARV 2006, 23 ss (cité : *Anstellungsdiskriminierung*).

PÄRLI KURT, Digitale Kluft, in : CMS 2025 (cité : *Digitale Kluft*).

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009 (cité : *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung*).

PÄRLI KURT/BALMER MICHAEL, Kapitel 17 : Datenschutz, in : von Kaenel /Rudolph (édit.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich/Genève 2024, 741 ss.

PÄRLI KURT/MEIER PIA, Anstellungsdiskriminierung, in : Portmann et al., Festschrift für Adrian von Kaenel, Zurich/Genève 2022, 363 ss.

PETERS ANNA/PETRIG ANNA, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020.

PLACKIS-CHENG PAKSY et al., Ensuring human intelligence in AI hiring tools : A mixed-methods exploration of current impacts and challenges in algorithmic hiring, in : FINDHR Expert Reports 2023.

ROSENTHAL DAVID (Studer Samira/Lombard Alexandre pour la traduction), La nouvelle loi sur la protection des données, in : Jusletter du 16 novembre 2020.

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Berne 2001.

SMUHA NATHALIE et al., How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI : A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act, Birmingham Law School 2021.

STILLER JULIANE/TRKULJA VIOLETA, Digitale Teilhabe und Chancengleichheit : Wege zu gerechten Bildungsangeboten für Erwachsene, in : Information – Wissenschaft & Praxis 75 (2024), 243 ss.

STÖCKLIN FABIA, Robot Recruiting, in : sui generis 2023, 1 ss.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^e éd. entièrement révisée et considérablement augmentée, Zurich 2012.

THOUVENIN FLORENT/VOLZ STEPHANIE, Ein Rechtsrahmen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) in der Schweiz, in : RSJB 12/2024, 613 ss.

TINHOER ANDREAS, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, in : DRdA 1a/2022, 171 ss.

TRUFFAT JEAN-MARIE, Analyse de controverses : intelligence artificielle, travail et emploi, Étude du Conseil économique, social et environnemental sur proposition de la commission Travail et Emploi, in : Journal Officiel De La République Française, séance du 14 janvier 2025.

VEALE MICHAEL/ZUIDERVEEN BORGESIU F., Demystifying the draft EU AI Act, in : Computer Law Review International 22 (2021), 97 ss.

WAAS BERND, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, Francfort-sur-le-Main 2023.

WILDHABER ISABEL/LOHMANN MELINDA/KASPER GABRIEL, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, in : RDS 138 (2019) I, 459 ss.

ZUIDERVEEN BORGESIUUS F., Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making, Council of Europe, Directorate General of Democracy, Strasbourg 2018.

Documents officiels de la Confédération

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : *Message LEg*).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION (DETEC), Etat des lieux sur la réglementation de l'intelligence artificielle – Rapport à l'attention du Conseil fédéral, du 12 février 2025 (cité : *Etat des lieux sur la réglementation de l'IA*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), Analyse juridique de base dans le cadre de l'état des lieux sur les approches de régulation en matière d'intelligence officielle, du 31 août 2024 (cité : *Analyse juridique de base*).

Documents officiels de l'UE

COMMISSION EUROPÉENNE (CE), High-Level Expert Group, Ethics Guidelines for Trustworthy AI 2, 2019 (cité : *Ethics Guidelines*).

COMMISSION EUROPÉENNE (CE), Livre Blanc sur l'Intelligence artificielle – Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, COM(2020)65, Commission Européenne, février 2020. (cité : *Livre blanc*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Commission staff working document impact assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, SWD/2021/84 final (cité : *Impact assessment*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Renforcer la confiance dans l'intelligence artificielle axée sur le facteur humain, COM/2019/168 final (cité : *Renforcer la confiance dans l'intelligence artificielle axée sur le facteur humain*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, la protection des données : un pilier de l'autonomisation des citoyens et de l'approche de l'Union à l'égard de la transition numérique – deux années d'application du règlement général sur la protection des données, COM/2020/264 final, 1 (cité : *Transition numérique*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, COM/2021/762 final (cité : *Proposition de la Commission : directive sur le travail de plateforme*).

PARLEMENT EUROPÉEN, Rapport d'évaluation de l'impact du document de travail du personnel de la commission accompagnant le document de Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'amélioration des conditions de travail sur les plates-formes, SWD/2021/396 final (cité : *Evaluation de l'impact*).

Discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail

Céline Moreau *

Table des matières

I.	Introduction	78
II.	Aspects couverts par « l'aménagement des conditions de travail » et « l'attribution des tâches »	79
	A. L'absence de définitions dans la LEg	80
	B. Les définitions internationales	81
	C. Conception large et évolutive des sujets couverts	83
III.	Efficacité de la LEg pour atteindre l'égalité en matière de tâches et de conditions de travail	85
	A. De la « protection » des femmes à celle de la maternité	86
	B. La ségrégation persistante	90
	C. La rareté des procès	91
IV.	La discrimination en matière de tâches et de conditions de travail devant les tribunaux	94
	A. Les traitements différenciés	94
	B. La valeur litigieuse	98
	C. L'allègement du fardeau de la preuve	100
	1. La vraisemblance	100
	2. La contre-preuve des motifs objectifs	104
V.	Conclusion	108
	Bibliographie	110
	Documents officiels	111

* Avocate à Genève.

I. Introduction

L'inégalité au travail entre femmes et hommes¹ est souvent rapportée à la problématique de l'écart de rémunération qui n'en est pourtant qu'un des aspects. Ainsi, l'Organisation internationale du travail (OIT) s'est elle-même limitée à la question de la rémunération, sujet de la Convention n° 100 sur l'inégalité au travail de 1951 (C100)², avant de traiter plus largement d'autres formes de discriminations par l'adoption en 1958, de la Convention n° 111 sur la discrimination dans l'emploi et la profession (C111)³.

Aujourd'hui encore, le premier point mis en avant sur le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) est le fait qu'en moyenne, les hommes gagnent en Suisse 18 % de plus que les femmes⁴. Si cet écart est édifiant, il est le résultat d'un traitement différencié des femmes et des hommes, qui commence bien avant l'accès à l'emploi, et va bien au-delà de la seule question du salaire. Ainsi, la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg⁵), à l'instar des instruments internationaux dont elle s'inspire, prend le juste parti de sanctionner certaines des causes sous-jacentes de cet écart de rémunération, en interdisant non seulement la discrimination en matière de rémunération, mais aussi à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la formation et à la formation continue, à la promotion, et à la résiliation des rapports de travail.

¹ En raison d'un cadre législatif et des données statistiques disponibles, les termes « femmes » et « hommes » s'entendent ici comme représentant essentiellement les femmes dont le genre correspond au sexe féminin et les hommes dont le genre correspond au sexe masculin qui leur a été assigné à la naissance. L'autrice regrette cependant que le cadre législatif et les données disponibles ne prennent pas mieux en compte la diversité de genre.

² Convention OIT 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 (C100 ; RS 0.822.720.0).

³ Convention OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (C111 ; RS 0.822.721.1).

⁴ Disponible sur le site du BFEG (<https://www.ebg.admin.ch/fr/egalite-entre-femmes-et-hommes-en-suisse>).

⁵ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

Par cette approche, la LEg reconnaît le droit à une égalité pour l'ensemble du cycle de l'emploi, du recrutement au licenciement. La loi reconnaît aussi le caractère dynamique et multidimensionnel de la discrimination. Son impact devient souvent plus évident après l'écoulement du temps et/ou une maternité, en prenant des traits variés, telles que des avancements plus lents, des promotions perdues, ou encore des temps partiels subis. Autant de situations qui entraîneront des conséquences évidentes sur la rémunération des personnes concernées, mais aussi sur la qualité de leur vie au travail et de leur épanouissement professionnel.

La présente contribution s'attarde sur deux types de traitements différenciés prohibés par la LEg concernant la période pendant laquelle la personne est dans l'emploi : la discrimination dans « l'attribution des tâches » et dans « l'aménagement des conditions de travail »⁶.

L'autrice, avocate engagée pour l'égalité au travail, s'attache ici à définir juridiquement les aspects couverts par ces deux notions (*infra* II), avant de dresser un bilan général des apports et des insuffisances de la LEg pour atteindre l'égalité dans ces domaines (*infra* III), puis de partager ses constats quant aux freins à l'accès à la justice des personnes touchées par la discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement du temps de travail (*infra* IV).

II. Aspects couverts par « l'aménagement des conditions de travail » et « l'attribution des tâches »

La LEg interdit, mais ne définit pas, la discrimination dans l'aménagement des conditions de travail et l'attribution des tâches (*infra* A). Les instruments internationaux pertinents permettent néanmoins de préciser les contours de ces notions (*infra* B), lesquelles doivent nécessairement s'interpréter de manière dynamique (*infra* C).

⁶ Art. 3 al. 2 LEg.

A. L'absence de définitions dans la LEg

L'interdiction de la discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail est posée par l'art. 3 al. 2 LEg, lequel énumère différents aspects du cycle de l'emploi couverts.

Si la LEg ne définit ni « l'attribution des tâches » ni « l'aménagement des conditions de travail », il est évident qu'elle vise ici à protéger les personnes pendant leur emploi, au même titre que l'interdiction de la discrimination en matière de rémunération et de formation continue. Le message du Conseil fédéral concernant la LEg⁷ ne définit pas non plus avec précision les différents domaines couverts par la liste de l'art. 3 al. 2 LEg, mais il apporte des éléments utiles pour délimiter les champs couverts par l'interdiction.

Ainsi, s'agissant des « conditions de travail », le message précise par exemple en évoquant la question de la ségrégation, que la prédominance d'un sexe dans un emploi dépend en partie des « conditions de travail », telles que la possibilité de travailler à temps partiel. Il en découle que la notion de « conditions de travail » couvre notamment la question de l'aménagement du temps du travail. De manière plus générale, le message souligne l'importance de la loi pour aligner la législation suisse sur les autres pays européens⁸. Dans ce cadre, il fait abondamment référence à la Directive 76/207/CEE, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, qui interdisait elle-même explicitement la discrimination dans « les conditions de travail ». La directive ne définissait pas cette notion, mais elle précisait qu'elle comprenait les rémunérations⁹, et les conditions de licenciement¹⁰.

⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (ci-après : *Message LEg*), 1173.

⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1209.

⁹ Préambule de la Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation professionnelles, et les conditions de travail (ci-après : Directive 76/207/CEE).

¹⁰ Art. 5 de la Directive 76/207/CEE.

S'agissant de « l'attribution des tâches », le message se concentre surtout sur les biais de genre. Le Conseil fédéral note qu'à qualification égale, les femmes se voient souvent affectées à un poste de travail légèrement différent de celui des hommes en raison de qualités perçues comme étant spécifiquement féminines, telles que la résistance à la monotonie, l'habileté manuelle ou le sens de l'accueil. Ces qualités étant en retour jugées comme naturelles chez une femme, elles ne comptent pas ou peu dans la rémunération. Ce phénomène contribue à créer des catégories professionnelles féminisées à bas niveau de rémunération¹¹. Ainsi, l'accent est mis sur la double forme de discrimination dans ce domaine : l'attribution de tâches sur la base de stéréotypes de genre, mais aussi des tâches sous-valorisées sur la base de ces mêmes stéréotypes. La notion même d'attribution des tâches n'est en revanche pas discutée.

Ainsi, le choix rédactionnel de l'art. 3 al. 2 LEg distingue les « conditions de travail » au sens large (comprenant aussi la question des tâches, de la rémunération et de la fin des rapports de travail), des « conditions de travail » au sens strict, lesquelles comprendraient notamment le temps de travail. Cette distinction a pour effet de créer des régimes juridiques différents en fonction du type de condition de travail touchée par la discrimination¹². Une telle division ne ressort pourtant pas des textes internationaux de référence en matière de lutte contre la discrimination.

B. Les définitions internationales

La plupart des textes internationaux pertinents ne distinguent pas explicitement l'aménagement des conditions de travail de l'attribution des tâches, adoptant une définition large de la notion de « conditions de travail ».

Ainsi, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I)¹³ ne fait pas référence à la notion d'attribution des tâches. Plus généralement, il reconnaît le droit de « jouir de conditions de

¹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1173.

¹² Art. 5 LEg.

¹³ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (Pacte ONU I ; RS 0.103.1).

travail justes et favorables », ce qui inclut notamment une rémunération qui assure une existence décente, la sécurité et l'hygiène au travail, la même possibilité pour tous d'être promu, le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail, les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés¹⁴.

Dans son Observation générale n° 23 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables, le Comité économique et social précise que les « conditions de travail » énumérées à l'art. 7 du Pacte ONU I recouvrent notamment les conditions indiquées dans le contrat de travail qui peuvent influencer sur le taux de rémunération, et qu'ainsi, une femme qui accomplit un travail de même valeur que celui d'un homme ne doit pas disposer d'une moindre protection contractuelle ou de conditions contractuelles plus strictes que lui¹⁵.

La Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) interdit la discrimination « dans le domaine de l'emploi »¹⁶. La Convention énumère une large série de champs auxquels s'applique cette interdiction, avec une référence explicite aux « conditions de travail »¹⁷, aux côtés d'autres notions également énumérées, telles que la sélection, la formation, les promotions, la rémunération, le droit à la sécurité sociale, et le droit à la protection de la santé¹⁸.

Au niveau de l'Organisation internationale du travail, la Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) interdit les « distinctions, exclusions, ou préférence » en matière d'« emploi et profession », ce qui couvre l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi¹⁹. La Recommandation n° 111 qui accompagne cette Convention précise que l'interdiction de la discrimination doit couvrir les conditions de travail, y

¹⁴ Art. 7 Pacte ONU I.

¹⁵ COMITÉ CESCR, *Observation générale n° 23*, N 17.

¹⁶ Art. 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF ; RS 0.108).

¹⁷ Art. 11 al. 1 let. c CEDEF.

¹⁸ Art 11 al. 1 let. b à f CEDEF.

¹⁹ Art. 1 al. 3 C111.

compris la durée du travail, les périodes de repos, les congés annuels payés, les mesures de sécurité et d'hygiène du travail, ainsi que les mesures de sécurité sociale et les services sociaux et prestations sociales en rapport avec l'emploi²⁰.

Les textes pertinents oscillent donc dans leurs définitions de la notion de « conditions de travail », n'écartant pas qu'elle puisse couvrir des aspects en lien avec le recrutement ou la rémunération.

C. Conception large et évolutive des sujets couverts

Dans son message, le Conseil fédéral a pris le soin de préciser que si la LEg donne une liste des éléments sur lesquels porte l'interdiction de discriminer, cette liste est purement exemplative²¹. Il en ressort que les notions de « conditions de travail » ou d'« attribution des tâches », bien qu'explicitement énumérées dans la LEg aux côtés d'autres aspects de la relation d'emploi, ne sauraient s'entendre de manière restrictive.

Une lecture ouverte de ces notions est d'abord rendue nécessaire par les interactions entre les différentes formes de discriminations. Comme évoquée plus haut, la discrimination est souvent plus facilement identifiable et quantifiable en matière de rémunération, que dans d'autres domaines. Cependant, il s'agit d'un symptôme du traitement différencié dans d'autres aspects de la relation de travail.

Ainsi, la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération qui précédait les instruments plus généraux de lutte contre la discrimination établissait déjà un lien très clair entre le niveau du revenu et « l'attribution des tâches », en imposant des évaluations objectives des emplois sur la base des travaux qu'ils comportent afin d'adopter ou de rectifier les taux de rémunération²². Elle précisait aussi que la rémunération devait aussi inclure tous les avantages en nature liés à un emploi²³. Plus récemment, la Commission d'experts de l'OIT a eu l'occasion de rappeler que l'efficacité de la Convention n° 111 réside dans

²⁰ N 2 de la Recommandation OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination (emploi et profession) (R111 ; FF 1960 I 29).

²¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1212.

²² Art. 3 C100.

²³ Art. 1 al. 1 C100.

son vaste champ d'application, « l'emploi et la profession »²⁴. Elle note à cet égard que « les disparités entre les genres sont rarement isolées à un seul stade de l'emploi ou de la profession » et que « les inégalités fondées sur le genre se manifestent dès les premiers stades de la vie et se poursuivent tout au long de la vie professionnelle et lors des années qui suivent »²⁵.

Il est aussi important de souligner que les sujets couverts par l'interdiction de la discrimination doivent pouvoir tenir compte des évolutions du monde du travail. Ainsi, « l'aménagement des conditions de travail » doit nécessairement couvrir les modalités de travail flexibles²⁶.

A ce sujet, le dispositif doit permettre de lutter efficacement contre la stigmatisation des aménagements du temps de travail, qui fait l'objet de préjugés sexistes. Sur ce point, les travaux du Bureau International du Travail (BIT) mettent en avant le fait que les femmes qui choisissent des aménagements flexibles sont largement considérées comme donnant priorité à leur famille plutôt qu'au travail²⁷. S'agissant des hommes, ils vont alors à l'encontre du postulat culturel selon lequel leur rôle est d'être un bon travailleur pour soutenir leur famille²⁸. En formulant ces demandes, elles et ils sont dès lors exposés à une dégradation de leur statut professionnel²⁹.

Ces constats sont à mettre en perspective avec le fait que les femmes sont largement plus concernées par les aménagements du temps de travail. Aujourd'hui, 71,8 % des personnes occupées à temps partiel en Suisse sont des femmes³⁰, dont une partie conséquente se considère en sous-emploi, c'est-

²⁴ Art. 1 al. 3 C111.

²⁵ OIT, *Etude d'ensemble de 2023*, N 123 et 124.

²⁶ Les modalités de travail flexibles sont des variantes des modalités normales du travail des salariés qui donnent à ces derniers la possibilité d'ajuster la durée, les horaires et le lieu de leur travail en fonction de leur situation individuelle et familiale. Elles comprennent des dispositifs tels que les aménagements flexibles du temps de travail où horaires variables, les crédits d'heures, les horaires hebdomadaires compressés, le temps partiel avec des conditions d'emploi équivalentes et des prestations proportionnelles, la souplesse dans l'utilisation des congés et le télétravail. Cf. *Les femmes au travail*, 95.

²⁷ *Les femmes au travail*, 56 et 57 et les références.

²⁸ *Les femmes au travail*, 56 et 57 et les références.

²⁹ *Les femmes au travail*, 56 et 57 et les références.

³⁰ Voir OFS, *L'ESPA en bref 2024*.

à-dire ayant exprimé le souhait de vouloir augmenter leur taux d'occupation à court terme³¹. Elles sont aussi proportionnellement plus concernées par le travail sur appel, et le travail le samedi ou le dimanche³².

Le dispositif de lutte contre la discrimination doit aussi tenir compte des nouvelles formes de management, telles que le travail sur les plateformes. Cette question est d'ailleurs au cœur des discussions en cours au sein de l'OIT, sur l'adoption d'une nouvelle convention sur le travail sur les plateformes. Ainsi, le projet à l'étude inclut l'obligation pour les États d'exiger des plateformes de travail numériques qu'elles veillent à ce que les systèmes automatisés n'entraînent pas de discrimination notamment en matière de rémunération et d'accès à l'emploi³³.

Ces considérations plaident donc pour une interprétation large du champ couvert par la LEg qui doit s'attacher à traiter les multiples facettes de la discrimination, et à rester pertinente pour promouvoir l'égalité dans le monde du travail d'aujourd'hui et de demain.

III. Efficacité de la LEg pour atteindre l'égalité en matière de tâches et de conditions de travail

En interdisant la discrimination en matière d'aménagement des conditions de travail et d'attribution des tâches, la LEg a permis d'asseoir le passage du prisme de « protection » des femmes à celui de la protection de la maternité (*infra* A). Cependant, le dispositif s'est avéré insuffisant pour effacer plus généralement une ségrégation verticale et horizontale, qui perpétue des conditions de travail globalement défavorables aux femmes (*infra* B). Force est aussi de constater que la discrimination en matière d'attribution des tâches et de conditions de travail est peu invoquée devant les tribunaux et donne lieu à peu de condamnations (*infra* C).

³¹ Cf. OFS, *Indicateurs du marché du travail* 2025.

³² Cf. OFS, *Indicateurs du marché du travail* 2025.

³³ OIT, *ILC.114/V* (3), art. 16.

A. De la « protection » des femmes à celle de la maternité

Le traitement différencié des femmes au travail s'est longtemps illustré par des lois restrictives en matière de conditions de travail et d'attribution des tâches.

L'idée sous-jacente était qu'elles devaient être protégées de certaines tâches et que certaines conditions de travail étaient incompatibles avec leur sécurité, leurs responsabilités familiales, ou plus généralement la « moralité ». Ces interdictions portaient notamment sur le travail de nuit et le travail sous-terrain et étaient consacrées tant au niveau international, qu'au niveau national.

Ainsi, une des premières conventions de l'OIT, la Convention n° 4 (C004)³⁴, interdisait le travail de nuit aux femmes. Cette interdiction fut reprise en 1948 par l'adoption de la Convention n° 89 (C089)³⁵ apportant certaines inflexions aux interdictions posées par la Convention n° 4. De la même manière la Convention n° 45 (C045)³⁶ interdisait l'emploi des femmes aux travaux souterrains dans les mines.

La Suisse avait fait le choix de ratifier ces conventions et sa législation suivait cette logique, consacrant des interdictions de l'emploi des femmes dans certaines tâches ou sous certaines conditions. La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), dans sa version initiale³⁷, posait donc des interdictions applicables à toutes les femmes, vestige des régimes précédents³⁸, établis par la loi fédérale dans les fabriques³⁹ et la loi fédérale sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers⁴⁰.

³⁴ Convention OIT n° 4 du 29 octobre 1919 sur le travail de nuit (femmes) (C004).

³⁵ Convention OIT n° 89 du 17 juin 1948 sur le travail de nuit (femmes) (révisée) (C089).

³⁶ Convention OIT n° 45 du 4 juin 1935 des travaux souterrains (femmes) (C045 ; RO 52 505).

³⁷ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, (LTr ; RS 822.11). Pour la version au moment de son entrée en vigueur, cf. RO 1966 57 (aLTr).

³⁸ Commentaire LTr-WYLER, 426 à 428.

³⁹ Loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques (RS 821.41).

⁴⁰ Loi fédérale du 31 mars 1922 sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers, dans sa teneur du 1^{er} octobre 1923 au 1^{er} février 1966 (RO 39 240).

Ainsi, la LTr, dans sa version de 1964, imposait à l'employeur d'avoir « les égards voulus pour la santé des femmes et veiller à la sauvegarde de la moralité »⁴¹. La LTr prévoyait aussi la possibilité de limiter l'emploi des femmes à certains travaux par ordonnance, ou de le subordonner à des conditions spéciales⁴². Pour le temps de travail, la LTr limitait la possibilité que les femmes puissent être employées au travail nocturne ou dominical, et renvoyait à l'adoption d'ordonnances spécifiques en la matière⁴³. La LTr posait également une interdiction de principe de l'emploi des femmes dans des chantiers de construction souterrains, tout en prévoyant qu'elles puissent néanmoins y occuper certaines fonctions perçues comme compatibles avec leur condition de femmes, soit des activités scientifiques, des actes de secours ou de soins, ou encore des interventions de courte durée non-manuelles⁴⁴.

Ces régimes d'interdictions ont été progressivement chevauchés par des obligations juridiques internationales en matière d'égalité au travail. La Suisse a ratifié la Convention n° 111 le 13 juillet 1961 et la Convention n° 100 le 25 octobre 1972. Se sont aussi ajoutés l'adoption d'un nouvel article dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.), prévoyant l'égalité dans le domaine du travail⁴⁵, et le souhait du Conseil fédéral de maintenir la compatibilité du droit suisse avec un droit européen beaucoup plus poussé en matière de non-discrimination⁴⁶. Ces circonstances ont abouti en 1992, à la dénonciation de la Convention n° 89 jugée obsolète, puis à l'adoption de la LEg en 1995⁴⁷.

Il faudra attendre encore plusieurs années avant que la LTr ne soit modifiée, pour que la « protection » des femmes soit abandonnée au profit de la seule protection de leur maternité. Dès 1994, le Conseil fédéral plaide pourtant pour

⁴¹ Art. 33 al. 1 aLTr.

⁴² Art. 33 al. 2 aLTr.

⁴³ Art. 34 aLTr.

⁴⁴ Art. 36 aLTr et art. 66 de l'ordonnance 1 du 14 janvier 1966 concernant la loi sur le travail (Ordonnance générale), dans sa teneur du 1^{er} février 1966 au 1^{er} août 2000 (aOLT 1 ; RO 1966 85).

⁴⁵ Art. 4 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, dans sa teneur du 14 juin 1981 au 1^{er} janvier 1998 (aCst. ; RO 1981 1243). Pour la version au moment de son entrée en vigueur, cf. RO 1 1.

⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*.

⁴⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*.

la modification de la LTr et l'abrogation des articles litigieux, en référence à la dénonciation récente de la Convention n° 89 et au besoin de compatibilité avec la LEg, qui n'est alors pas encore entrée en vigueur⁴⁸. Le message précise cependant, à l'époque, que la majorité des « organisations féminines » s'opposaient expressément au projet de loi, en ce qu'il établirait une égalité purement formelle et devrait être différé jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur l'égalité⁴⁹. Seule une minorité de ces organisations considéraient que l'égalité de traitement de l'homme et de la femme, quant aux temps de travail et de repos, était une chance pour les femmes sur le marché de l'emploi⁵⁰. La modification de la LTr est finalement soumise à une votation populaire en 1996, qui la rejettera. Ce n'est qu'en 1998, soit deux ans après l'entrée en vigueur de la LEg, que les dispositions de la LTr sur la protection générale des femmes (hors périodes pré et post partum) seront abrogées⁵¹.

Depuis ces abrogations, la Commission d'experts de l'OIT s'attache à souligner que les limitations généralisées relatives au travail, qui ont pour finalité d'assurer de manière générale la protection des femmes en raison de leur sexe ou de leur genre reposant sur des représentations stéréotypées de leurs capacités et de leur rôle social, sont contraires à la Convention n° 111 et constituent autant d'obstacles au recrutement qu'à l'emploi des femmes⁵². Les Conventions n° 45 et 89 ne sont plus ouvertes à la ratification et les instruments modernes, telle que la Convention n° 171 sur le travail de nuit (C171)⁵³, reposent purement sur un principe de protection, indépendamment du genre⁵⁴. La Suisse a par ailleurs fait le choix de ratifier la Convention n° 183 sur la protection de la maternité (C183), laquelle lui impose d'adopter des mesures spécifiques aux périodes pré et post partum pour protéger la santé des mères

⁴⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 2 février 1994 concernant la modification de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail), FF 1994 II 157 (cité : *Message du 2 février 1994*).

⁴⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 2 février 1994*.

⁵⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1173.

⁵¹ LTr, modification du 20 mars 1998 (RO 2000 1569).

⁵² OIT, *Etude d'ensemble de 2023*, N 83.

⁵³ Convention n° 171 du 26 juin 1990 sur le travail de nuit (C171).

⁵⁴ OIT, *Etude d'ensemble de 2023*, N 87.

et de leurs enfants, mais aussi de garantir que la maternité ne constitue pas une source de discrimination⁵⁵.

L'abrogation partielle de la LTr doit rétrospectivement être saluée du point de vue de l'égalité. L'autrice note néanmoins que ces modifications législatives ont entraîné une forme d'abaissement du niveau de la responsabilité pénale des employeurs. En effet, la LTr punit les manquements à la protection spéciale « des femmes »⁵⁶ – aujourd'hui limitée à celle de la maternité –, alors que la LEg ne prévoit pas de sanctions pénales en cas d'entrave au principe d'égalité. Le dispositif pénal de la LTr reste cependant éminemment pertinent pour mettre en évidence des cas de discrimination dans les conditions de travail des travailleuses en situation de grossesse ou d'allaitement⁵⁷, alors que la maternité est un motif prépondérant de discrimination.

Dans ce contexte, la LEg a donc joué un rôle catalytique majeur pour l'évolution du dispositif légal applicable aux tâches et conditions de travail. Cette loi s'est inscrite dans une dynamique de lutte contre les stéréotypes de genre qui reposaient sur les rôles et compétences attribués traditionnellement aux femmes et aux hommes. En érigeant dans la loi le principe d'égalité au travail, la LEg rendait obsolètes les mesures de protection qui avaient pour effet d'exclure les femmes de certains emplois ou de constituer un obstacle à leur promotion, sur la base d'hypothèses biaisées concernant leur rôle et leurs aptitudes⁵⁸.

Trente ans après, force est cependant de constater que les stéréotypes demeurent et que la Suisse peine à s'émanciper d'une ségrégation persistante en matière d'emplois, de tâches et de conditions de travail.

⁵⁵ Convention OIT n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité (C183 ; RS 0.822.728.3).

⁵⁶ Art. 59 al. 1 let. c LTr.

⁵⁷ Voir *infra* IV.C.1.

⁵⁸ OIT, *Etude d'ensemble de 2023*, N 92.

B. La ségrégation persistante

La Suisse continue d'être marquée par une forte ségrégation horizontale et verticale, touchant directement les conditions de travail et l'attribution des tâches des femmes et des hommes.

L'enquête suisse sur la population active (ESPA) pour 2024 montre que les hommes sont surreprésentés dans les fonctions dirigeantes (10,6 % d'hommes ; 6,4 % de femmes), dans le groupe des salariés à plein temps, membres de direction (8,9 % d'hommes ; 6,5 % de femmes), et dans le groupe des salariés exercent une fonction de chef (27,2 % d'hommes ; 21,9 % de femmes)⁵⁹.

S'agissant des tâches effectuées, les chiffres montrent aussi que les femmes restent surreprésentées dans des emplois administratifs (15,9 % de femmes ; 8,5 % d'hommes) ou dans des emplois de service direct aux particuliers, commerçants et vendeurs (18 % de femmes ; 8,6 % d'hommes).

Pour la ségrégation par secteurs, proportionnellement en 2024, les femmes travaillaient bien plus fréquemment que les hommes dans les services (88,3 % de toutes les femmes actives ; 68,8 % des hommes actifs). Seulement 10,2 % des femmes travaillaient dans l'industrie et 1,5 % dans l'agriculture. Pour les hommes, les taux correspondants étaient de 28,1 % et 3,0 %⁶⁰.

La ségrégation n'est pas nécessairement subie sur le plan individuel. Néanmoins, il est établi que la politique d'égalité, y compris en matière législative, devrait s'attaquer à cette ségrégation propice à la discrimination. Ainsi, les experts de l'OIT ont souligné que pour être exempté de discrimination, un système d'évolution de carrière doit avant tout supprimer la ségrégation professionnelle verticale qui nuit souvent aux femmes et à certaines minorités, fréquemment maintenues aux plus bas échelons hiérarchiques dans certaines entreprises, certains secteurs et certaines professions⁶¹.

⁵⁹ Cf. OFS, *L'ESPA en bref 2024*.

⁶⁰ Cf. OFS, *Indicateurs du marché du travail 2025*.

⁶¹ OIT, *Etude d'ensemble de 2012*, N 57.

De la même manière, les experts ont depuis longtemps relevé que les différences de couverture législative selon le secteur ou la profession peuvent avoir une incidence particulière sur la réalisation de l'égalité entre les genres, dans la mesure où elles peuvent involontairement conduire à l'établissement de conditions de travail moins favorables dans les secteurs ou professions où la main-d'œuvre est majoritairement féminine, ayant ainsi un effet indirect et disproportionné sur les femmes. Les femmes sont souvent concentrées dans des secteurs et des professions exposés aux risques de déficits de travail décent⁶².

Le régime suisse confère une place importante à l'approche sectorielle et à la négociation collective en matière de régulation des conditions de travail. Ainsi, si la LTr pose un cadre minimal, certains secteurs en restent exclus, notamment l'économie domestique qui présente une forte prépondérance féminine⁶³. Les salaires minima, mais aussi d'autres conditions, telles que la durée du travail et les vacances, vont être réglées par la voie de la négociation collective par secteurs. Dans ce contexte, les organisations syndicales et patronales ont un rôle majeur à jouer pour promouvoir des conditions de travail de qualité comparable dans les secteurs à prédominance féminine comme masculine.

C. La rareté des procès

Les professionnels du droit ne peuvent que constater la rareté des cas de discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail portées devant les tribunaux.

L'étude de la jurisprudence cantonale en matière de LEg pour la période 2004–2015 n'avait recensé que trois cas concernant des discriminations dans l'attribution des tâches, et aucune décision sur la discrimination dans les conditions de travail⁶⁴. Dans l'étude postérieure portant sur la jurisprudence fédérale pour la période 2004–2019, seul trois cas sur l'attribution des tâches étaient relevés, et toujours aucun cas sur les conditions de travail⁶⁵.

⁶² OIT, *Etude d'ensemble de 2023*, N 129.

⁶³ Art. 2 al. 1 let. g LTr.

⁶⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, 19.

⁶⁵ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, 22.

Le site de référence pour la Suisse romande, LEg.ch, ne référence actuellement que neuf décisions de justice concernant la discrimination dans l'aménagement des conditions de travail et l'attribution des tâches, dont huit décisions genevoises⁶⁶ et une décision neuchâteloise⁶⁷. Trois des affaires genevoises ont donné lieu à des arrêts du Tribunal fédéral⁶⁸.

Sur ces neuf décisions, six portent aussi sur un licenciement discriminatoire⁶⁹. Sur les quatre cas pour lesquels le licenciement discriminatoire n'avait visiblement pas été allégué, deux personnes avaient néanmoins démissionné et une personne avait été licenciée⁷⁰. Ainsi, la discrimination en lien avec les conditions de travail ou les tâches déjà très rarement alléguée, n'est quasiment jamais dénoncée par des personnes encore dans l'emploi. En effet, si l'art. 10 LEg est censé protéger les personnes formulant des réclamations en matière de LEg contre le congé, entamer des démarches dans l'emploi s'avère très difficile, voire impossible. Si certaines personnes seront néanmoins enclines à utiliser des dispositifs internes, tels que les personnes de confiance

⁶⁶ CACJ GE CAPH/127/2023 du 05 décembre 2023 ; CACJ GE CAPH/143/2015 du 25 août 2015 ; TPH de Genève arrêt du 14 novembre 2014 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; CACJ GE CAPH/175/2011 du 27 octobre 2011 ; TPH de Genève arrêt du 4 juin 2008 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; CACJ GE CAPH/17/2005 du 28 janvier 2005, qui a donné lieu aux arrêts TF 4P.81/2005 du 23 avril 2005 et TF 4C.91/2005 du 23 avril 2005 ; CACJ GE CAPH/164/2004 du 8 novembre 2004 et TF 4C.473/2004 du 6 avril 2005 ; CAPH arrêt du 2 octobre 2003 (résumé disponible sur LEg.ch), qui a donné lieu aux arrêts TF 4P.178/2004 du 12 octobre 2004, sur recours de droit public et TF 4C.276/2004 du 12 octobre 2004, sur recours en réforme.

⁶⁷ TC NE arrêt du 9 septembre 2011 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch).

⁶⁸ TF 4P.81/2005 et TF 4C.91/2005 ; TF 4C.473/2004 ; TF 4P.178/2004 et TF 4C.276/2004.

⁶⁹ CACJ GE CAPH/127/2023 du 5 décembre 2023 ; CACJ GE CAPH/143/2015 du 25 août 2015 ; TC NE arrêt du 9 septembre 2011 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; TPH de Genève arrêt du 4 juin 2008 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; CACJ GE CAPH/17/2005 du 28 janvier 2005, qui a donné lieu aux arrêts TF 4P.81/2005 du 23 mai 2005 et TF 4C.91/2005 du 23 mai 2005 ; arrêt de la CAPH du 2 octobre 2003 (résumé disponible sur LEg.ch), qui a donné lieu aux arrêts TF 4P.178/2004 du 12 octobre 2024, sur recours de droit public, et TF 4C.276/2004 du 12 octobre 2004, sur recours en réforme.

⁷⁰ TPH de Genève arrêt du 14 novembre 2014 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; CACJ GE CAPH/164/2004 du 8 novembre 2004, qui a donné lieu à l'arrêt TF 4C.473/2004 du 6 avril 2005.

ou les mécanismes de plaintes internes, entamer un procès dans l'emploi reste en pratique souvent exclu.

Les chiffres disponibles sur LEg.ch montrent par ailleurs que dans cinq cas, la discrimination dans l'attribution des tâches ou des conditions de travail alléguée portait sur une situation de grossesse ou de maternité, contexte propice à l'accroissement des inégalités⁷¹.

S'agissant du taux de condamnation, sur les neuf cas répertoriés par LEg.ch en matière de conditions de travail et d'attribution des tâches, seule deux ont donné lieu à des constats de violation de la LEg⁷².

L'absence de jurisprudence est d'autant plus frappante que les discriminations dans les tâches et conditions de travail ont été identifiées comme des formes prévalentes de discrimination. Dans le rapport de synthèse du BASS de 2005 sur l'efficacité de la LEg, parmi les discriminations invoquées, la différence salariale venait en tête (43 %). Suivaient l'attribution des tâches (36 %), le harcèlement sexuel (30 %), la promotion (18 %), les conditions de travail (14 %), ainsi que la formation et la formation continue (10 %)⁷³.

Le faible nombre de décisions judiciaires sur le fondement de la LEg a été signalé par les instances internationales. En 2025, la Commission d'Experts de l'OIT a mis l'accent sur ce point en formulant une observation⁷⁴ à l'encontre de la Suisse. Le gouvernement avait soutenu que le cadre juridique existant garantissait une protection efficace et permettait de faire valoir leurs droits de manière effective ; et qu'un indice pertinent était justement la rareté des décisions judiciaires concernant les problèmes de discrimination. En réponse, les experts ont rappelé que l'absence ou le faible nombre de cas de discrimination ou de plaintes pourrait justement être dû à une absence de cadre

⁷¹ CACJ GE CAPH/127/2023 du 5 décembre 2023 ; CACJ GE CAPH/143/2015 du 25 août 2015 ; TC NE arrêt du 9 septembre 2011 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; TPH de Genève arrêt du 14 novembre 2014 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch) ; CACJ GE CAPH/175/2011 du 27 octobre 2011.

⁷² CACJ GE CAPH/127/2023 du 5 décembre 2023 ; TC NE arrêt du 9 septembre 2011 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch).

⁷³ FREIVOGEL/SCHÄR MOSER/STUTZ, 30.

⁷⁴ Les observations formulées par la Commission d'Experts de l'OIT portent sur des questions de principe et présentent un degré de gravité plus important que les demandes directes qui portent sur des questions plus techniques ; voir OIT, *Les règles du jeu*.

juridique approprié, une méconnaissance des droits, un manque de confiance dans les voies de recours offertes, l'inexistence de telles voies de recours ou à la difficulté d'y accéder dans la pratique, ou encore à la crainte de représailles⁷⁵. Sur ce sujet, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) a lui aussi conclu en 2022 qu'une des faiblesses du dispositif était qu'il ne protégeait pas suffisamment les femmes contre les représailles dans le cadre de revendications professionnelles⁷⁶.

Si la LEg est un outil essentiel de lutte contre la discrimination au travail, sa pratique devant les tribunaux montre qu'il reste particulièrement difficile de faire reconnaître une inégalité dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail.

IV. La discrimination en matière de tâches et de conditions de travail devant les tribunaux

Malgré le faible nombre de procès en la matière, la doctrine et les personnes concernées n'ont pas de difficulté à identifier les traitements différenciés susceptibles de constituer des discriminations dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail (*infra* A). Néanmoins, les victimes restent très désavantagées, sur le plan judiciaire, par des valeurs litigieuses extrêmement faibles (*infra* B) et une application peu prévisible de l'allègement du fardeau de la preuve (*infra* C).

A. Les traitements différenciés

La doctrine avait déjà pris le soin d'identifier les traitements différenciés problématiques en matière de tâches ou de conditions de travail.

Ainsi, il est entendu qu'une entreprise qui réserverait, par principe, certains travaux au personnel féminin ou masculin, se rendra coupable de

⁷⁵ OIT, *Observation (CEACR)*. Voir aussi OIT, *Etude d'ensemble de 2012*, N 870.

⁷⁶ COMITÉ CEDEF, *Observations finales*, N 53.

discrimination directe dans l'attribution des tâches⁷⁷. De la même manière, l'entreprise procèdera à une discrimination indirecte si elle conditionne l'attribution des tâches à des critères neutres, mais qui s'avèrent en pratique plus difficile à remplir pour l'un des genres. L'exemple a aussi été donné de l'attribution de tâches conditionnée à une occupation à temps plein, à moins que l'accomplissement de cette tâche ne requière une présence à temps plein⁷⁸.

S'agissant des conditions de travail, la doctrine a rappelé que la partie employeuse reste libre d'organiser le travail de la manière qui lui semble la plus appropriée et que le personnel, qu'il soit féminin ou masculin, ne dispose pas d'un droit à la réduction de son temps de travail⁷⁹. Cependant, si une politique d'aménagement du temps de travail est mise en place, celle-ci devra être appliquée de manière neutre et ne devra pas avoir d'impact disproportionné sur les femmes ou les hommes. Ainsi, le fait d'imposer à une employée enceinte une diminution de son taux de travail ou de priver le personnel masculin de tels aménagements constitue une discrimination directe⁸⁰. Une réglementation d'entreprise prévoyant que seules les personnes ayant travaillé à temps complet peuvent obtenir une dispense de travail en raison de l'âge aura un impact disproportionné sur les femmes, et sera constitutive d'une discrimination indirecte⁸¹. De la même manière, conditionner les promotions à une période d'emploi de cinq ans, dont sont soustraites les périodes d'absence en raison des grossesses, est discriminatoire⁸².

Dans sa pratique, l'autrice note que la grande majorité des affaires portées à son attention sont en lien avec la maternité. Ainsi, une allégation particulièrement récurrente est celle de la modification des conditions de travail et/ou du cahier des charges pendant la grossesse ou au retour de congé maternité, associé à des conséquences négatives en matière de rémunération

⁷⁷ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 25.

⁷⁸ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 26.

⁷⁹ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 27.

⁸⁰ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 27 ; PERRENOUD, 85.

⁸¹ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 28.

⁸² CACJ GE ATA/354/2020 du 16 avril 2020.

et/ou de perspectives de carrière. C'est d'ailleurs un des points que l'on retrouve dans la jurisprudence, pourtant peu abondante en la matière.

En-dehors de ces cas, la question des tenues vestimentaires est régulièrement soulevée⁸³. Cette thématique a notamment été portée devant la Chambre des prud'hommes de Genève, alors que les tenues de travail fournies par l'entreprise et destinées à la zone réfrigérée, avaient été conçues pour des hommes et que les femmes ne pouvaient pas porter les pantalons, ni la veste. Le personnel féminin se limitait par conséquent à revêtir la polaire fournie par l'employeuse, portant pour le surplus des habits personnels (tenue de ski, jeans). La demanderesse alléguait que l'absence de mise à disposition de tenues adaptées s'inscrivait dans une série d'autres atteintes à sa personnalité, notamment le non-respect des prescriptions de la LTr pendant sa période de grossesse. Elle dénonçait aussi un licenciement discriminatoire au retour de congé maternité. Le Tribunal des prud'hommes avait conclu que la demanderesse avait subi des atteintes justifiant l'octroi d'un tort moral mais n'avait pas retenu le caractère discriminatoire du licenciement. La Chambre des prud'hommes a sanctionné ce jugement en retenant pour sa part que les atteintes subies pendant la relation d'emploi (y compris la question des tenues inadaptées) constituaient des indices de vraisemblance du caractère discriminatoire du licenciement⁸⁴.

Dans une autre affaire portée devant la même juridiction et qui concernait un restaurant japonais, l'employeuse avait invoqué que la culture japonaise impliquait que le service dans une salle décorée de manière traditionnelle soit effectué par des serveuses en kimono. Le restaurant employait aussi des hommes qui assuraient le service dans la salle de restaurant au rez-de-chaussée et non dans ce salon qui se situait au sous-sol. La demanderesse dénonçait une différence de traitement dans les conditions de travail (affectation au sous-sol en kimono) qui avait eu pour conséquence de contribuer à un traitement salarial défavorable. A ce sujet, l'employeuse avait expliqué que la demanderesse avait été engagée pour être affectée au salon du sous-sol qui était peu fréquenté par rapport au restaurant du rez-de-chaussée, avec une ambiance zen qui impliquait que le service fut assuré par une personne de type

⁸³ CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022 et CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023.

⁸⁴ CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023.

asiatique et vêtue d'un kimono, situation qui n'était pas adaptée aux serveurs masculins dont certains étaient en surpoids⁸⁵. Une autre thématique a récemment été portée à l'attention de l'autrice, celle de la politique d'entreprise en matière de pauses toilettes. Dans une affaire relayée par la presse, la Cour de droit public du tribunal cantonal neuchâtelois avait considéré qu'une interruption pour se rendre aux toilettes était comparable à une pause-cigarette ou au temps consacré à un appel téléphonique devait être assimilé à une pause au sens de l'art. 15 LTr⁸⁶. La Cour avait cependant relevé que le timbrage obligatoire des pauses toilettes étant «de nature à désavantager une plus grande proportion de femmes par rapport aux hommes, sans être justifié objectivement et peut ainsi constituer une discrimination indirecte » au sens de la LEg. Par la suite, un syndicat a dénoncé cet impact disproportionné du timbrage obligatoire des pauses toilettes sur le personnel féminin, statistiquement plus exposé à la nécessité de se rendre aux toilettes plus régulièrement. Le syndicat a introduit son action devant la juridiction des prud'hommes compétente, ayant la qualité à pour agir des organisations en matière de lutte contre la discrimination, au sens de l'art. 7 LEg. Cette affaire est toujours pendante au moment de la présente rédaction⁸⁷.

Ces exemples montrent que les notions de « traitement différencié » en matière de conditions de travail ou de tâches ne sont pas en soit trop complexes pour être soulevées. Les personnes concernées sont conscientes des effets négatifs de certaines mesures, qu'il s'agisse de cas de discrimination directe, ou indirecte. L'entrave en matière d'accès au droit se situe donc, de l'avis de l'autrice, à d'autres niveaux, et en particulier à celui de la valeur litigieuse.

⁸⁵ CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022.

⁸⁶ SCHWAAB.

⁸⁷ Le Temps, Le timbrage des pauses toilettes repris sous l'angle de la loi sur l'égalité, 19 février 2025 ; L'Evènement syndical, Timbrer pour aller aux toilettes est discriminatoire, 19 décembre 2024.

B. La valeur litigieuse

La LEg prévoit que les personnes qui subissent des discriminations peuvent requérir le constat de la discrimination, son interdiction ou son renoncement, si elle est imminente, qu'elle cesse ou qu'elle persiste, et d'ordonner le paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 LEg). Sont par ailleurs réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs (art. 5 al. 5 LEg).

Concrètement, les personnes qui subissent une discrimination dans les conditions de travail ou l'aménagement de leurs tâches n'auront que peu de prétentions financières si elles ne font pas aussi valoir une discrimination salariale ou un licenciement discriminatoire. Elles pourraient également, dans de très rares cas, théoriquement faire valoir des dommages-intérêts, par exemple si elles ont dû prendre à leur frais l'achat de tenues ou d'équipements adéquates.

En réalité, présentée de manière autonome, la discrimination dans les conditions de travail ou l'aménagement de leurs tâches ouvre surtout droit au paiement d'une indemnité pour tort moral. Or, celle-ci reste conditionnée à la preuve de souffrances psychiques ou physiques, et n'est pas encadrée par un barème en Suisse qui assurerait une indemnité minimale.

Cela a pour conséquence de faire porter aux personnes concernées la responsabilité de procéder à un choix cornélien. D'un côté, celui de ne pas dénoncer des comportements discriminatoires pour espérer « passer à autre chose » et, de l'autre, engager une procédure longue et douloureuse pour espérer recevoir une faible indemnité qui n'est même pas garantie en cas de victoire de principe.

Les études menées pour évaluer la jurisprudence fédérale et cantonales ont d'ailleurs mis en évidence la très faible proportion d'octroi d'une réparation pour tort moral⁸⁸. Pour un ordre de grandeur, à Genève, une personne enceinte

⁸⁸ S'agissant de la jurisprudence fédérale, il a été noté que la réparation d'un tort moral a été demandée dans 18 arrêts et n'a été accordée que dans un seul. S'agissant de la jurisprudence cantonale, elle n'a été demandée dans 29 cas et accordée dans un seul, en lien avec une situation de *mobbing* et fixée à CHF 9000.—.

exposée à de conditions de travail contraires à la LTr a obtenu CHF 2400.—⁸⁹, et une personne enceinte qui s'était vue attribuée une tâche unique, isolée dans un bureau et privée de sa boîte email a obtenu CHF 3000.—⁹⁰.

Les procès LEg, bien que bénéficiant d'une procédure simplifiée, restent de lourdes épreuves. Ils peuvent faire l'objet de longues audiences, agendées sur plusieurs semaines, en soirée, pour permettre à des juges laïques d'y siéger. Les coûts de défense pour être assisté d'un conseil sont donc non négligeables. Il n'est alors pas surprenant que lorsque des personnes décident de porter les cas de discriminations dans l'attribution des tâches ou l'aménagement des conditions de travail devant les tribunaux, elles le fassent parce qu'elles sont aussi en mesure de présenter des conclusions en différence salariale (pour discrimination salariale) ou en indemnité pour licenciement discriminatoire.

Dans la pratique, la faible valeur litigieuse des cas de discrimination dans l'attribution des tâches ou dans l'aménagement des conditions de travail est un frein majeur pour engager des procédures.

Cette faiblesse du dispositif LEg avait pourtant été identifiée dès sa conception, puisque pour y palier, le droit à une indemnité spécifique de nature à la fois punitive et réparatrice, en sus des dommages-intérêts et du tort moral, a été explicitement prévue pour d'autres types de traitements différenciés. Ainsi, en cas de refus d'embauche⁹¹, de résiliation des rapports de travail⁹², ou de harcèlement sexuel⁹³, une indemnité spécifique est prévue, calculée en nombre de mois de salaires.

Une option – à défaut de modification législative plus protectrice – est donc de procéder par analogie en matière de discrimination dans les tâches et les conditions de travail et de présenter des conclusions en tort moral, calculées elles-aussi sur la base d'un nombre de mois. Cette voie a récemment été retenue par la Chambre des prud'hommes de Genève, fixant le tort moral à l'équivalent d'un mois de salaire⁹⁴.

⁸⁹ CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023.

⁹⁰ CACJ GE CAPH/127/2023 du 5 décembre 2023.

⁹¹ Art. 5 al. 2 LEg.

⁹² Art. 5 al. 2 LEg.

⁹³ Art. 5 al. 3 LEg.

⁹⁴ CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022.

Cela étant, la discrimination dans les tâches ou les conditions de travail est très largement associée à la discrimination salariale, permettant ainsi de quantifier une différence salariale due en sus du tort moral. Le montant des prétentions est alors susceptible de devenir beaucoup plus important.

A ce sujet, la Chambre des prud'hommes de Genève a récemment procédé à un examen détaillé des montants à retenir à titre de comparaison. Elle a notamment considéré qu'il convenait de se baser sur la moyenne des salaires des collègues masculins à poste équivalent, même lorsque, dans les faits, les tâches étaient partiellement distinctes puisque l'employée féminine avait justement subi une discrimination dans l'attribution des tâches⁹⁵.

Des pistes sont donc envisageables pour pousser vers une meilleure valorisation du préjudice subi en cas de discrimination dans l'aménagement du temps de travail et dans l'attribution des tâches. Néanmoins, le régime reste beaucoup moins protecteur ou sanctionnant que celui applicable aux autres types de discrimination. A cela s'ajoutent des défis majeurs en matière de preuves.

C. L'allègement du fardeau de la preuve

1. La vraisemblance

L'art. 6 LEg, qui pose le principe de l'allègement du fardeau de la preuve, s'applique à l'attribution des tâches et à l'aménagement des conditions de travail⁹⁶. La preuve au degré de la simple vraisemblance ne nécessite pas que le juge soit convaincu du bien-fondé des arguments de la partie demanderesse ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment⁹⁷.

⁹⁵ CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022, c. 4.2.

⁹⁶ TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, c. 3.3.

⁹⁷ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022 c. 4.1.1 ; ATF 144 II 65, c. 4.2 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; ATF 130 III 145, c. 4.2.

Concrètement, il revient à la partie demanderesse de présenter les indices de vraisemblance d'une discrimination. Ces indices tendront à démontrer qu'une certaine attribution de tâches ou que certaines conditions de travail imposées ont eu un impact défavorable sur elle et sur l'ensemble ou la majorité du personnel de même sexe.

La conséquence négative se traduira souvent par une rémunération moindre. En la matière, la jurisprudence retient – de manière très discutable – qu'une discrimination est rendue vraisemblable lorsque les personnes d'un sexe reçoivent une rémunération significativement plus basse (environ 15 à 25 %) que les personnes de l'autre sexe pour un travail de valeur égale⁹⁸.

Il existe d'autres indices de vraisemblance d'une discrimination dans l'attribution des tâches et des conditions de travail.

Ainsi, s'agissant des tenues, le fait d'imposer un référentiel masculin, soit des tenues genrées d'hommes inadaptées aux morphologies des employées a été retenu comme élément de la vraisemblance de la discrimination dans les conditions de travail⁹⁹.

En lien avec la maternité, le fait de ne pas respecter les dispositions protectrices de la LTr (par exemple imposer des ports de charges ou du travail en chambre froide), constitue une atteinte à la personnalité¹⁰⁰, voire une infraction pénale¹⁰¹, mais peut aussi être mis en avant comme un indice de vraisemblance de la discrimination dans les conditions de travail¹⁰². La Chambre des prud'hommes de Genève a aussi retenu cet élément comme indice de vraisemblance du licenciement discriminatoire, intervenu postérieurement¹⁰³.

⁹⁸ ATF 142 II 49 ; ATF 144 II 65 et les références citées.

⁹⁹ CACJ GE CAPH/102/2023 du 04 septembre 2023.

¹⁰⁰ Art. 328 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO ; RS 220).

¹⁰¹ Art. 59 al. 1 let. c LTr.

¹⁰² CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023.

¹⁰³ CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023, c. 3.2.3.

Toujours en lien avec la maternité, l'attribution d'une tâche unique pendant la grossesse ou la suppression d'un accès informatique et des courriels pendant le congé maternité sont des indices de discrimination, voire des mesures de discrimination dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail manifestes¹⁰⁴.

La temporalité du changement de tâches par rapport à la situation de grossesse ou à l'annonce de cette dernière constituera un indice de vraisemblance de la discrimination dans l'attribution des tâches, par analogie au fait que la proximité entre un congé maternité et le licenciement est un indice du caractère discriminatoire de ce dernier¹⁰⁵.

De la même manière, la demande de réaménagement du temps de travail formulée par l'employée pendant son congé maternité a été retenue comme indice du licenciement discriminatoire au retour de ce congé¹⁰⁶.

L'autrice relève néanmoins que certaines décisions révèlent des conceptions particulièrement strictes de la vraisemblance de discrimination en matière d'attribution des tâches. Ainsi, les juges genevois ont considéré, au sujet d'un cadre, qu'il lui revenait d'apporter la preuve que la modification des tâches constituait bien une rétrogradation¹⁰⁷. En l'espèce, la demanderesse n'avait pas rendu vraisemblable la discrimination dans l'attribution des tâches, car « elle n'avait pas rendu vraisemblable qu'aucun cadre masculin, après une absence de neuf mois, se soit vu retirer les projets sur lesquels il travaillait avant son départ [...] »¹⁰⁸. Dans une autre affaire, les juges ont retenu que la demanderesse n'avait « nullement rendu vraisemblable qu'elle avait subi des modifications de fonctions du fait qu'elle était une femme et qu'un collaborateur masculin placé dans les mêmes circonstances, soit après plusieurs mois d'absence, n'aurait pas vu également ses fonctions modifiées »¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CACJ GE CAPH/127/2023, du 5 décembre 2023, c. 3.3.

¹⁰⁵ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.3 ; TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2.

¹⁰⁶ TC NE arrêt du 9 septembre 2011 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch).

¹⁰⁷ CACJ GE CAPH/143/2015 du 25 août 2015, c. 3.2.3.

¹⁰⁸ CACJ GE CAPH/143/2015 du 25 août 2015, c. 4.3.5.2.

¹⁰⁹ TPH de Genève, arrêt du 14 novembre 2014 (non publié, mais commenté par LEMPEN sur le site LEg.ch).

Ce postulat semble indiquer que la partie employeuse ne serait pas tenue de préserver, autant que faire ce peu, le poste de l'employée absente en raison de sa grossesse. Cette absence est traitée au même titre que n'importe quelle autre absence de longue durée, pourtant seules les femmes sont aujourd'hui concernées par les congés maternité. De l'avis de l'autrice, ces jurisprudences sont discutables, en ce qu'elles ne sont pas compatibles avec l'obligation des autorités de lutter contre toutes mesures susceptibles de provoquer une discrimination, fût-elle indirecte, à l'encontre des femmes¹¹⁰.

Même en dehors des situations de maternité, les comparaisons en matière d'attribution des tâches présentent certains défis. Le Tribunal fédéral a ainsi fait le choix de ne pas sanctionner l'arrêt d'appel qui considérait qu'une employée avait failli à rendre vraisemblable une discrimination de nature sexiste en établissant des comparaisons, non pas avec la position qu'elle occupait, mais avec celle qu'elle estimait devoir occuper¹¹¹. De l'avis de l'autrice, cette position pourrait souffrir d'incohérence, puisqu'il s'agit justement pour la demanderesse de monter par la vraisemblance que sa position et les tâches demandées lui ont été attribuées de manière discriminatoire. Si la demanderesse est privée de la possibilité de comparer ces tâches à celles du personnel masculin qui n'a pas lui-même souffert de cette discrimination, elle sera nécessairement privée de la possibilité de la rendre vraisemblable. Dans ce contexte, il est donc recommandé à la partie demanderesse d'associer la comparaison entre différents postes à des indices de discrimination dans la promotion, tels que la sélection prépondérante de candidats masculins aux postes à responsabilité.

Une jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral vient éclairer la question de la comparaison des emplois. Les juges sont tenus, par leur pouvoir d'établissement des faits d'office, de procéder à toutes les constatations nécessaires quant aux tâches effectuées par la partie demanderesse et par les autres membres du personnel, à la complexité des tâches en question, et/ou à

¹¹⁰ Art. 2 C111.

¹¹¹ TF 4C.91/2005 du 23 mai 2005, c. 1.1. et CACJ GE CAPH/17/2005 du 28 janvier 2005, c. 4.2.

l'accomplissement par les intéressés d'autres tâches administratives ou organisationnelles¹¹².

De manière plus générale, des données ventilées par genre sur les conditions de travail et la distribution des tâches doivent être admises à titre d'indices de vraisemblance.

Ainsi, la partie défenderesse devrait pouvoir être contrainte de transmettre les niveaux de rémunération, mais aussi d'autres données pertinentes telles que les niveaux de responsabilités, la progression de carrière, l'emplacement et l'aménagement des postes de travail, etc. Si un traitement différencié systémique entre femmes et hommes était alors mis en évidence, il serait un indice de vraisemblance de discrimination dans l'attribution des tâches ou dans les conditions de travail.

Les données scientifiques et statistiques non-spécifiques à l'entreprise peuvent aussi constituer des indices de vraisemblance d'une mesure d'apparence neutre. Ainsi, les données scientifiques relatives aux différences physiologiques et sociales entre femmes et hommes sur le sujet sont pertinentes pour rendre vraisemblable l'impact différencié du timbrage des pauses toilettes¹¹³.

2. La preuve des motifs objectifs

Lorsque l'existence d'une discrimination liée au sexe a été rendue vraisemblable, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve complète que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs¹¹⁴.

La jurisprudence sur la preuve des motifs objectifs s'est essentiellement développée dans des cas de discrimination salariale ou de licenciements discriminatoires. Pour les différences de salaires, constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret

¹¹² ATF 127 III 207.

¹¹³ Le Temps, Le timbrage des pauses toilettes repris sous l'angle de la loi sur l'égalité, 19 février 2025 ; L'Evènement syndical, Timbrer pour aller aux toilettes est discriminatoire, 19 décembre 2024.

¹¹⁴ ATF 127 III 207, c. 3b *in fine* ; ATF 125 III 368, c. 4 ; ATF 125 II 541, c. 6c.

d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, ou encore le cahier des charges¹¹⁵. Des disparités salariales peuvent aussi se justifier pour des motifs qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge¹¹⁶. Elles peuvent aussi résulter de la position de force de la personne employée dans la négociation salariale, et de la situation conjoncturelle¹¹⁷. Dans ces deux derniers cas, les disparités de salaire doivent être compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour l'employeur, le cas échéant dans le délai d'une année¹¹⁸. Enfin, l'employeur doit démontrer qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché sous l'angle du principe de la proportionnalité¹¹⁹. Par ailleurs, il est entendu que le résultat d'une négociation collective, même menée avec un syndicat ou une représentation des travailleurs, ne pourrait constituer un motif objectif de discriminations. Ainsi, une employeuse ne saurait invoquer les clauses discriminatoires d'une convention collective ou d'un règlement d'entreprise négocié, alors que ces dernières devraient être déclarées nulles ou amendées¹²⁰.

Ces principes sont tout à fait applicables ou transposables aux cas de discrimination dans l'attribution des tâches ou dans l'aménagement des conditions de travail.

Ainsi, dans un cas où les collaborateurs masculins étaient exemptés de certaines tâches (en l'occurrence, servir des clients dans une des pièces du restaurant, dite « salon tatamis »), l'employeuse avait fait notamment valoir la tradition japonaise selon laquelle le service au sein de ce type de salons était l'apanage des femmes, vêtues de kimonos de soie. La Chambre des prud'hommes de Genève a fermement rejeté l'argument, dans la mesure où cette tradition n'apparaissait pas propre à constituer un critère objectif justifiant une différenciation, ce d'autant plus qu'il paraît vraisemblable que

¹¹⁵ ATF 127 III 207, c. 3c ; ATF 125 III 368, c. 5.

¹¹⁶ ATF 127 III 207, c. 3c ; ATF 125 III 368, c. 5 ; ATF 118 Ia 35, c. 2c.

¹¹⁷ TF 4C.57/2002 du 10 septembre 2002, c. 4.2.

¹¹⁸ TF 4C.57/2002 du 10 septembre 2002, c. 4.2.

¹¹⁹ ATF 130 III 145, c. 5.1.

¹²⁰ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 32, en référence au Message sur la LEg et ATF 121 III 168.

des employés de sexe masculin puissent également porter le kimono dans des restaurants de gastronomie japonaise¹²¹. L'employeuse n'avait pas démontré que la mesure poursuivait un but légitime et commercialement nécessaire, qu'elle était appropriée et nécessaire à la réalisation de ce but, qu'il n'existait pas de solution de rechange raisonnable entraînant des conséquences moins discriminatoires et qu'elle avait pris des mesures d'accompagnement pour réduire l'effet discriminatoire¹²². La tradition n'est donc pas en tant que telle un motif objectif.

D'autres décisions plus anciennes laissent transparaître une plus grande disposition à reconnaître le caractère objectif de certains motifs. A titre d'exemple, le Tribunal des prud'hommes de Genève a eu à traiter la situation d'une employée n'ayant pas été déployée à l'étranger par l'organisation non-gouvernementale qui l'employait, notamment parce que certaines destinations étaient exclues pour les femmes. Les juges avaient exclu la discrimination puisque la distinction reposait sur des motifs objectifs, à savoir les conditions posées par les pays dans lesquels l'employeuse intervenait¹²³. Ainsi dans ce cas, des restrictions sur la base du sexe, dès lors qu'elles découlaient de conditions posées par des pays étrangers, revêtaient un caractère objectif.

Une affaire plus ancienne concernait une autre organisation non-gouvernementale chargée de promouvoir le déminage humanitaire. La personne employée comme *Policy and communication advisor* se plaignait d'une discrimination dans l'attribution des tâches et du fait que les postes politiques et techniques n'étaient attribués qu'à des hommes. Dans son arrêt, la Chambre d'appel de Genève avait retenu qu'au vu de la mission principale de l'organisation, sa mise en œuvre relevait plus d'activités paramilitaires que de fonctions de secrétariat, « généralement mises en place par des hommes, dont certains avaient une longue carrière dans l'armée à leur actif »¹²⁴. L'autrice constate que cette motivation, rendue il y a vingt ans, voilait avec peine un

¹²¹ CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022, c. 5.1, et sa référence à Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 25.

¹²² CACJ GE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022, c. 5.1.

¹²³ TPH de Genève arrêt du 4 juin 2008 (non publié, résumé disponible sur LEg.ch).

¹²⁴ CACJ GE CAPH/17/2005 du 28 janvier 2005, c. 4.2.

paradigme dans lequel les femmes seraient plus légitimes à des fonctions de secrétariat, et les hommes feraient leurs preuves dans des carrières militaires.

Une autre difficulté pratique au sujet des motifs objectifs est qu'ils ne doivent pas être mis sur un pied d'égalité avec les indices de vraisemblance, puisqu'ils sont soumis à un degré de preuve complète. Dans une affaire genevoise, le tribunal avait examiné les preuves à l'appui des allégués des deux parties en une seule opération, et non en deux temps. Le tribunal avait conclu qu'il résultait des enquêtes que le traitement différencié (en l'occurrence un licenciement) était intervenu plutôt pour des raisons économiques. Ce procédé a été sanctionné par la Chambre d'appel, contrainte de rappeler que la vraisemblance est limitée à la première étape du raisonnement et aux indices de discrimination allégués. Ce n'est que dans un deuxième temps, que l'employeuse est autorisée à faire administrer la preuve stricte du motif de congé non-discriminatoire qu'elle allègue. La chambre a ainsi rejeté l'examen par « vraisemblance prépondérante » des motifs allégués de la partie employeuse¹²⁵.

L'allègement du fardeau de la preuve, posé à l'art. 6 LEg, présente ainsi un intérêt évident pour la partie demanderesse, se trouvant confrontée, en pratique, à différentes problématiques. Les indices de vraisemblance peuvent consister en des comparaisons parfois difficiles à établir pour la partie demanderesse. Les motifs sont qualifiés d'objectifs au gré de l'évolution de la société. Cela étant, il est désormais établi que la « conjoncture » ne justifie pas, en tant que telle, de faire perdurer une discrimination. Aussi, bien que largement allégué devant les tribunaux, l'argument économique n'est pas, en lui-même, un motif objectif de traitement différencié des femmes et des hommes.

¹²⁵ CACJ GE CAPH/102/2023 du 4 septembre 2023, c. 3.2.2.

V. Conclusion

La LEg et les progrès sociétaux depuis trente ans ont permis d'ancrer l'interdiction de la discrimination à tous les stades de l'emploi, dans les mœurs et dans les entreprises. Il est acquis que cette interdiction doit couvrir l'ensemble des questions en lien avec l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail, en tenant compte des évolutions technologiques en la matière amenées à transformer en profondeur le monde du travail.

Le premier écueil de la LEg relève de son champ d'application, puisqu'elle ne sanctionne pas la discrimination à raison d'autres motifs que le sexe au sens strict¹²⁶. Ce faisant, la loi laisse derrière elle nombre de personnes particulièrement exposées à la discrimination au travail, y compris en matière d'attribution des tâches et d'aménagement des conditions de travail.

La LEg marque néanmoins un tournant pour promouvoir l'égalité au travail. Elle a accéléré la transition d'une logique de « protection » des femmes à celle d'un droit à la sécurité et à la santé au travail pour tous, qui tient compte des besoins en lien avec la maternité, mais s'écarte pour le surplus des stéréotypes de genre. La LEg n'a en revanche pas permis de lutter efficacement contre des ségrégations verticales et horizontales, qui continuent de péjorer statistiquement la situation des femmes en matière salariale, ainsi qu'en matière de conditions de travail et d'attribution des tâches.

Porter des cas LEg en matière de discrimination dans les tâches et les conditions de travail devant les tribunaux présente de nombreux défis. D'abord, parce qu'il n'est jamais facile pour la personne concernée d'accepter qu'elle ait pu être visée en raison de son genre. Ensuite, l'exercice même du procès, au cours duquel elle sera finalement tenue de se montrer vulnérable pour faire valoir un tort moral, qui n'a qu'une vocation réparatrice, peut être vécu comme une seconde forme d'avilissement, incompatible avec le souhait d'aller de l'avant. Cela est d'autant plus difficile à accepter que la discrimination est un mal sociétal, qui devrait être sanctionnable en tant que tel, indépendamment de son impact sur la personne qui la subie. Le constat de

¹²⁶ ATF 145 II 153, c. 4.

l'autrice est que le dispositif en matière de lutte contre la discrimination dans les tâches et les conditions de travail n'est pas assez efficace du point de vue judiciaire, et dès lors pas assez dissuasif.

Néanmoins, le personnel a des attentes en matière d'égalité et le risque de dégât d'image pour les entreprises est important. En cas de procès, certaines entreprises n'hésitent pas à demander le huis clos, alors que la justice est par principe publique¹²⁷. Aussi, en pratique, la LEg est un levier de négociation, y compris lorsque la discrimination porte sur les tâches et les conditions de travail, et que la valeur litigieuse est moindre.

De plus, la possibilité offerte aux syndicats par l'art. 7 LEg de porter des cas est un outil clé de la lutte contre la discrimination en matière de tâches et conditions de travail. Ce mécanisme permet de sortir d'une logique individuelle qui impose aux personnes discriminées de prendre sur elles les risques en matière de coûts ou de réputation. Il est donc particulièrement adapté pour dénoncer les discriminations dans les conditions de travail et l'attribution des tâches, pouvant concerner des personnes dans l'emploi exposées à des risques accrus de représailles.

Ainsi, bien que le dispositif en place ait permis des avancées, il ne répond pas entièrement aux obligations internationales de la Suisse et s'avère insuffisant, en pratique, pour assurer l'égalité effective dans l'emploi, y compris dans l'attribution des tâches et l'aménagement des conditions de travail. Si la Stratégie Egalite 2030 met l'accent sur l'autonomie professionnelle renforcée des femmes, elle ne contient pas d'engagement législatif en vue d'une modification du dispositif prévu par la LEg¹²⁸. Le regard d'une praticienne sur l'application de cette loi est pourtant que, trente ans après son entrée en vigueur, la LEg devrait être saluée pour ses apports majeurs, mais aussi réformée pour un futur du travail plus égalitaire.

¹²⁷ CACJ GE CAPH/71/2024 du 18 septembre 2024.

¹²⁸ Stratégie Egalite 2030, disponible sur <https://www.egalite2030.ch/fr> ; DEBERNARDI/MOREAU.

Bibliographie

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : Commentaire LEg-AUTEUR/AUTEURE).

DEBERNARDI VALERIE/MOREAU CÉLINE, Responsabilités parentales et travail en Suisse : un cadre juridique qui renforce les stéréotypes de genre, Global Labour Rights Reporter, vol. 3, n° 2, Washington DC 2024, 58 ss.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022.

FREIVOGEL ELISABETH/SCHÄR MOSER MARIANNE/STUTZ HEIDI (édit.), Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Berne/Binningen 2005.

GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (édit.), Loi sur le travail, Berne 2005 (cité : Commentaire LTr-AUTEUR/AUTEURE).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019), Berne 2017 (cité : *Analyse de la jurisprudence cantonale*).

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 de la jurisprudence fédérale*).

PERRENOUD STÉPHANIE, 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, Zurich, Bâle 2015, 73 ss.

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, La pause toilette est-elle vraiment une pause au sens de l'art. 15 LTr ? ; Commentaire de l'arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois CDP.2024.36 du 27.06.2024, Newsletter DroitDuTravail.ch, novembre 2024.

Documents officiels

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (COMITÉ CESCR), Observation générale n° 23 (2016) sur le droit à des conditions de travail justes et favorables, E/C.12/GC/23, 27 avril 2016 (cité : *Observation générale n° 23*).

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES (COMITÉ CEDEF), Observations finales sur le sixième rapport périodique de la Suisse, CEDAW/C/CHE/CO/6, 1^{er} novembre 2022 (cité : *Observations finales*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : *Message LEg*).

OFFICE FÉDÉRALE DE LA STATISTIQUE (OFS), Indicateurs du marché du travail 2025 – Résultats commentés, Neuchâtel 2025, disponible à : <https://www.bfs.admin.ch/asset/de/35408365> (cité : *Indicateurs du marché du travail*).

OFFICE FÉDÉRALE DE LA STATISTIQUE (OFS), L'ESPA en bref 2024 – L'enquête suisse sur la population active, Neuchâtel 2025, disponible à : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/enquetes/espas.assetdetail.36035150.html> (cité : *L'ESPA en bref*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Atteindre l'égalité des genres au travail, Conférence internationale du travail, 111^e session, Genève 2023 (cité : *Etude d'ensemble de 2023*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Donner un visage humain à la mondialisation, Conférence internationale du Travail, 101^e session, Genève 2012 (cité : *Etude d'ensemble de 2012*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Le travail décent dans l'économie des plateformes, Conférence internationale du travail, 114^e session, Genève 2024 (cité : *ILC.114/V[3]*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Les femmes au travail, Tendances 2016, BIT Genève 2016 (cité : *Les femmes au travail*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Les règles du jeu : une introduction à l'action normative de l'Organisation internationale du Travail, BIT Genève 2019 (cité : *Les règles du jeu*).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Observation (CEACR) sur l'application de la Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) par la Suisse, Conférence internationale du travail, 113^e session, Genève 2025 (cité : *Observation [CEACR]*).

Discrimination salariale : comment la rendre vraisemblable en pratique

*Christine Sattiva Spring**

Table des matières

I.	Introduction	115
II.	La discrimination salariale	116
A.	La situation sur le plan juridique	116
1.	Les dispositions constitutionnelles	116
2.	Un long chemin jusqu'à la LEg	117
B.	Les contours de la notion de discrimination salariale	120
1.	Quelques définitions de base	120
a.	La notion de discrimination	120
b.	La discrimination directe	120
c.	La discrimination indirecte	121
2.	La discrimination salariale	122
a.	La notion de travail égal	123
i.	Le travail et sa valeur	123
ii.	L'établissement de la valeur du travail	123
b.	La notion de rémunération égale	125
i.	Le salaire	125
ii.	Les éléments variables de la rémunération	125
III.	La charge et le degré de la preuve	126
A.	Le système général	126
B.	La preuve dans le cadre de la discrimination salariale	127

* Docteure en droit, Avocate spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours LEg à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

IV. La vraisemblance de l'art. 6 LEg	129
A. La reprise des principes de l'arrêt Danfoss et du droit européen	129
B. Le système de l'art. 6 LEg	131
1. L'art. 6 LEg	131
2. La genèse de la disposition	131
3. Le degré de vraisemblance au sens de l'art. 6 LEg	133
4. Le mécanisme d'application de l'art. 6 LEg	134
a. L'examen de la vraisemblance	134
b. L'admission de la vraisemblance	135
i. En matière de discrimination directe	135
ii. En matière de discrimination indirecte	136
c. Le refus de la vraisemblance	136
C. La jurisprudence relative à l'art. 6 LEg	137
1. Les éléments théoriques rappelés par le Tribunal fédéral dans les arrêts récents	137
2. La casuistique dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral	139
a. Discrimination directe	139
b. Discrimination indirecte	141
V. Les problèmes pratiques liés à l'application de l'art. 6 LEg	142
A. Les difficultés qui attendent les plaideuses et plaideurs	142
1. L'appréciation subjective de la vraisemblance et la force des stéréotypes	143
2. Le choix de la personne de comparaison	144
3. Les fourchettes de vraisemblance	145
4. Le caractère tabou du salaire	146
5. La collecte des preuves	147
B. La position particulière du tribunal	148
VI. Quelques pistes de réflexion	149
A. Les défauts du système actuel	149
B. La modification législative de l'art. 6 LEg	150
C. L'élaboration d'un catalogue d'indices	151
1. La prise en compte de l'analyse de l'égalité salariale	151
2. La transparence des rémunérations fixes et variables	152
3. Professions féminines et stéréotypes ou préjugés	153
4. Une application souple des pourcentages de différences de rémunération	154
5. L'existence d'une certification	155

VII. Conclusion	155
Bibliographie	156
Documents officiels	157

I. Introduction

En 2026, année des 30 ans de l'entrée en vigueur effective de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg¹), personne ne se risquerait à s'opposer au respect de l'égalité salariale, qui paraît un acquis évident du 21^e siècle. Or, en pratique, la situation n'est pas du tout aussi évidente, et le récent bilan intermédiaire de la mise en œuvre des art. 13a à 13i LEg sous la plume de l'Office fédéral de la justice (OFJ) démontre que peu d'employeurs ont spontanément satisfait aux obligations que leur imposent les art. 13a ss LEg, avec cette constatation préoccupante que le secteur public n'a pas du tout rempli le rôle d'exemple qui lui a été assigné en matière de promotion de l'égalité salariale².

Sans doute en lien avec le fait que les employeurs ne sont pas toujours prompts à satisfaire à leurs obligations légales, le respect de l'interdiction de la discrimination salariale entre les sexes est éminemment difficile à établir pour les personnes qui se sentent injustement traitées, et ce, malgré les facilités imaginées par le législateur à la suite des expériences faites dans les pays avoisinants.

La présente contribution s'attachera à exposer le système existant, vu non sous l'angle technique de la procédure civile, mais avec l'objectif de mettre le focus sur la pratique judiciaire, de manière parfois peut-être un peu critique, et tentera de proposer des pistes d'amélioration pour les justiciables ou de simplification du travail des magistrats.

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

² OFJ, p. 16.

II. La discrimination salariale

A. La situation sur le plan juridique

1. Les dispositions constitutionnelles

A la suite de l'initiative populaire pour l'égalité des droits entre femmes et hommes du 15 décembre 1976³, qui a abouti d'autant plus aisément que le droit de vote des femmes en matière fédérale venait d'être accepté, le Conseil fédéral a rappelé le caractère justifié d'inscrire dans la Constitution fédérale l'égalité en droit des personnes de chaque sexe⁴.

Le contre-projet présenté par le Conseil fédéral est passé haut la main⁵, avec cette conséquence que depuis le 12 juin 1981, les femmes et les hommes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, comme le prévoyait déjà l'art. 4 al. 2 de l'ancienne Constitution fédérale (aCst.)⁶.

Sans surprise, la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.⁷), toilettée puis acceptée en votation populaire le 18 avril 1999, consacre une disposition spéciale à cette question, en élargissant d'ailleurs le mandat de pourvoir à l'égalité entre les sexes. En effet, l'art. 8 al. 3, 2^e phrase, Cst. confère désormais au pouvoir législatif la mission de réaliser le principe d'égalité des sexes dans l'ensemble de la législation en faisant disparaître, en fait et en droit, toutes les discriminations fondées sur ce critère. La troisième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst. a repris le droit de la femme et de l'homme à un

³ CHANCELLERIE FÉDÉRALE SUISSE, Initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » – Aboutissement du 31 janvier 1977 (FF 1977 I 530).

⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 14 novembre 1979 sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » (FF 1980 I 73), 77 s.

⁵ ASSEMBLÉE FÉDÉRALE, Arrêté fédéral du 10 octobre 1980 concernant l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » (FF 1980 III 713) ; CONSEIL FÉDÉRAL, Arrêté du 17 août 1981 constatant le résultat de la votation populaire du 14 juin 1981 (Egalité des droits entre hommes et femmes ; protection des consommateurs) (FF 1981 II 1216).

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, dans sa teneur du 29 mai 1974 au 1^{er} janvier 2000 (aCst. ; RO 1 1).

⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

salaire égal pour un travail de valeur égale. Il s'agit là d'une disposition unique en son genre puisqu'elle ne s'applique pas seulement dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, mais directement entre personnes privées, soit entre employeurs et employeuses d'une part, et personnes employées d'autre part. C'est donc une disposition constitutionnelle dotée d'un effet horizontal direct, qui confère à toute salariée le droit d'obtenir le même salaire que son collègue masculin pour un travail présentant la même valeur, et inversement. L'interdiction posée vise les discriminations salariales tant directes qu'indirectes⁸.

2. Un long chemin jusqu'à la LEg

Pour donner à l'interdiction de la discrimination salariale constitutionnelle une portée plus large et plus facile d'application, en particulier dans le cadre du droit privé, la parlementaire Yvette Jaggi a déposé un postulat, le 12 décembre 1983, sous le titre « Egalité des salaires. Application du principe ». Dans ce texte, elle priait le Conseil fédéral de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en vue de permettre la réalisation du principe de l'égalité des salaires versés aux femmes et aux hommes pour un travail de valeur égale. A cette fin, elle considérait que le législateur devrait préciser les critères applicables pour la détermination de la valeur du travail, les personnes et organisations ayant qualité pour agir, ainsi que les responsabilités pour l'administration des preuves. Elle concluait en relevant que la réalisation du principe du salaire égal pour un travail de valeur égale, inscrit depuis le 14 juin 1981 dans la Constitution⁹, se heurtait manifestement à de graves difficultés d'application. Ce postulat a été adopté en 1985 par le Conseil national, pour réaliser l'égalité dans les faits et parer aux difficultés que l'application pratique de l'art. 4 al. 2 aCst. présentait, notamment dans le domaine du droit privé. Un groupe de travail interdisciplinaire et interdépartemental a alors été mis sur pied avec la mission de déterminer, sur la base d'une analyse socio-juridique, les raisons et l'étendue des inégalités salariales, ainsi que de présenter des propositions de politique législative. Il en est sorti un rapport¹⁰, en octobre 1988 déjà, qui

⁸ MALINVERNI et al., N 1253.

⁹ Art. 4 al. 2 aCst., dans sa teneur du 14 juin 1981 au 1^{er} janvier 2000 (RO 1981 1243).

¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1163–1167.

concluait à la persistance d'inégalités salariales, dont l'existence relevait de statistiques et d'enquêtes liées en particulier à :

- la difficulté d'exercer en justice le droit à l'égalité des salaires compte tenu des obstacles et inconvénients pour les femmes, en particulier en lien avec l'insuffisance de la protection contre les congés ;
- la difficulté de prouver la valeur égale du travail¹¹ ;
- la crainte de stigmatisation ;
- l'insuffisance de soutien moral, juridique et financier.

Le groupe de travail prônait une politique globale d'égalité des chances qui renforcerait la position de la femme sur le marché du travail et éliminerait les discriminations existantes avant que la femme n'entre sur ledit marché et après qu'elle en est sortie.

Il en est résulté un avant-projet de loi fédérale du 16 janvier 1991, sous deux formes : l'une des variantes était celle d'une loi spécifique ; l'autre variante proposait une modification des textes topiques en matière de droit du travail, soit, à l'époque, de la loi sur les fonctionnaires qui régissait le personnel de la Confédération¹², et du titre XIX du Code des obligations (CO¹³), pour ce qui concernait le droit privé.

Compte tenu de l'accueil plutôt chaleureux réservé à la variante de loi spécifique, le Conseil fédéral a élaboré le projet de loi sur l'égalité, qu'il a accompagné d'un message le 24 février 1993¹⁴. On ne saurait passer sous silence que, malgré le refus exprimé par le peuple et les cantons de participer à l'Espace économique européen (EEE)¹⁵, le projet était marqué par la nécessité d'une eurocompatibilité et le souci de pouvoir ratifier plusieurs conventions internationales aux fins de rattraper un certain retard de la Suisse, qui attendait d'avoir des dispositions internes lui assurant la possibilité de

¹¹ K GIG-STEIGER-SACKMANN, art. 6 N 3.

¹² Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires (FF 1927 II 1) et l'extrait du 30 septembre 1927 des délibérations du Conseil fédéral (FF 1927 II 263).

¹³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO ; RS 220).

¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEG*, 1163 ss.

¹⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Arrêté du 28 janvier 1993 constatant le résultat de la votation populaire du 6 décembre 1992 (Espace économique européen « EEE ») (FF 1993 I 147), rejetée de peu par le peuple et largement par les cantons.

ratifier notamment la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)¹⁶.

C'est dans cet esprit d'ouverture qu'a été conçu le projet de loi fédérale sur l'égalité, dont le message du Conseil fédéral relève, dans son condensé, qu'elle « a pour objet de faciliter l'application du droit à un salaire égal, garanti par l'article 4, 2^{ème} alinéa, de la Constitution »¹⁷. Elle vise aussi, de manière plus générale, à concrétiser le mandat confié au législateur de pourvoir à l'égalité dans le domaine du travail et elle constitue à cet effet un grand pas de plus en direction de l'égalité, étant entendu que des mesures devront également être prises dans d'autres domaines, notamment en matière de politique sociale, de politique familiale et de formation.

« La loi devait également transposer le droit de l'EEE dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes, en introduisant une interdiction de discrimination à raison du sexe dans l'emploi, y compris l'accès à l'emploi, et en améliorant la protection contre les licenciements de rétorsion »¹⁸. En dépit du rejet de l'accord EEE par le peuple et les cantons, il importait de maintenir l'eurocompatibilité de l'ordre juridique suisse. L'élimination des discriminations entre femmes et hommes sur le marché du travail contribue à une meilleure affectation des ressources et à la suppression des distorsions de concurrence d'ordre structurel. Le projet de loi « permettra à la Suisse d'avoir une législation pour l'essentiel conforme au droit communautaire dans ce domaine et de combler son retard par rapport aux pays qui l'entoure »¹⁹.

L'interdiction de la discrimination entre les sexes s'est concrétisée à l'art. 3 LEg, qui prohibe les discriminations directes ou indirectes et s'applique de manière extrêmement large, notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnel, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail²⁰. L'art. 5 LEg sanctionne les manquements

¹⁶ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF ; RS 0.108).

¹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1164.

¹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1164.

¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1164.

²⁰ Art. 3 al. 2 LEg.

des employeurs, qui se verront condamnés à payer les arriérés de salaire pour une période rétroactive maximale de 5 ans.

B. Les contours de la notion de discrimination salariale

1. Quelques définitions de base

a. La notion de discrimination

La discrimination est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, en tant qu'il se rapporte à un critère de distinction relatif à une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer²¹.

La discrimination prohibée peut être directe ou indirecte.

b. La discrimination directe

Est constitutive d'une discrimination directe à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes, et qui n'est pas justifiée objectivement²².

Ainsi, de manière très schématique, chaque fois que c'est le sexe ou le genre qui fonde la décision de l'employeur de traiter différemment les femmes et les

²¹ ATF 143 I 129, c. 2.1.3.

²² CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1210 ; ATF 124 II 424 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1.

hommes dans son personnel, on sera en présence d'une discrimination directe²³.

En matière salariale, on pense évidemment au cas des employeurs qui feraient une différence entre les hommes, tout naturellement désignés comme des soutiens de famille, et les femmes qui travaillent pour leur épanouissement personnel. Elles ne « mériteraient » dès lors pas de recevoir une même rémunération que les hommes, qui doivent pourvoir à l'entretien de leur épouse et de leurs enfants²⁴.

c. La discrimination indirecte

Elle se définit comme la situation dans laquelle une disposition, une pratique ou un critère apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans justification objective et proportionnée²⁵. C'est ici le résultat qui comptera, après comparaison de groupe et non d'individus isolés.

Une telle discrimination n'est donc pas neutre s'agissant des effets de son application entre les groupes considérés²⁶.

Ainsi, exiger une certaine taille ou définir des pratiques différentes pour les personnes à temps partiel aura pour effet de disqualifier souvent les femmes, alors même que le critère retenu ne paraît pas être lié au sexe. En matière salariale, on pense notamment à une structuration de la rémunération

²³ Un exemple récent est constitué par les arrêts TF 2C 441/2024 du 25 mars 2025 (Zofingue contre UNIL) et TF 2C_72/2024 du 25 mars 2025 (Zofingue contre EPFL).

²⁴ Il est d'ailleurs établi que la naissance d'un enfant a pour effet de freiner la carrière et par la même la progression salariale d'une femme alors qu'un homme verra sa rémunération augmenter, et ceci encore en 2025 ; cf. 24 Heures, Avoir un enfant booste le salaire des hommes, 27 août 2025 (<https://www.24heures.ch/suisse-avoir-un-enfant-booste-le-salaire-des-hommes-274483702131>, consulté le 28 août 2025).

²⁵ Cf. 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) (JO L 204/23), N 2 (cité : Directive 2006/54/CE), un peu plus large que la notion exposée par le CF dans son message qui évoque une plus forte proportion de personnes d'un sexe.

²⁶ TF 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.1.

particulière ou des avantages spéciaux pour les personnes œuvrant à plein temps²⁷.

2. La discrimination salariale

Constitue une discrimination salariale au sens de la LEg toute différence de salaire entre femmes et hommes qui ne s'explique pas objectivement ou rationnellement par les caractéristiques des personnes comparées, ni par les particularités ou les exigences du poste. Cette différence peut être totalement inexpliquée et inexplicable, ou découler de la prise en considération de facteurs discriminatoires.

Les éléments de la discrimination salariale prohibée sont au nombre de trois : le sexe opposé, le salaire différent et le travail de valeur égale. Ainsi, entre personnes de sexes différents, l'employeur ne saurait rémunérer de manière inégale pour un travail de valeur égale, mais il ne doit pas non plus salarier dans la même proportion des activités dont la valeur n'est pas comparable.

Il y aura donc discrimination salariale au sens de la LEg lorsqu'en présence d'un travail de valeur égale, la rémunération n'est pas égale et que ce delta de salaire est lié à une différence de sexe.

La discrimination peut être individuelle et concerner une personne bien déterminée, mais elle peut aussi avoir un caractère plus général dans le cadre d'une classification a priori de diverses fonctions, qui valorise différemment des professions typiquement féminines, ou dévalorise des compétences généralement plutôt attribuées aux femmes²⁸.

La notion d'interdiction de discrimination posée par l'art. 3 LEg est cohérente avec le droit international, en particulier avec l'art. 11 CEDEF et avec les art. 2 et 14 de la Directive 2006/54/CE.

²⁷ Compte tenu des contraintes familiales, il est encore très fréquent que les femmes travaillent à un pourcentage largement moindre que leur compagnon.

²⁸ Tel avait été le cas lorsqu'il s'était agi pour la première fois de comparer les infirmières aux policiers (TF 2A.556/2002 du 26 septembre 2003, c. 5).

a. La notion de travail égal*i. Le travail et sa valeur*

Dans l'équation « à travail égal ou de valeur égale salaire égal », le premier terme est constitué par le travail attribué à la personne qui se dit victime d'une discrimination salariale. La difficulté est dès lors de déterminer la valeur du travail.

Actuellement encore, dans notre société, la cotation du travail dépend principalement de la formation et des exigences tant mentales que physiques requises à sa réalisation, de la pénibilité des conditions d'exécution et des responsabilités qui s'y attachent. Ces critères d'évaluation sont en principe neutres, même s'ils sont éminemment marqués par des constructions sociales. C'est dans cette définition de la valeur du travail que résident beaucoup de risques de discrimination, dans la mesure notamment où certaines activités sont considérées comme plus pénibles ou plus difficiles voire encore plus prestigieuses.

ii. L'établissement de la valeur du travail

Dans un environnement juridique fondé sur la liberté individuelle tel qu'il en ressort du Code des obligations²⁹, en matière de rapports de travail de droit privé, l'employeur choisit en principe librement, dans les limites de l'ordre juridique, la valeur qu'il attribue à un poste de travail.

Dans la mesure où, comme on l'a relevé précédemment, cette valeur est parfois extrêmement subjective, la LEg peut apporter un certain correctif, sur le plan interne à tout le moins, par l'interdiction de la discrimination. En effet, notre système juridique ne connaît pas d'égalité de traitement obligatoire entre collaborateurs d'entreprises différentes, avec cette conséquence qu'une même fonction pourra être évaluée diversement chez différents employeurs. Pour réaliser le mandat constitutionnel, la LEg se limite à permettre de contester une discrimination interne au sein de l'entreprise.

Dès lors, une évaluation analytique du travail est largement recommandée pour comparer fondamentalement les fonctions quant à leurs valeurs. Un tel système doit établir les exigences et les charges d'un travail, soit en gros traits

²⁹ Cf. art. 1 et 19 CO.

les compétences indispensables à l'exercice de la fonction et les facteurs de pénibilité liés à l'accomplissement de la tâche³⁰.

Dans ce modèle, il y aura lieu de classer les activités en recourant à autant de critères favorables aux femmes qu'aux hommes, pour assurer la neutralité quant au sexe. Une fois les fonctions évaluées par différentes personnes, tout stéréotype mis de côté, et les résultats validés par un large panel, la valeur du travail sera le résultat de la pondération des points obtenus dans les différents domaines.

On comprend aisément que cette manière de faire donnera d'excellents résultats lorsque l'on construit un système salarial, mais qu'elle peut s'avérer très chronophage et dispendieuse lorsqu'il faut uniquement évaluer deux postes de travail très éloignés l'un de l'autre. En justice, il sera difficile pour la partie demanderesse d'être percutante et entendue dans ses arguments si tout l'organigramme de l'employeur doit être repensé et tous les collaborateurs reclassés, a fortiori si l'employeur est une structure d'une certaine taille.

Sachant que la méthode analytique est parfois difficile d'application dans les procès impliquant en particulier de grandes entreprises, il sera possible de recourir au système statistique dans le cadre duquel on contrôle à l'aide d'une régression multiple la relation entre diverses variables, celles relatives au sexe devant avoir une valeur de zéro. Cette méthode, développée par le Prof. Yves Flückiger, et exposée en détail dans un jugement de 2003³¹, a été reprise par le Bureau fédéral de l'égalité (BFEG). Il l'a appliquée dans le développement d'un outil destiné à permettre aux entreprises de déterminer si elles salarient correctement leurs collaboratrices et collaborateurs : il s'agit du programme Logib³², qui est désormais disponible en deux modules distincts, selon que l'employeur est une PME³³ ou une autre entreprise plus importante.

³⁰ BFEG, 8.

³¹ ATF 130 III 145.

³² Acronyme de *Lohnvergleichsinstrument des Bundes*, outil scientifiquement reconnu et conforme au droit, développé par la Confédération et mis à disposition des employeurs pour leur permettre de procéder à l'analyse de l'égalité salariale.

³³ <https://www.ebg.admin.ch/fr/analyser-egalite-salariale-avec-logib>, consulté le 1^{er} octobre 2025.

b. La notion de rémunération égale*i. Le salaire*

Dans le cadre de la recherche d'une discrimination salariale, le salaire à prendre en considération constitue une notion large qui ne se borne pas au montant figurant sur la fiche de paie des personnes impliquées, mais qui comporte aussi toutes les prestations annexes appréciables en argent³⁴. Le salaire inclut donc toute rémunération en nature ou en argent en contrepartie d'un travail effectué : salaire de base, 13^e salaire, part variable, bonus, gratification, allocations familiales ou de formation, place de parc, frais de formation³⁵, et même les indemnités de départ si elles sont contractuelles³⁶.

ii. Les éléments variables de la rémunération

Les éléments variables de la rémunération sont parfois délicats à interpréter dans le cadre d'une discrimination salariale prétendue. A cet égard, il convient d'opérer certaines distinctions.

Une rémunération variable dépendant des résultats de l'entreprise et attribuée à un cercle donné de collaboratrices et collaborateurs présente un caractère relativement objectif et permettra des comparaisons sans difficulté majeure.

A l'inverse, une gratification tout à fait discrétionnaire est de nature à faire supposer que l'employeur a souhaité favoriser la personne qui la reçoit ; cette attribution est parfois explicable par des éléments objectifs³⁷, souvent toutefois difficilement mesurables.

La situation du bonus lié à l'atteinte des objectifs fixés nécessitera un examen comparatif desdits objectifs, qui peuvent être irréalisables ou très aisément atteignables ; des discriminations peuvent donc se cacher dans une réglementation qui paraît de prime abord tout à fait neutre et impartiale.

³⁴ Commentaire LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 20.

³⁵ ATF 126 II 217, c. 9.

³⁶ LEMPEN, 138.

³⁷ On pense par exemple au rétablissement de la relation commerciale avec un gros client qui avait été perdu par un collègue ou à l'acceptation d'un remplacement loin du domicile.

Les différences de structure du salaire n'empêchent pas de se pencher sur une discrimination alléguée, même si elles complexifient sans doute la tâche du tribunal³⁸.

III. La charge et le degré de la preuve

A. Le système général

Selon l'art. 8 du Code civil (CC³⁹), chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire un droit. Ce principe général s'applique au-delà du seul droit privé et trouve son pendant à l'art. 152 du Code de procédure civile (CPC⁴⁰)⁴¹ ; il permet de déterminer, de manière toute générale, quel plaideur supportera l'échec de la preuve.

La disposition précitée ne dit toutefois rien du degré de la preuve qui devra être administrée. En droit suisse, on connaît en principe trois degrés de preuve : la preuve stricte, la vraisemblance prépondérante et la vraisemblance simple⁴². Dans le premier cas, une preuve est considérée comme apportée lorsque le tribunal est convaincu, sur la base de critères objectifs, de la véracité d'une affirmation factuelle : le juge aura acquis la certitude et n'éprouvera aucun doute relativement aux faits qui lui sont présentés⁴³. Des exceptions existent toutefois à cette règle de conviction complète du juge ; elles découlent tant de la loi, et sont d'ailleurs réservées par le texte même de l'art. 8 CC, que de la jurisprudence et de la doctrine. Leur justification trouve sa source dans la nature de certaines affaires, pour lesquelles l'exigence d'une preuve stricte n'est pas possible ni envisageable, soit parce que les moyens de preuve ne se trouvent pas en mains de la partie qui en assume le fardeau, soit lorsque

³⁸ Tel avait probablement été le cas pour les juridictions vaudoises qui avaient nié la discrimination salariale dans une cause où la collaboratrice gagnait pourtant près de 50 % de moins que son collègue masculin (TF 4A_261/2011 du 24 août 2011).

³⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁴⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁴¹ ATF 143 III 297.

⁴² BOHNET, N 13.

⁴³ ATF 140 III 610, c. 4.

l'exigence aurait pour effet d'empêcher potentiellement la mise en œuvre effective du droit.

Dans de telles hypothèses, une vraisemblance prépondérante pourra être considérée comme suffisante notamment lorsque l'on se trouve dans une situation d'état de nécessité probatoire⁴⁴. En matière de vraisemblance prépondérante, une preuve est considérée comme apportée lorsque des raisons objectives suffisamment importantes plaident en faveur de l'exactitude de l'allégation factuelle, de sorte que d'autres possibilités envisageables ne peuvent raisonnablement être prises en considération de manière déterminante.

Enfin, il arrive qu'une allégation doive uniquement être rendue vraisemblable ; la simple vraisemblance se distingue de la vraisemblance prépondérante notamment par le fait qu'elle concerne en particulier les procédures sommaires soumises à des restrictions en matière de moyens de preuve. Un fait est alors rendu vraisemblable dès que certains éléments plaident en faveur de son existence, même si le tribunal estime encore possible qu'il ne se soit pas produit⁴⁵.

B. La preuve dans le cadre de la discrimination salariale

Si on appliquait strictement l'art. 8 CC dans les procès relatifs à la discrimination salariale, la partie demanderesse, celle qui prétend n'avoir pas été salariée correctement, compte tenu du travail qui lui est confié, se retrouverait souvent confrontée à des indices d'une violation de l'art. 3 LEg par l'employeur, sans parvenir à l'établir suffisamment pour que le magistrat n'éprouve pas le moindre petit doute. Cela signifierait que la demanderesse aurait à prouver le travail qui est le sien, sans oublier la formation qui a été nécessaire, les responsabilités impliquées, l'étendue des tâches et des contraintes particulières de son activité, et en mentionnant le salaire attaché à ce travail. Il lui incomberait ensuite de faire la même démonstration pour une

⁴⁴ TF 4A_428/2019 du 16 juin 2020, c. 5.1.2.

⁴⁵ ATF 130 III 321, c. 3.3 et les références citées.

personne de l'autre sexe dont elle estime que le travail a une valeur égale au sien.

L'ampleur de la tâche peut aisément rebuter tant les novices que les personnes avisées ; de ce fait, on se trouverait en contradiction complète avec les problèmes que le groupe de travail interdépartemental avait mis en évidence. En particulier, prouver la valeur égale de deux activités, d'une part, et établir que cette valeur est objective, d'autre part, serait un défi de nature à empêcher la bonne application du droit.

Fort heureusement, deux institutions viennent en aide aux parties : l'allègement du fardeau de la preuve⁴⁶, d'une part, et le recours à un expert, d'autre part. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a jugé que si le magistrat a l'impression de n'être pas en mesure d'évaluer l'équivalence des postes de travail, il lui incombe de mettre en œuvre une expertise. Certes, la charge de l'allégation repose toujours sur la partie demanderesse qui devrait, de son côté, proposer le recours à un expert. L'expertise peut être ordonnée d'office ou sur requête, mais sera d'autant plus nécessaire que l'employeur n'est pas en mesure d'indiquer comment il a évalué les fonctions et les salaires qui s'y rapportent. Malgré le coût que représente l'expertise à la charge de la corporation publique qui met l'expert en œuvre, puisque les procès LEg interviennent sans frais sur le plan cantonal⁴⁷, la maxime inquisitoire sociale rendra cette mesure souvent inévitable. En effet, pour que le jugement de l'autorité cantonale puisse être confirmé, il faut qu'elle présente des compétences techniques suffisantes pour comparer les activités de collaborateurs, dont les cahiers des charges ne se recoupent pas⁴⁸. A défaut, son raisonnement doit être fondé sur une approche méthodologique, scientifique et reposer sur un choix de critères bien précis.

⁴⁶ Cf. *infra* IV.

⁴⁷ Art. 114 CPC.

⁴⁸ ATF 133 III 545, c. 4.3.

IV. La vraisemblance de l'art. 6 LEg

A. La reprise des principes de l'arrêt Danfoss⁴⁹ et du droit européen

L'entreprise Danfoss allouait le même salaire de base au travail situé dans la même classe salariale. Toutefois, elle accordait conformément à sa convention collective des majorations de salaire individuel, calculées notamment en fonction de la flexibilité, de la formation professionnelle et de l'ancienneté.

Saisi par la Fédération des employés, le Tribunal d'arbitrage catégoriel avait sursis à statuer et posé à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) des questions concernant la charge de la preuve. Ainsi, la Cour a jugé que pour garantir l'application du principe de l'égalité des rémunérations établi dans la directive alors en vigueur⁵⁰ et s'assurer de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller au respect de ce principe, la directive devait être interprétée en ce sens que lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisée par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que les travailleuses établissent, par rapport à un nombre relativement important de salariés masculins, que la rémunération moyenne des femmes est inférieure à celle des hommes⁵¹. La charge de la preuve peut donc être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour éviter de priver les travailleurs victimes d'une discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations. Ainsi, la Cour a posé que, dans une situation de discrimination apparente, la charge de la preuve revient à l'employeur invité à démontrer l'existence de raisons

⁴⁹ CJCE, arrêt C-109/88 du 17 octobre 1989, *Danemark c. Danfoss*, C-109/88 (ECLI:EU:C:1989:383), N 14 à 16 (cité : CJCE C-109/88).

⁵⁰ Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des états membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45), N 19 (cité : Directive 75/117/CEE).

⁵¹ CJCE C-109/88, N 14 à 16.

objectives à la différence de rémunérations constatées⁵². Reprenant cette idée, la Cour a jugé quelques années plus tard qu'il y avait une apparence de discrimination fondée sur le sexe entre la profession féminine d'orthophoniste et celle masculine de pharmacien, alors même que les rémunérations découlaient de négociations collectives⁵³.

Un arrêt subséquent⁵⁴ confirme la jurisprudence selon laquelle le renversement de la charge de la preuve est subordonné à la condition que la partie requérante établisse une apparence de discrimination.

Les principes évoqués ci-dessus, établis en matière de charge de la preuve dans des affaires de lutte contre les discriminations entre les sexes, ont été codifiés et renforcés par le législateur européen, notamment dans la directive 2006/54/CE⁵⁵.

Ainsi, dans le droit de l'Union européenne, lorsqu'une apparence de discrimination est établie sans motifs justificatifs de la partie employeuse, la discrimination devra être constatée. Cette solution permet de réaliser un juste équilibre entre les intérêts de celui ou celle qui se dit victime d'une discrimination et ceux de la partie qui lui fait face, étant précisé que la règle jurisprudentielle codifiée par la directive ne fait que modifier la charge de la preuve sans l'écarter.

L'égalité de traitement apparaît ici comme une égalité des armes, destinée à assurer le principe d'effectivité du droit⁵⁶.

On relève encore que le législateur européen n'a pas attendu 2006 pour modifier la charge de la preuve dans les discriminations fondées sur le sexe ; en effet, la 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 contenait

⁵² Cf. également CJCE, arrêt C-127/92 du 27 octobre 1993, *Dr. P. M. Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health* (ECLI:EU:C:1993:859), N 16 (cité : CJCE C-127/92).

⁵³ CJCE C-127/92, N 16.

⁵⁴ CJCE, arrêt C-381/99 du 26 juin 2001, *S. Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* (ECLI:EU:C:2001:358), N 52 à 54 et la jurisprudence citée.

⁵⁵ Directive 2006/54/CE, N 19.

⁵⁶ Dans le même sens, cf. les conclusions de l'avocat général M. R. Norkus, présentées le 10 avril 2025, dans CJUE, affaire C-136/24 P (en cours), *Alaa Hamoudi c. Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex)* (ECLI:U:C:2025:257).

déjà un art. 4 statuant que les Etats membres devaient prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne s'estimant lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et ayant établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte voie la partie défenderesse être amenée à prouver l'absence de violation de ce principe.

En résumé, dans l'Union européenne, le principe d'égalité des armes et le *fumus boni juris* ont pour conséquence qu'à compter du moment où la partie qui se dit victime amène un commencement de preuve, dans une situation d'asymétrie claire et/ou structurelle, il existe une présomption de discrimination qui exige le transfert de la charge probatoire pour garantir un recours effectif à un procès équitable.

B. Le système de l'art. 6 LEg

1. L'art. 6 LEg

Le texte de l'art. 6 LEg, tel qu'il est ressorti des débats aux chambres fédérales, sans modifications jusqu'à ce jour, se lit de la manière suivante :

« L'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ; la présente disposition s'applique à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnel, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail »⁵⁷.

2. La genèse de la disposition

On ne saurait faire mieux ici que rappeler les passages topiques du message du Conseil fédéral, qui reprenait l'acquis communautaire exposé ci-dessus :

« Si le fardeau de la preuve est à sa charge, il est dans l'intérêt de la partie employeur d'informer le juge avec la plus grande diligence et de lui fournir toutes les pièces utiles. C'est pourquoi le projet de loi propose de faire

⁵⁷ Art. 6 LEg.

supporter les conséquences de l'absence de preuve à l'employeur. C'est à lui qui incombera de démontrer qu'une mesure, dont le caractère discriminatoire a été rendu vraisemblable par le travailleur, repose sur d'autres motifs que le sexe. Dès lors qu'il risque de perdre le procès s'il échoue dans cette démonstration, il aura tout intérêt à participer activement à la procédure probatoire.

Cette règle spéciale trouve sa justification dans la nécessité de corriger l'inégalité de faits résultant de la concentration des moyens de preuves en mains de l'employeur. Pour éviter que des actions ne soient introduites à la légère, on exige, avant de mettre le fardeau de la preuve à charge de l'employeur, que la victime apporte quelques indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination [...] »⁵⁸.

« En matière de discrimination indirecte, il convient, de manière analogue à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'employeur lorsqu'il paraît qu'une mesure est, selon toute vraisemblance, propre à désavantager un pourcentage considérablement plus élevé de femmes que d'hommes »⁵⁹.

Aux Chambres fédérales, le débat a été animé sur la portée de cet allègement. Alors que le Conseil national souhaitait le limiter à la discrimination salariale, le Conseil des états était d'avis que toute discrimination, hormis le harcèlement, devait bénéficier de la preuve facilitée. Le texte sorti des débats parlementaires est le résultat d'un compromis : il reprend l'art. 5 de l'avant-projet et le complète, la disposition initiale sous la note marginale fardeau de la preuve prévoyant uniquement que l'existence d'une discrimination est présumée, pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.

⁵⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEG*, 1215.

⁵⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEG*, 1216.

3. Le degré de vraisemblance au sens de l'art. 6 LEg

Rien dans l'énoncé de l'art. 6 LEg, ni dans les travaux préparatoires, ne permet d'indiquer avec certitude quel est le degré de la vraisemblance auquel pensait le Conseil fédéral lorsqu'il a élaboré cette disposition. Toutefois, vu la reprise du droit européen, il y a lieu de partir de l'idée qu'il s'agit d'une vraisemblance simple et qu'on ne saurait en aucun cas imaginer que la discrimination pour laquelle il faut amener un commencement de preuves doit être plus vraisemblable qu'invraisemblable. Le droit européen a relevé à plusieurs reprises qu'il ne fallait pas se montrer trop sévère en matière de charge de la preuve de la vraisemblance. Dès lors, en transposant le concept en droit suisse sans le dénaturer, il y aurait lieu de considérer que c'est un degré de certitude bien inférieur à 50 % qu'il y a lieu d'atteindre dans le cadre de la disposition étudiée⁶⁰.

L'application du principe de libre appréciation des preuves de l'art. 157 CPC signifie, dans le cadre de l'art. 6 LEg, que le tribunal doit être attentif à des commencements de preuve et considérer les indices. Pour reprendre la proposition d'un spécialiste de procédure civile⁶¹, la simple vraisemblance devrait être ramenée à l'énonciation : à première vue, les choses auraient très bien pu se passer comme l'allègue la partie requérante. C'est dans ce sens qu'il y aurait lieu de réfléchir à l'application effective de l'art. 6 LEg s'agissant de la vraisemblance⁶². Cette approche paraît partagée par BOHNET, pour qui le tribunal doit, dans le doute, retenir la vraisemblance afin de permettre un examen plus en profondeur du cas⁶³.

⁶⁰ Dans le même sens, cf. BOHNET, N 155.

⁶¹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 151 N 22.

⁶² K GIG-STEIGER SACKMANN, art. 6 N 146 parle de 25 %.

⁶³ BOHNET, N 63.

4. Le mécanisme d'application de l'art. 6 LEg

a. L'examen de la vraisemblance

Pour le magistrat et les parties, le mécanisme de l'art. 6 LEg est un peu surprenant. En effet, lorsque la loi pose le renversement du fardeau de la preuve, dans la mesure où la vraisemblance a été atteinte, on a l'impression qu'il s'agirait de réaliser deux étapes différentes dans la procédure, un peu par analogie avec la situation dans laquelle un plaideur sollicite des mesures provisionnelles, et doit ensuite défendre le fond du droit. Or, sur le plan temporel, le système de l'art. 6 LEg est tout autre⁶⁴.

En effet, l'examen de la vraisemblance auquel se livre le tribunal intervient une fois la procédure probatoire et l'audience de jugement terminées.

Si, sur le plan intellectuel, le système se conçoit assez aisément, il n'est pas sans poser des problèmes pratiques au magistrat, dans la mesure où ce dernier est souvent amené, en cours d'instance, à prendre des décisions sur l'administration des preuves. Tel est en particulier le cas en matière d'expertise, dont on rappelle que la jurisprudence fédérale l'impose lorsque le tribunal n'est pas à même d'évaluer la valeur égale de certaines fonctions.

Naturellement, l'incertitude sur l'admission ou non de la vraisemblance impacte aussi les parties. En effet, aucune d'elles ne peut d'entrée de cause savoir si, dans le jugement final, il lui sera opposé une insuffisance de preuves. Il en résulte que les parties se voient obligées de fournir toutes les preuves à disposition. Dans la mesure où les procès LEg sont soumis à la procédure simplifiée, cela signifie que les parties sont habilitées, jusqu'à la clôture de l'instruction, à solliciter l'administration de nouvelles preuves. Elles auront tendance à le demander pour éviter de se voir confrontées ultérieurement à un état de fait défavorable.

Quoi qu'il en soit, après les plaidoiries finales, le tribunal se verra appelé à trancher sur la vraisemblance, et sa décision devra transparaître dans le jugement à intervenir, aux fins que les parties puissent recourir contre le refus de son acceptation. L'admission ou non de la vraisemblance constituera dès lors la première phase du raisonnement du tribunal.

⁶⁴ LEMPEN/SHEYBANI, 11 et les références citées ; BOHNET, 20 s. N 75 et 77.

b. L'admission de la vraisemblance*i. En matière de discrimination directe*

Le tribunal devra admettre l'existence d'une vraisemblance si la partie requérante lui amène des indices concrets que sa rémunération n'est pas à la hauteur du travail qu'elle fournit, compte tenu de la manière de salarier chez son employeur, en indiquant au moins le nom d'un collègue de sexe opposé qui obtient une meilleure rémunération. Dans l'examen de la vraisemblance, l'existence d'une seule personne mieux traitée qu'un collègue de l'autre sexe pour une activité a priori de valeur égale permettra d'entraîner le renversement du fardeau de la preuve. Si la partie demanderesse, par précaution, indique plusieurs personnes de comparaison, il suffira que la vraisemblance existe par rapport à l'une d'elles et l'employeur ne pourra faire une règle de trois pour venir prétendre qu'il y a plus de cas dans lesquels l'invraisemblance a été établie.

Dans l'hypothèse où les juges auront été convaincus de la vraisemblance, ils devront alors analyser les moyens libératoires de la partie employeuse à la lumière de l'art. 8 CC et examiner si celle-ci a établi les éléments qui justifient une différence de traitement de la proportion constatée. C'est à ce moment-là que le tribunal se penchera de manière approfondie sur l'existence de motifs objectifs⁶⁵, soit les raisons fondées influençant la valeur même du travail, en particulier la formation, les qualifications et l'expérience professionnelle, les responsabilités et, en tenant compte dans une moindre mesure, des préoccupations sociales. Dans ce cadre, le tribunal considérera que l'employeur a ou non apporté des éléments qui permettent de justifier le salaire à priori discriminatoire, après un examen au fond.

Il pourrait aussi constater que la partie requérante a établi l'existence d'une discrimination de telle manière que les arguments de l'employeur n'ont plus la moindre pertinence.

Quoi qu'il en soit, cela représente une deuxième étape du raisonnement, qui devra apparaître comme telle dans le jugement.

⁶⁵ Commentaire LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 31 à 48 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1215 ; Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 30 s.

ii. *En matière de discrimination indirecte*

La tâche de la partie demanderesse est ici beaucoup plus délicate, dans la mesure où il lui incombera d'établir qu'en tant que groupement elle est particulièrement touchée par un mode de rémunération, alors que d'autres groupes ou un autre, à tout le moins, dont le travail a une valeur semblable, ne sont pas impactés ou dans une moindre mesure. La discrimination pourra toucher le montant précis de la rémunération versée, mais également d'autres avantages susceptibles d'être évalués monétairement, comme la participation de l'employeur à l'assurance maladie, l'octroi d'un abonnement général CFF pour la famille ou le nombre de semaines de vacances.

c. **Le refus de la vraisemblance**

Dans l'hypothèse où le tribunal refuse de considérer la différence salariale comme vraisemblable, il ne doit toutefois pas s'arrêter là. Contrairement à ce qui a pu être le cas parfois⁶⁶, il n'est pas admissible de considérer que si la discrimination n'a pas été rendue vraisemblable, elle n'est pas établie. Lorsque la vraisemblance n'est pas établie, le tribunal doit encore examiner, en reprenant les éléments de la partie requérante, si ce qu'elle allègue permet effectivement de considérer qu'elle est victime d'une discrimination après un examen au fond. On ne saurait prétendre que la motivation de la partie demanderesse est anéantie parce qu'elle n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'une discrimination. Il s'agira alors de se pencher de manière plus approfondie sur les preuves amenées par la partie qui se plaint de la discrimination et celles que veut lui opposer la partie employeuse. Cet examen s'impose en particulier en matière de discrimination salariale, compte tenu des pourcentages élevés de différence de rémunération fixés par la jurisprudence à l'admission de la vraisemblance.

En effet, une différence de salaire non entièrement justifiée par des motifs objectifs et des préoccupations sociales constituera une discrimination⁶⁷, même si le delta n'est que de quelques pourcents ; elle donnera lieu à paiement par l'employeur du *manco* salarial, toute discrimination permettant de réclamer le salaire dû conformément à l'art. 5 al. 1 let. d LEg.

⁶⁶ TF 8C_728/2021 du 18 mai 2022.

⁶⁷ CACI VD HC/2020/771 du 26 février 2021.

C. La jurisprudence relative à l'art. 6 LEg

1. Les éléments théoriques rappelés par le Tribunal fédéral dans les arrêts récents⁶⁸

Aux termes de l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette disposition utilise deux institutions indépendantes l'une de l'autre : la présomption de fait et le degré de preuve⁶⁹.

S'agissant du degré de preuve, la discrimination doit être rendue simplement vraisemblable (question de droit fédéral en lien avec l'art. 6 LEg). Il s'agit d'un assouplissement de la preuve par rapport à la certitude découlant du principe général de l'art. 8 CC. La preuve au degré de la simple vraisemblance ne nécessite pas que le juge soit convaincu du bien-fondé des arguments de la partie demanderesse ; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller autrement⁷⁰.

Le juge utilise la présomption de fait, en ce sens qu'il déduit d'indices objectifs le fait de la discrimination au degré de la simple vraisemblance. Par exemple, la vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise dans le cas d'une travailleuse dont le salaire était de 15 à 25 % inférieur à celui d'un collègue masculin qui accomplissait le même travail⁷¹. Et si une femme, qui présente des qualifications équivalentes à son prédécesseur de sexe masculin, est engagée à un salaire moins élevé que lui pour un travail inchangé, il est vraisemblable que cette différence de traitement constitue une discrimination à raison du sexe, prohibée par l'art. 3 LEg⁷².

Lorsqu'une discrimination liée au sexe est ainsi présumée au degré de la vraisemblance, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve stricte du

⁶⁸ TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 3.2 et 3.3.

⁶⁹ HOHL, N 1657 et N 1958.

⁷⁰ ATF 144 II 65, c. 4.2.1 et 4.2.2 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; ATF 130 III 145, c. 4.2.

⁷¹ ATF 130 III 145, c. 4.2 et les arrêts cités ; cf. ATF 144 II 65, c. 4.2.3.

⁷² ATF 130 III 145, c. 4.2 et les références citées.

contraire⁷³. Le fardeau de la preuve est donc renversé. Si l'employeur échoue à apporter la preuve stricte qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs, l'existence d'une discrimination salariale doit être tenue pour établie⁷⁴.

Pour décider si un salaire déterminé ou si la différence entre les salaires est discriminatoire, il faut, d'une part, tenir compte de questions relevant du fait, tels le montant du salaire ou le montant de la différence entre les salaires ainsi que l'existence de circonstances alléguées, par exemple la formation professionnelle ou l'âge. Il faut déterminer, d'autre part, si les critères d'appréciation ou de différenciation, présentés par l'employeur, sont admissibles, ce qui est une question de droit⁷⁵.

Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges. Pour qu'un motif objectif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe véritablement de manière importante sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur. Celui-ci doit démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité⁷⁶.

Des disparités salariales peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge⁷⁷. La position de force d'un travailleur dans la négociation salariale et la situation conjoncturelle peuvent conduire à une différence de rémunération pour un même travail. Mais les disparités de salaire qui sont dues à des occasions de négociation différentes ou qui résultent de fluctuations conjoncturelles doivent être compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour

⁷³ ATF 144 II 65, c. 4.2.1 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; ATF 130 III 145, c. 5.2.

⁷⁴ ATF 131 II 393, c. 7.1.

⁷⁵ ATF 124 II 436, c. 8 et 9.

⁷⁶ ATF 142 II 49, c. 6.3 ; ATF 130 III 145, c. 5.2.

⁷⁷ ATF 142 II 49, c. 6.3 ; ATF 130 III 145, c. 5.2 ; ATF 127 III 207, c. 3c.

l'employeur, le cas échéant dans le délai d'une année⁷⁸. Lorsque le cahier des charges est le même ou qu'il est identique pour les travailleurs d'une société, indépendamment de leur sexe, de meilleures prestations de travail, quantitatives ou qualitatives, peuvent justifier une différence de salaire, à condition qu'elles soient établies⁷⁹.

Si la partie défenderesse apporte la preuve d'un facteur objectif justifiant une différence de traitement, l'ampleur de cette différence doit encore respecter le principe de la proportionnalité et ne pas apparaître inéquitable, faute de quoi il conviendra de la réduire⁸⁰. Le Tribunal fédéral a jugé ainsi qu'une différence de rémunération de 8 à 9 % touchant deux logopédistes ne violait pas le principe de l'égalité salariale, dans la mesure où elle était motivée par une formation préalable différente (maturité d'une part, diplôme d'instituteur d'autre part⁸¹.

2. La casuistique dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

a. Discrimination directe

Dans une affaire genevoise dans laquelle la demanderesse avait tenté de comparer sa situation avec toute une série de collaborateurs hommes⁸², la Cour cantonale a estimé que la discrimination avait été rendue vraisemblable par rapport à quatre subordonnés qui avaient perçu des rémunérations supérieures à elle, à hauteur de 6,5 à 20 %. A cette occasion la cour a relevé que la différence salariale de 2,5 % en faveur du collaborateur dont la recourante était la responsable ne représentait qu'un écart salarial minime⁸³, qu'elle n'a pas même retenu au fond.

Dans une affaire neuchâteloise, dans laquelle le seul homme travaillant dans le secteur de la demanderesse et ne disposant pas d'un master contrairement à

⁷⁸ ATF 130 III 145, c. 5.2 et les références.

⁷⁹ ATF 125 III 368, c. 5b.

⁸⁰ Cf. TF 4A_261/2011 du 24 août 2011, c. 3.2.

⁸¹ ATF 123 I 1, c. 6e.

⁸² TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 3.2 et 3.3.

⁸³ CACJ GE CAPH/79/2023 du 3 juillet 2023.

elle, était rétribué environ 10 % de plus qu'elle, la vraisemblance a été admise⁸⁴ ; toutefois, compte tenu de la différence du contenu des tâches effectivement exécutées, le delta salarial se justifiait, celles du collaborateur étant plus techniques que littéraires⁸⁵. Restreinte par l'arbitraire, la Haute Cour a jugé que la différence entre la rémunération masculine effectivement versée et celle qui résultait de l'enquête suisse sur la structure des salaires, à hauteur de la moitié de la discrimination dont se plaignait la demanderesse, ne rendait pas l'arrêt critiquable⁸⁶.

Cassant une décision cantonale, le Tribunal fédéral a rappelé les pourcentages de vraisemblance de sa jurisprudence et considéré qu'en l'espèce, un delta de 8,42 % pour un travail dont il n'était pas contesté qu'il était de valeur égale suffisait à admettre la vraisemblance d'une discrimination salariale ; en effet, l'employeur n'avait pas établi que le titre dont on reprochait à la collaboratrice de ne pas disposer aurait été obtenu par le collègue auquel elle se comparait. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relève que la cour cantonale n'a pas examiné si l'employeur public avait établi les motifs objectifs de rémunération différente. En effet, la cour paraît avoir considéré que, comme la vraisemblance n'était pas établie, elle pouvait rejeter le recours sans autre examen⁸⁷.

Dans un arrêt du 10 mars 2022, le Tribunal fédéral entérine la décision genevoise qui constate l'absence de vraisemblance de discrimination alors même que la fonction de la collaboratrice s'était vu attribuer un nombre plus élevé de points que son collègue de comparaison⁸⁸.

⁸⁴ TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 4.

⁸⁵ Cet argument, qui tend à faire prévaloir les aspects techniques, est probablement lié à des préjugés d'autant plus regrettables qu'ils contribuent à maintenir des discriminations fondées sur le sexe : la technique est masculine alors que le littéraire est l'affaire des femmes.

⁸⁶ TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 6 et 7.

⁸⁷ CACJ GE ATA/995/2021 du 28 septembre 2021, c. 8.

⁸⁸ TF 8C_424/2021 du 10 mars 2022, c. 7.2.

b. Discrimination indirecte

Appelée à revoir l'appréciation de la vraisemblance faite par le Tribunal des prud'hommes de l'administration cantonale vaudoise, la Cour d'appel s'est penchée sur un cas de discrimination indirecte concernant une problématique d'effet rétroactif de revalorisation salariale à la suite d'une décision judiciaire ; les parties demanderesses, déboutées en première instance, faisaient valoir qu'elles avaient embrassé une profession jugée féminine dans le cadre d'un autre procès⁸⁹, et comparaient leur position à celle de personnes dans une profession mixte donnée⁹⁰. Considérant que l'employeur n'avait pas appliqué d'effet rétroactif à la revalorisation salariale des maîtres et maîtresses d'ICA des écoles professionnelles, alors que tel avait été le cas quelques années plus tôt pour la profession d'enseignant de culture générale, composée tant d'hommes que de femmes, la cour cantonale a admis l'existence d'une vraisemblance de discrimination due au sexe, puis constaté que l'employeur n'avait pas apporté la preuve que la différence de traitement précitée reposait sur des facteurs objectifs⁹¹.

⁸⁹ Il s'agissait de l'enseignement de l'ICA (information, communication et administration) dans les écoles professionnelles.

⁹⁰ Il s'agissait dans ce premier cas des enseignants de culture générale.

⁹¹ CACI VD HC/2023/447 du 20 juillet 2023, c. 3.3, confirmé par TF 1C_471/2023 du 31 juillet 2024, c. 3.4.1.

V. Les problèmes pratiques liés à l'application de l'art. 6 LEg

Comme on l'a exposé ci-dessus, le système de l'art. 6 LEg est particulier dans ce qu'il impose tant aux parties qu'au juge. L'originalité de la construction repose sur l'exigence d'une analyse concrète des situations de fait qui précède et détermine l'appréciation juridique. Le contrôle juridictionnel portera ainsi davantage sur les processus et sur les résultats de la comparaison, qui commandent la nature du traitement, que sur le traitement lui-même, étant toutefois rappelé qu'un traitement défavorable, qu'il soit identique ou différent, n'est pas nécessairement discriminatoire dès lors que son auteur est en mesure de le justifier.

La complexité de la situation relève notamment du fait qu'une apparence de discrimination formelle peut correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle, celle-ci consistant à traiter de manière différente des situations similaires ou de manière identique des situations différentes. L'inverse est également vrai.

A. Les difficultés qui attendent les plaideuses et plaideurs

Il n'est pas si simple de faire admettre par les tribunaux la vraisemblance d'une discrimination, et ce, notamment par les juridictions inférieures⁹², qui ne connaissent probablement pas bien le système de l'art. 6 LEg. Les justiciables doivent dès lors être conscients des embûches qui pourraient se mettre en travers d'une application idéale du système d'allègement du fardeau de la preuve. On en répertoriera certaines dans les sections suivantes en tentant de montrer quelle serait la bonne manière de prévenir d'éventuels problèmes, sans aucune prétention d'exhaustivité.

⁹² K GIG-STEIGER-SACKMANN, art. 6 N 10.

1. L'appréciation subjective de la vraisemblance et la force des stéréotypes

La vraisemblance n'est pas une science exacte, mais un sentiment qu'il faut faire naître auprès des membres de la cour, lesquels ne seront pas nécessairement interpellés par les mêmes inégalités. L'absence de consensus doctrinal sur le pourcentage qui permet de retenir la vraisemblance accentue l'incertitude des plaideurs et le sentiment d'être à la merci des préjugés des juges ainsi que des pressions interne et externe qui guident leur raisonnement.

Même 30 ans après l'entrée en vigueur de la LEg, on constate que les compétences intrinsèquement attachées à un travail seront facilement qualifiées de masculines ou féminines, avec cette conséquence que les activités nécessitant des qualités jugées féminines jouiront d'une considération moindre. Il s'agit-là de préjugés qu'une société plus égalitaire dans sa manière de considérer les sexes devrait s'attacher à faire disparaître, mais qui sont encore très présents : en effet, les qualités censées être féminines sont généralement considérées comme innées et ne nécessiteraient dès lors pas d'efforts d'acquisitions pour les femmes alors que les hommes devraient de leur côté se former pour parvenir à maîtriser des facultés souvent jugées prestigieuses, mais que l'on reconnaît rarement aux femmes, même si elles présentent les mêmes aptitudes.

Il résulte de ces stéréotypes que la valeur d'un travail nécessitant de la patience et de la persuasion pourrait être jugée moindre que celle d'une activité réclamant du leadership.

Pour amener le tribunal à constater le caractère vraisemblable d'une discrimination indépendamment de la liberté d'appréciation de l'employeur, la partie demanderesse devra démontrer le poids des préjugés, en recourant à des concepts tirés de la sociologie et de la psychologie sociale, donc moins connus des juristes. Le but de la LEg étant d'instituer une société plus égalitaire entre les sexes, ces préjugés ne sauraient prospérer.

2. Le choix de la personne de comparaison

En matière de vraisemblance de discrimination, la partie requérante doit établir qu'une personne du sexe opposé est mieux traitée qu'elle. Il lui suffit d'évoquer un seul nom pour satisfaire aux obligations découlant de l'art. 6 LEG⁹³, soit d'apporter un commencement de preuve. C'est dire si le choix de la personne de comparaison est important dans cet examen *prima facie*, mais qui s'opère à l'issue de l'instruction et des plaidoiries.

On rappelle ici que le but de l'interdiction de la discrimination salariale est d'offrir, essentiellement aux femmes, un salaire correct sur le marché du travail, regardé au travers du prisme de l'entreprise uniquement. Il ne s'agira jamais d'établir des salaires de branche ou des normes visant une rémunération identique généralisée. Néanmoins, la garantie constitutionnelle de l'égalité salariale doit être respectée sans compromis.

L'équation « salaire égal pour un travail ou de valeur égale » postule par définition de trouver une personne de comparaison dont l'activité soit aussi proche que possible de celle de la partie requérante. Cela ne signifie toutefois pas que cette dernière serait limitée à ne proposer qu'un seul nom, et il faut au contraire lui suggérer un panel de personne de comparaison, dans la mesure où il est difficile de savoir clairement si le travail effectué par les collègues est véritablement de valeur égale : on ne connaît souvent qu'une partie de la formation et de l'expérience de ceux-ci, et certaines tâches ne sont pas toujours reconnaissables. Les décisions judiciaires montrent que de nombreuses personnes de comparaison sont généralement évoquées, pour viser large. Celles-ci peuvent avoir occupé le poste avant ou après la partie demanderesse⁹⁴ ; la jurisprudence module toutefois cette possibilité en relevant l'incidence de l'écoulement du temps sur le montant des salaires.

Afin d'éviter d'être en mauvaise posture, il sera bon de pouvoir évoquer les personnes qui paraissent occuper le même niveau hiérarchique, mais également peut-être des collègues dont les responsabilités ou les compétences semblent moins étendues alors que leur rémunération s'avère apparemment identique.

⁹³ TF 8C_728/21 du 18 mai 2022, c. 2.2.1 et les références citées.

⁹⁴ LEMPEN, 138.

Parfois, la meilleure comparaison se fera avec une personne placée plus haut dans la hiérarchie, mais dont le cahier des charges, les tâches effectivement assumées ou les responsabilités sont comparables. Si tant les collègues ayant une activité de moindre valeur que celles et ceux qui bénéficient d'un travail mieux considéré paraissent jouir d'un salaire proportionnellement beaucoup plus important, la vraisemblance devrait être établie.

Plus la structure est petite, moins il y aura de personnes de comparaison ou de même niveau, ni même à un niveau directement inférieur ou supérieur. Cela n'empêchera pas le tribunal d'examiner la question de la discrimination salariale, et avec elle, celle de la vraisemblance.

Toutefois, plus les démarches probatoires seront nécessaires pour établir la disproportion discriminatoire des salaires, moins aisée sera la reconnaissance de la vraisemblance par l'autorité judiciaire.

3. Les fourchettes de vraisemblance

Dans l'idée de fixer un cadre permettant d'objectiver la notion éminemment subjective de vraisemblance, le Tribunal fédéral a depuis longtemps posé des fourchettes de différences salariales censées établir suffisamment la discrimination pour que le fardeau de la preuve soit inversé. Il a à cet égard différencié le droit privé, régi par la liberté contractuelle, du droit public, où la notion d'égalité de traitement doit être respectée.

En droit privé, une discrimination salariale sera rendue vraisemblable lorsqu'une travailleuse touche un salaire d'environ 15 % à 25 % inférieur à celui d'un collègue masculin accomplissant le même travail ; si la différence s'étend sur une longue période, un delta de 6 % sur cinq ans oblige l'employeur à établir le bien-fondé de la rémunération. Enfin, une différence de 10 % voire moins est considérée comme suffisante si le travail de la demanderesse paraît de valeur supérieure. En droit public, des différences entre 8,6 et 11 % ont été admises comme suffisantes pour le déplacement du fardeau de la preuve.

Il en résulte que les pourcentages retenus par le Tribunal fédéral et rappelés dans ses arrêts ne sont pas gravés dans le marbre. Ils ne sont d'ailleurs pas

repris de la jurisprudence européenne, qui est pourtant à l'origine du système de l'allègement du fardeau de la preuve.

Le bien-fondé des pourcentages n'est pas unanimement salué par la doctrine⁹⁵. Certains auteurs ont d'ailleurs évolué dans leur appréciation ; ainsi, après avoir soutenu que la limite de 16 % de différence salariale représentait un minimum⁹⁶, WYLER a estimé nécessaire de la réduire à 10 % au vu de la persistance des discriminations⁹⁷.

Quoi qu'il en soit, le problème se situe plutôt au niveau des autorités inférieures, qui ne paraissent appliquer que la fourchette de 15 à 25 % et le font de manière stricte, rappelant que moins de 15 % de différence par rapport au salaire de comparaison ne permet pas d'entrer dans l'écart à prendre en compte. La barre est donc placée haut, ce d'autant que les tribunaux ne calculent le delta que par rapport au salaire plus élevé de la personne de comparaison, alors que les 15 % seraient atteints si la différence était rapportée au salaire le plus bas.

4. Le caractère tabou du salaire

Selon une enquête réalisée pendant le printemps 2025, les Suisses n'aiment pas parler de leur rémunération, mais souhaiteraient en majorité que les entreprises soient soumises à l'obligation de publier les salaires⁹⁸. Quelles que soient les raisons personnelles de chacune⁹⁹, un certain nombre de personnes savent que le règlement de leur entreprise prohibe de dévoiler le montant de leur rémunération. Certains employeurs considèrent d'ailleurs que la violation de cette interdiction est constitutive d'un juste motif de licenciement avec effet immédiat.

⁹⁵ AUBRY GIRARDIN, 103 s. ; BOHNET, N 61 à 63 et les références citées.

⁹⁶ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 14.

⁹⁷ WYLER/HEINZER/WITZIG, 1217.

⁹⁸ BLICK, Avec des salaires plus bas, les jeunes et les femmes parlent davantage d'argent, 10 juillet 2025 (disponible sur : <https://www.blick.ch/fr/suisse/romande/le-salaire-des-suissees-2-2-avec-des-salaires-plus-bas-les-jeunes-et-les-femmes-parlent-davantage-dargent-id21030485.html>, consulté le 9 septembre 2025).

⁹⁹ Envie du salaire d'autrui, peur d'être jaloué ou stigmatisé notamment.

Dans le monde juridique, il est probablement admis actuellement qu'empêcher son personnel de faire état du salaire perçu pourrait être contraire aux buts de la LEg. Cela dit, en rendant les salaires visibles, on permet d'identifier et de rectifier toutes les disparités, et non pas seulement celles liées au sexe, qui intéressent l'art. 6 LEg. Toutefois, l'absence de communication officielle relative aux salaires versés par une entreprise risque de perpétuer l'idée d'inégalités importantes que l'on veut cacher, et dont les femmes sont les premières victimes.

Malgré cette tendance à la transparence, les interdictions qui se retrouvent encore souvent dans les règlements du personnel empêchent des discussions qui pourraient éviter des procès. Cette forme de censure n'a d'ailleurs plus sa place dans les entreprises qui se sont dotées de grilles salariales, généralement à la suite d'une réflexion analytique sur la structure de la rémunération.

5. La collecte des preuves

Dans la mesure où l'examen de la vraisemblance ne se fait pas au début du procès, mais uniquement après l'administration des preuves, la question de savoir sur qui reposera en réalité le fardeau probatoire reste très longtemps pendante. La collaboratrice sera bien inspirée de faire état de tous les éléments en sa possession qui démontrent l'absence d'égalité du système salarial de l'employeur ou ses fondements totalement arbitraires. En effet, cela incitera le tribunal à ne pas se contenter des exemples qu'elle a réussi à collecter, mais, à fortiori si elle le sollicite, à requérir de l'employeur des pièces supplémentaires. Il s'agit en particulier de faire produire par la partie défenderesse les éléments qui ont permis de fixer le salaire des personnes de comparaison.

Parmi les écueils à cet égard figure en particulier le cas de la rémunération sous forme de salaire variable, censé pouvoir inciter les collaborateurs à être beaucoup plus performants. Il conviendra dès lors de formuler avec une grande précision les réquisitions, en séparant les éléments qui ressortissent au salaire contractuel de base, mensuel ou annuel, et tous les à-côtés dont la périodicité et le montant varient, mais qui doivent être lus en relation avec le calcul de la part variable et les objectifs fixés. L'employeur devra naturellement être invité

à expliquer son système de bonus et gratifications sans pouvoir se réfugier derrière la liberté contractuelle ou des évaluations subjectives.

Au nombre des problèmes d'établissement de la preuve d'une vraisemblance figure aussi le fait que l'employeur pourrait opposer aux réquisitions de productions formées par la collaboratrice l'existence de secrets d'affaires, dont la manière dont la rémunération est instituée. Ce risque est encore accru si la partie demanderesse travaille chez un concurrent. Dans un tel cas, il incombe à l'employeur de solliciter du magistrat des mesures particulières au sens de l'art. 156 CPC, si tant est que la structure des salaires puisse être considérée comme un secret commercial, ce qui n'est pas du tout évident. Sous réserve de réquisition de preuves infondées, car sans matérialité avec l'état de fait, l'employeur ne pourra généralement pas refuser de s'exécuter, quand bien même le risque est relativement grand que d'autres personnes puissent suivre l'exemple de la partie requérante ; quoi qu'il en soit, une certaine sévérité des magistrats devrait être de mise lorsque les documents requis ne sont pas produits.

Comme relevé depuis la jurisprudence de l'arrêt Danfoss¹⁰⁰, il appartiendra souvent à l'employeur d'établir pourquoi il rémunère plus certains collègues que d'autres. Ce dernier aura donc tout intérêt à avoir bien conservé les dossiers de ses collaborateurs, sans les épurer au bout de deux ans, comme le propose le préposé à la protection des données fédérales.

B. La position particulière du tribunal¹⁰¹

Dans l'appréciation de la vraisemblance, le tribunal doit être conscient qu'il lui incombe d'adopter une posture et un raisonnement sortant de ses habitudes. En effet, la vraisemblance est, en droit, principalement réservée aux procédures sommaires et, de manière générale, à celles dans lesquelles les modes de preuve sont limités.

¹⁰⁰ CJCE C-109/88 ; *supra* IV.A.

¹⁰¹ AUBRY GIRARDIN, 102 à 105.

Ainsi, en principe, une expertise ne peut être ordonnée dans une procédure provisionnelle, dans la mesure où la nécessité de recourir à un expert bat en brèche la vraisemblance.

De telles considérations sont totalement étrangères au raisonnement du magistrat qui doit se pencher sur la vraisemblance de l'art. 6 LEg. En effet, au moment où il rend une décision sur la vraisemblance, il aura déjà administré toutes les preuves et notamment ordonné une expertise sur la valeur du travail, s'il ne dispose pas lui-même des compétences particulières indispensables à cet effet¹⁰².

On ne peut que conseiller à la partie demanderesse de rappeler au tribunal les particularités de son pouvoir de cognition dans le cadre de l'art. 6 LEg. Il s'agit en effet de répondre à la question de l'éventualité d'une discrimination sur la base des preuves administrées, mais *prima facie* : il appartient donc au tribunal de juger, dans un premier temps, la vraisemblance eu égard à son expérience générale, en tenant compte des preuves offertes, des documents qui lui auront été fournis, en particulier les cahiers des charges, des responsabilités notamment en termes de direction d'équipe, et de dire si les collaborateurs de sexes différents doivent être considérés comme ayant un travail de valeur égale ou non. L'organigramme pourra constituer une aide précieuse, sans être toutefois déterminant : il peut arriver qu'une promotion soit refusée à une personne alors même qu'elle accomplit un travail semblable dans sa valeur à celui de ses collègues, ce qui représente un cas de discrimination¹⁰³.

VI. Quelques pistes de réflexion

A. Les défauts du système actuel

L'art. 6 LEg constitue, à n'en pas douter, une manière intéressante d'envisager le fardeau de la preuve dans des domaines tel que celui de l'égalité salariale, où la position des parties est encore plus déséquilibrée que dans un procès de

¹⁰² TF 4A_427/2023 du 8 novembre 2023, c. 6.1.

¹⁰³ ATF 127 III 207.

droit du travail « ordinaire ». Toutefois, comme cela résulte des considérations précédentes, la subjectivité liée à la notion de vraisemblance n'est pas bonne pour la sécurité du droit.

On reste critique quant à l'intérêt pratique de la réglementation de l'art. 6 LEg à la lecture des résultats de l'analyse de la jurisprudence cantonale 2004–2015¹⁰⁴, démontrant que la vraisemblance avait été niée dans plus de la moitié des cas et, qu'au surplus, les autorités ne distinguaient pas clairement les deux phases du raisonnement relatif à l'allègement du fardeau de la preuve, à savoir l'étape de la vraisemblance et celle du motif objectif justificatif. Quelques années plus tard, et sur une période un peu plus longue, le pourcentage d'arrêts admettant la vraisemblance n'est guère plus élevé au stade du Tribunal fédéral, qui apprécie sévèrement la notion¹⁰⁵, même s'il applique strictement l'examen en deux phases¹⁰⁶.

B. La modification législative de l'art. 6 LEg

Les défauts du système ont aussi été relevés par BOHNET, qui a proposé une modification de la disposition légale aux fins d'introduire une solution permettant un examen en deux temps distincts : dans une première étape, le magistrat se limiterait à la question de la vraisemblance sur la base des preuves immédiatement disponibles, puis, dans un deuxième temps, il examinerait l'existence ou non de motifs justificatifs objectifs.

Si, sur le plan intellectuel, cette démarche paraît beaucoup plus claire, elle a pour corollaire de rallonger la durée des procédures, étant rappelé qu'à fortiori, en matière de discrimination salariale, la négation de la vraisemblance n'emporte pas absolution de l'employeur quant à la conformité du salaire de la demanderesse. Par ailleurs, il conviendrait de modifier l'art. 6 LEg d'une manière qui le rendrait moins proche de la jurisprudence et de la législation européennes dont il est directement inspiré, ce qui ne semble pas en phase avec le message du Conseil fédéral de 1993.

¹⁰⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, 22.

¹⁰⁵ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, 28.

¹⁰⁶ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, 28 ; K GIG-STEIGER-SACKMANN, art. 6 N 10.

L'inconvénient le plus notable paraît toutefois tenir à la multiplication des écritures et des convocations judiciaires, lorsque l'on sait combien il est pénible pour une demanderesse d'assigner son employeur en justice, de comparaître à des audiences où il se trouve également et de poursuivre le procès jusqu'à son terme.

Il semble dès lors opportun de réfléchir à d'autres pistes, ce d'autant que la lenteur du processus législatif en Suisse n'est pas un secret et qu'il faut compter avec des oppositions toujours nourries lorsqu'on touche à la liberté de l'employeur.

C. L'élaboration d'un catalogue d'indices

Une voie qui mérite d'être explorée est celle de l'élaboration d'un catalogue d'éléments qui parleraient en faveur de la vraisemblance d'une discrimination, dont l'appréciation finale resterait dans le pouvoir du juge. Plusieurs points pourraient être vérifiés par le tribunal et les parties, ce qui donnerait un caractère plus objectif à la décision sur la vraisemblance. Pour illustrer le propos, on tente de donner ci-dessous quelques exemples.

1. La prise en compte de l'analyse de l'égalité salariale

La jurisprudence fédérale et, à sa suite, les autorités cantonales, pourraient accorder une valeur de poids à l'intégralité de l'analyse de l'égalité salariale effectuée par les entreprises qui y sont soumises selon la section 4a de la loi. En effet, il ressort du rapport de l'Office fédéral de la justice (OFJ) que si plus de 80 % des employeurs paraissent avoir respecté l'obligation de réaliser une analyse de l'égalité salariale, un tiers d'entre eux ne se sont pas pliés à l'exigence de vérification, et la moitié a fait fi du devoir d'information¹⁰⁷. Quand bien même ces obligations imposées aux employeurs depuis 2020 ne comportent pas de sanctions, les tentatives d'en insérer ayant été très

¹⁰⁷ La novelle de 2018 a introduit trois obligations successives à charge de l'employeur : tout d'abord réaliser une analyse de l'égalité salariale, deuxièmement la faire vérifier et enfin informer des résultats de l'analyse. S'ils étaient un certain nombre à entamer l'analyse, un nombre non négligeable d'entreprises se désengageaient à chaque nouvelle étape du processus.

vigoureusement contestées, il paraîtrait logique de retenir comme un indice de discrimination le fait que certains employeurs n'ont pas satisfait à leurs obligations légales¹⁰⁸.

Cela est d'autant plus important que les employeurs qui ont bafoué leurs obligations légales ont pu en tirer un avantage économique aux dépens des salaires des femmes¹⁰⁹, et partant un avantage concurrentiel.

On gardera cependant à l'esprit que l'analyse globale de l'égalité salariale ne permet pas de faire ressortir les discriminations individuelles. Le résultat pourrait toutefois être intéressant en matière de discrimination indirecte.

2. La transparence des rémunérations fixes et variables

Du côté des employeurs, on doit pouvoir attendre une transparence sur la fixation des salaires, dont l'absence pourrait constituer un commencement de preuve d'une discrimination.

A cet égard, on rappelle l'existence de la directive sur la transparence des salaires que l'Union européenne a adoptée le 10 mai 2023 : selon ce texte, qui doit être transposé dans les droits nationaux d'ici juin 2026, les entreprises ont l'obligation de veiller à ce que les travailleurs aient accès aux informations pertinentes sur le salaire lors de la procédure de candidature et pendant toute la relation de travail, et à ce qu'ils puissent obtenir des informations sur le revenu moyen des personnes effectuant un travail identique ou de même valeur. Un écart de rémunération de 5 %, non justifié par des critères objectifs, entraînera une évaluation des rémunérations et l'adoption de mesures correctives¹¹⁰. Quand bien même la Suisse n'est pas tenue d'appliquer la directive, les autorités chargées d'évaluer la vraisemblance pourraient grandement s'en inspirer puisque le droit communautaire a largement servi de modèle à la LEg.

¹⁰⁸ OFJ, 9.

¹⁰⁹ OFJ, 11.

¹¹⁰ Directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit (JO L 132), N 21 à 44.

Dans tous les cas, l'existence d'une grille des salaires officielle construite selon une méthode reconnue sera un argument qui rendra plus difficile l'admission de la vraisemblance.

Enfin, lorsque deux activités de même valeur bénéficient du même salaire de base, mais que l'une d'elle permet d'obtenir un bonus ou une part variable (effective ou théorique) plus importante, il y aura lieu de prendre largement en compte cette composante supplémentaire du salaire dans l'examen de la vraisemblance d'une discrimination¹¹¹.

3. Professions féminines et stéréotypes ou préjugés

D'après la jurisprudence, une profession est typiquement féminine lorsque la proportion de femmes dépasse 70 %, bien qu'il ne s'agisse pas d'une valeur stricte ; dans tous les cas, la proportion de personnes d'un sexe seulement doit être nettement majoritaire¹¹².

La jurisprudence a relevé à réitérées reprises que cette qualification n'emportait pas présomption de discrimination salariale¹¹³. Pourtant, il est connu que les professions féminines (*care*, enseignement à l'école obligatoire, soins, etc.) sont souvent moins prisées et moins rémunérées. Dans son message de 1993, le Conseil fédéral rappelait, dans le cas de la discrimination indirecte, souvent associée aux professions féminines, que le juge devrait s'éloigner du cas concret, s'inspirer de l'expérience générale de la vie¹¹⁴, et se fonder sur des statistiques¹¹⁵.

Il y aura lieu de tenir compte de cette injonction dans l'appréciation d'ensemble de la vraisemblance, étant rappelée, pour le surplus, la difficulté

¹¹¹ Il semble que même au sein de l'administration fédérale, les primes octroyées aux femmes sont inférieures, selon la réponse du CF du 4 mai 2022 à l'interpellation de la parlementaire Sandra Locher Benguerel du 7 mars 2022.

¹¹² Commentaire LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 3.

¹¹³ Elle l'a répété notamment dans l'arrêt TF 8C_693/2016 du 4 juillet 2017, une décision où la vraisemblance a été un peu rapidement balayée compte tenu de la « personne » de comparaison qui n'était probablement pas la bonne.

¹¹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1211.

¹¹⁵ K GlG-STEIGER-SACKMANN, art. 6 N 93, spécifiquement pour les professions féminines.

de trouver une fonction de comparaison lorsque la profession entière est discriminée.

Dans le même ordre d'idées, l'employeur qui fait usage de stéréotypes ou démontre un penchant pour les préjugés sexistes manifeste qu'il n'a pas compris la signification de l'égalité : sous l'angle de la vraisemblance, il ne serait pas choquant de retenir contre l'employeur son absence de compréhension des divers aspects de l'égalité.

4. Une application souple des pourcentages de différences de rémunération

Comme déjà relevé, les tribunaux font une application très rigide des pourcentages qui ouvrent la porte à l'allègement du fardeau de la preuve. Or, ces seuils ne doivent pas être vus comme des barrières immuables, ce que le Tribunal fédéral a laissé entendre en considérant qu'une différence de 6 % sur de nombreuses années emportait une présomption de discrimination. Ces pourcentages doivent donc être assouplis à fortiori lorsque l'inégalité présentée comme discriminatoire s'est avérée de longue durée.

Le seuil de 15 % est dans tous le cas trop élevé, étant rappelé qu'il s'applique à des activités qui apparaissent comme de valeur égale ; lorsqu'on transpose en chiffres la différence de salaire que cela représente, on est frappé de l'ampleur de l'écart, qui ne se justifierait que si la personne de comparaison avait un travail de valeur très sensiblement supérieure. Quand bien même il ne paraît pas opportun de fixer des pourcentages seuils, s'il en existe, ceux-ci devraient être de peu supérieurs aux 5 % admis dans le cadre des marchés publics ou de la vérification de l'égalité salariale, pour conserver le ratio de l'art. 6 LEg.

5. L'existence d'une certification¹¹⁶

Certaines entreprises ont mis beaucoup d'énergie et souvent de moyens financiers pour obtenir, dans le domaine de l'égalité salariale, des certifications qui ne sont certes pas toutes équivalentes, mais dont il paraîtrait arbitraire de refuser de tenir compte ; on se rappellera toutefois qu'elles ne permettent généralement pas de conclure à l'absence totale de discrimination à l'égard de toutes les personnes employées.

VII. Conclusion

L'ébauche présentée ci-dessus des éléments à retenir et à prendre en compte dans le cadre de l'appréciation de la vraisemblance n'a rien d'exhaustif, mais pourrait servir de base à une réflexion des autorités judiciaires, souvent empruntées dans l'application de la vraisemblance, sans besoin de modifier le texte légal.

Certes, le plus simple serait une modification des mentalités et des pratiques salariales, avec l'instauration généralisée de l'égalité salariale. Toutefois, il découle des résultats de l'analyse des différences salariales entre femmes et hommes en 2022, publiés par l'OFS le 26 novembre 2024, que la part non-expliquée des différences a augmenté dans l'ensemble de l'économie depuis 2020¹¹⁷.

Il apparaît donc nécessaire de donner une portée large à l'art. 6 LEg, pour parvenir à implémenter enfin le principe constitutionnel de l'art. 8 al. 3 Cst.

¹¹⁶ Par exemple *Equal-Salary, Fair-ON-Pay, Fair Compensation*.

¹¹⁷ OFJ, 11.

Bibliographie¹¹⁸

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : Commentaire LEg-AUTEUR/AUTEURE).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de 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, Genève/Zurich/Bâle 2016, 95 ss.

BOHNET FRANÇOIS, La vraisemblance au sens de l'art. 6 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale, Avis de droit délivré au Bureau fédéral de l'égalité, Neuchâtel 2018.

BOHNET FRANÇOIS et al. (édit.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR/AUTEURE).

HOHL FABIENNE, Procédure civile, tome I, 2^e éd., Berne 2016.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3^e éd., Bâle 2022 (cité : K GlG-AUTEUR/AUTEURE).

LEMPEN KARINE, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), 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, Genève/Zurich/Bâle 2016, 135 ss.

LEMPEN KARINE/SHEYBANI ROXANE, 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), Rapport de recherche sur mandat du bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2017 (cité : *Analyse de la jurisprudence cantonale*).

¹¹⁸ Pour une bibliographie plus complète, on renvoie en particulier à BOHNET et STEIGER-SACKMANN.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019), Rapport de recherche sur mandat du bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2021 (cité : *Analyse de la jurisprudence fédérale*).

MALINVERNI GIORGIO et al., Droit constitutionnel suisse, vol. 2 : les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.

Documents officiels

BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), Evaluation analytique du travail : Une base fiable et neutre à l'égard des sexes pour la fixation des salaires de fonctions, Berne 2019.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 (cité : *Message LEg*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), Rapport du 6 février 2025, Bilan intermédiaire de la mise en œuvre des art. 13a à 13i de la loi sur l'égalité (LEg).

Zwischenbilanz der Umsetzung der Revision des Gleichstellungsgesetzes und weiteres Vorgehen

*Jeanne Ramseyer**

Inhaltsverzeichnis

I.	Der lange Weg zur Verwirklichung der Lohngleichheit	160
A.	Bundesverfassung (1981) und Gleichstellungsgesetz (1996)	160
B.	Freiwillige Massnahmen	162
1.	Lohngleichheitsdialog (2009–2014)	162
2.	Charta der Lohngleichheit im öffentlichen Sektor (ab 2016)	163
C.	Staatliche Massnahmen	163
1.	Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates vom 18. November 2015	164
2.	Botschaft des Bundesrates vom 5. Juli 2017	165
3.	Revision des Gleichstellungsgesetzes vom 14. Dezember 2018	165
II.	Zwischenbilanz	167
A.	Vorgehen	167
B.	Ergebnisse der Zwischenbilanz	168
1.	Ungenügende Umsetzung der Pflichten	168
2.	Mögliche Gründe für die ungenügende Pflichterfüllung	169
3.	Einzelheiten zu den Zwischenbilanzergebnissen	170
III.	Weiteres Vorgehen	171
A.	Vorziehen der Wirkungsevaluation	171
B.	Neue parlamentarische Vorstösse (ab 2025)	171
IV.	Fazit	173
	Literaturverzeichnis	173

* Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin, Bundesamt für Justiz, Bern.

I. Der lange Weg zur Verwirklichung der Lohngleichheit

A. Bundesverfassung (1981) und Gleichstellungsgesetz (1996)

Der Verfassungsartikel zur Gleichstellung von Frau und Mann wurde in der Abstimmung vom 14. Juni 1981 von Volk und Ständen angenommen. Der Grundsatz der Lohngleichheit für Frau und Mann in Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV¹ stellt ein für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer direkt anwendbares Recht dar, Lohngleichheit für gleichwertige Arbeit einzufordern, und zwar sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor.

Verschiedene Hürden, vor allem Beweisschwierigkeiten, die lange Dauer der Verfahren, die damit verbundenen Kosten sowie die Angst vor Rache-massnahmen hinderten betroffene Arbeitnehmende allerdings daran, ihren verfassungsrechtlichen Anspruch auf Lohngleichheit durchzusetzen². Aufgrund eines parlamentarischen Vorstosses³ wurden schliesslich gesetzgeberische Arbeiten zur Erleichterung der Durchsetzung der Lohn-gleichheit an die Hand genommen⁴.

Das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG⁵), in Kraft seit 1. Juli 1996, verbietet die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben. Lohndiskriminierung wird in Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich verboten. Das Verbot gilt für öffentlich-rechtliche als auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Ursprünglich handelte es sich um Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV; AS 1 1).

² Siehe dazu K GlG-KAUFMANN, N 8 ff. GlG.

³ Postulat Nationalrätin Yvette Jaggi, Geschäfts Nr. 83.962, «Gleicher Lohn. Anwendung», vom Nationalrat am 4. Oktober 1985 angenommen.

⁴ Siehe dazu K GlG-KAUFMANN, N 12 ff. GlG.

⁵ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG; SR 151.1).

Knapp zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten wurden die Wirkungen des Gleichstellungsgesetzes evaluiert⁶. Bezüglich der Lohngleichheit ergab die Evaluation, dass die vom Gleichstellungsgesetz zur Verfügung gestellten Instrumente grundsätzlich geeignet sind, Lohngleichheit durchzusetzen. Allerdings hindern die Angst vor Arbeitsplatzverlust und Exponierung sowie die Schwierigkeit der Informationsbeschaffung nach wie vor viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer daran, sich gegen vermutete Lohndiskriminierungen zu wehren. Die gerichtliche Durchsetzung des verfassungsmässigen Rechts auf Lohngleichheit obliegt den einzelnen Arbeitnehmenden⁷. Eine behördliche Durchsetzung der Lohngleichheit ist im Gleichstellungsgesetz nicht vorgesehen.

In seinem Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes⁸ hielt der Bundesrat deshalb fest, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber massgeblich in die Verantwortung einbezogen werden sollten. In einem ersten Schritt sollten die Vor- und Nachteile verschiedener Modelle von Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen vertiefter geprüft werden.

⁶ Büro BASS/büro a&o/Advokatur Freivogel, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, Bern/Binningen April 2005.

⁷ Private Organisationen können unter bestimmten Voraussetzungen Lohndiskriminierung feststellen lassen (Art. 7 GlG).

⁸ BUNDESRAT, Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hat (BB1 2006 3161).

B. Freiwillige Massnahmen

1. Lohngleichheitsdialog (2009–2014)

Im Herbst 2007 fand ein von Bund organisiertes *Hearing* zu behördlichen Durchsetzungsinstrumenten zur Verwirklichung der Lohngleichheit statt. An diesem *Hearing* beschlossen die Dachverbände der schweizerischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen⁹, gemeinsam zu versuchen, die Lohngleichheit möglichst rasch, aber ohne staatliche Massnahmen zu verwirklichen. Der Bundesrat zeigte sich bereit, diesem Vorhaben eine Chance einzuräumen. Er hielt aber immer wieder fest, dass er zusätzliche staatliche Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit erwägen werde, wenn das Projekt nicht die erhofften Fortschritte bringen würde¹⁰.

Das Projekt «Lohngleichheitsdialog» wurde im Frühling 2009 von den Sozialpartnern mit der Unterstützung des Bundes lanciert. Das Projekt zielte darauf ab, die Lohndiskriminierung mit freiwilligen Lohngleichheitsanalysen durch die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber in ihren Unternehmen möglichst rasch zu beseitigen.

Der erhoffte Erfolg des freiwilligen Lohngleichheitsdialogs blieb jedoch aus. Die Zahl der teilnehmenden Unternehmen blieb mit 51 deutlich unter den angestrebten 100. Fast die Hälfte der teilnehmenden Unternehmen waren zudem staatliche oder staatsnahe Betriebe. Die Ergebnisse der Evaluation des Projekts zeigten eindeutig auf, dass Freiwilligkeit kein zielführender Weg ist, um die Lohngleichheit zu verwirklichen¹¹.

⁹ Schweizerischer Arbeitgeberverband, Schweizerischer Gewerbeverband, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Travail.Suisse.

¹⁰ Z.B. in seiner Stellungnahme vom 4. März 2011 zur anschliessend vom Nationalrat angenommenen, dann vom Ständerat sinstierten und schliesslich am 16. Juni 2016 abgelehnten Motion 10.3934 Chiara Simoneschi-Cortesi «Lohngleichheit von Frauen und Männer. Kontrollmechanismus».

¹¹ Schlussevaluation von THOMAZINE VON WITZLEBEN, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz: «Der Lohngleichheitsdialog. Ein Projekt der Sozialpartner und des Bundes», vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 30. Juni 2014.

2. Charta der Lohngleichheit im öffentlichen Sektor (ab 2016)

Der öffentliche Sektor (Bund, Kantone, Gemeinden und staatsnahe Betriebe) hat bei der Förderung der beruflichen Gleichstellung von Frauen und Männern eine Vorbildfunktion. Um diese Vorbildfunktion sichtbarer zu machen, wurde im Jahr 2016 die «Charta der Lohngleichheit im öffentlichen Sektor»¹² lanciert. Mit der Unterzeichnung der Charta bekunden die öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden ihren Willen, sich für Lohngleichheit im Erwerbsleben und im öffentlichen Beschaffungs- und Subventionswesen einzusetzen. Bis Mitte 2025 haben 166 Behörden (Bund, Kantone, Gemeinden) die Charta unterzeichnet. Weiter haben sich 113 staatsnahe Betriebe und Organisationen mit der Unterzeichnung der Charta verpflichtet, die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern in ihrem Einflussbereich aktiv zu fördern.

C. Staatliche Massnahmen

Die Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern sind teilweise auf strukturelle Faktoren zurückzuführen, die gleichzeitig mit persönlichen Merkmalen (Alter, Ausbildung, Dienstjahre) und Merkmalen der im Unternehmen besetzten Stelle sowie des ausgeübten Tätigkeitsbereichs zusammenhängen. Der übrige Anteil der Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern bleibt unerklärt und gilt als vermutete Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Im Jahr 2014 lag dieser unerklärte Anteil des Lohnunterschieds gemäss der Lohnstrukturerhebung im privaten Sektor immer noch durchschnittlich bei 39,1 % (gegenüber 40,9 % im Jahr 2012). Im gesamten öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) betrug der unerklärte Teil des Lohnunterschieds zwischen Frauen und Männern 41,7 %.

Trotz Verfassungsauftrag, Gleichstellungsgesetz und verschiedener unternommener Bemühungen konnte dieser unerklärte Lohnunterschied zwischen den Frauen- und Männerlöhnen nicht wesentlich verringert werden. Insbesondere waren die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber nicht ausreichend bereit,

¹² Verfügbar unter <https://www.ebg.admin.ch/de/charta-der-lohngleichheit-im-oeffentlichen-sektor> (zuletzt besucht am 27. September 2025).

mittels freiwilliger Massnahmen für die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Lohngleichheit zu sorgen. Aus diesem Grund beschloss der Bundesrat am 22. Oktober 2014, mit zusätzlichen staatlichen Massnahmen dafür zu sorgen, dass die Lohngleichheit schneller verwirklicht wird, und erteilte den Auftrag, einen Vernehmlassungsentwurf für eine Ergänzung des Gleichstellungsgesetzes auszuarbeiten.

1. Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates vom 18. November 2015

Nach dem Willen des Bundesrates sollte die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern innerhalb der Unternehmen verwirklicht werden, ohne dass der Staat selbst Lohnkontrollen durchführt. Folglich sollten die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gesetzlich dazu verpflichtet werden, regelmässig eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchzuführen. Von den Arbeitgebenden beauftragte unabhängige Dritte sollten die Durchführung der Lohngleichheitsanalyse überprüfen. Zudem sollte eine Meldepflicht der Kontrollstelle für Fälle vorgesehen werden, in denen eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber keine Korrekturmassnahmen zur Beseitigung einer festgestellten Lohndiskriminierung ergriffen hat. Als Sanktion sollte die Eintragung des betroffenen Unternehmens in eine öffentlich zugängliche Liste vorgesehen werden.

Die Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates¹³ wurde unterschiedlich aufgenommen. Während die Befürworter der Vorlage die Vorschläge für zu wenig griffig hielten und sich für zusätzliche staatliche Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit aussprachen, lehnten andere Vernehmlasser die Vorlage grundsätzlich ab.

¹³ <https://www.admin.ch> > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2015 > EJPD (Vernehmlassung Nr. 2015/33).

2. Botschaft des Bundesrates vom 5. Juli 2017

In Kenntnis des Ergebnisses des Vernehmlassungsverfahrens und gestützt auf die in Auftrag gegebene Regulierungsfolgenabschätzung (RFA¹⁴) zu den vorgesehenen zusätzlichen staatlichen Massnahmen zur Beseitigung der Lohndiskriminierung beschloss der Bundesrat am 26. Oktober 2016, eine Botschaft auszuarbeiten. Gemäss der RFA war die Notwendigkeit für ein staatliches Handeln gegeben: Es besteht ein klarer Verfassungsauftrag und dem Arbeitsmarkt ist es nicht gelungen, die verfassungsrechtlich gebotene Lohngleichheit zu verwirklichen.

Mit seiner Botschaft vom 5. Juli 2017¹⁵ beantragte der Bundesrat eine Revision des Gleichstellungsgesetzes, welche die Arbeitgeberseite im Fokus hat und zwei Ziele verfolgt: Einerseits sollen die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber für das Thema der Lohngleichheit sensibilisiert werden. Andererseits soll eine allenfalls bestehende systematische Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts in den Unternehmen durch regelmässige Lohngleichheitsanalysen aufgedeckt und beseitigt werden.

3. Revision des Gleichstellungsgesetzes vom 14. Dezember 2018

Am 14. Dezember 2018 verabschiedete das Parlament die Revision des Gleichstellungsgesetzes¹⁶. Das Gleichstellungsgesetz wurde mit einem neuen Abschnitt 4a «Lohngleichheitsanalyse und Überprüfung» ergänzt, der die neuen Art. 13a bis 13i enthält.

Die neuen Gesetzesbestimmungen sowie die dazugehörige Verordnung über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse¹⁷ traten am 1. Juli 2020 in Kraft.

¹⁴ BJ, Regulierungsfolgenabschätzung zu den geplanten Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit, Schlussbericht vom 7. September 2015, verfügbar unter www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Lohngleichheit > Dokumente betreffend das Gleichstellungsgesetz.

¹⁵ BUNDESRAT, Botschaft vom 5. Juli 2017 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) (BB 2017 5507).

¹⁶ Änderung vom 14. Dezember 2018 des Gleichstellungsgesetzes (AS 2019 2815).

¹⁷ Verordnung vom 21. August 2019 über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse (SR 151.14).

Da das Parlament beschlossen hatte, die Geltungsdauer dieser neuen Gesetzesbestimmungen mit einer sogenannten «Sunset-Klausel» auf zwölf Jahre zu befristen, werden sie auf den 1. Juli 2032 automatisch wieder ausser Kraft gesetzt¹⁸.

Die Revision des Gleichstellungsgesetzes von 2018 beinhaltet drei Pflichten für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber: Analyse, Überprüfung, Information. Mit einer Analyse müssen die Löhne betriebsintern regelmässig in Bezug auf die Einhaltung der Lohngleichheit zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmenden unter die Lupe genommen werden. Die Durchführung der Analyse muss durch unabhängige Dritte überprüft werden (Revisionsunternehmen, Organisation nach Art. 7 GLG, Arbeitnehmervertretung nach Mitwirkungsgesetz¹⁹). Schliesslich müssen die Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer über die Ergebnisse der Analyse informiert werden. Börsenkotierte Unternehmen müssen die Ergebnisse der Analyse im Anhang der Jahresrechnung veröffentlichen. Im öffentlich-rechtlichen Sektor gilt speziell, dass die einzelnen Ergebnisse der Analyse sowie deren Überprüfung veröffentlicht werden müssen. Diese drei Pflichten (Analyse, Überprüfung, Information) gelten für alle Arbeitgebenden, die 100 oder mehr Arbeitnehmende beschäftigen.

Der Entwurf des Bundesrates sah vor, dass die Lohngleichheitsanalyse alle vier Jahre wiederholt werden muss (Art. 13a Abs. 2). Eine regelmässige Wiederholung der Analyse macht Sinn, weil verschiedene Faktoren, wie Neuanstellungen, Beförderungen, Reorganisationen, usw. sich auf die Entwicklung der Löhne in einem Unternehmen auswirken und zu unterschiedlichen Löhnen der weiblichen und männlichen Angestellten für gleiche und gleichwertige Arbeit führen können. Eine einmalige Lohngleichheitsanalyse stellt nur eine Momentaufnahme dar. In der parlamentarischen Beratung der Revision des Gleichstellungsgesetzes beschloss das Parlament allerdings eine Befreiungsklausel: Zeigt die Analyse, dass die Lohngleichheit im Betrieb eingehalten ist, werden die Arbeitgebenden von der Analysepflicht

¹⁸ Ziff. II der Änderung vom 14. Dezember 2018 des Gleichstellungsgesetzes (AS 2019 2815).

¹⁹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (SR 822.14).

befreit, müssen die Analyse also nicht mehr wiederholen (Art. 13a Abs. 3 GlG).

II. Zwischenbilanz

A. Vorgehen

Mit seinem Beschluss vom 14. Dezember 2018 über die Änderung des Gleichstellungsgesetzes hat das Parlament den Bundesrat in Art. 17b beauftragt, ihm spätestens neun Jahre nach Inkrafttreten über die Wirksamkeit der neuen Bestimmungen zu berichten, also spätestens Mitte 2029. In seinen Stellungnahmen zu verschiedenen parlamentarischen Vorstössen²⁰, die ein wirksames Gleichstellungsgesetz forderten, hatte sich der Bundesrat bereit erklärt, bereits früher eine Zwischenbilanz zu ziehen. In dieser Zwischenbilanz sollte im Sinne einer Vollzugsbilanz aufgezeigt werden, wie die Arbeitgebenden die neuen Pflichten bisher umgesetzt haben.

Im Herbst 2023 wurde die Zwischenbilanz an eine externe Forschungsgemeinschaft in Auftrag gegeben. Für die Erarbeitung der Zwischenbilanz hat die Forschungsgemeinschaft sämtliche 6028 zur Analyse verpflichteten Unternehmen zu einer Online-Befragung eingeladen²¹. Es haben insgesamt 2404 Unternehmen geantwortet. Die entspricht einem Rücklauf von 39,9 % und deckt rund eine Million Arbeitnehmende ab. Weiter wurden alle 864 Revisorinnen und Revisoren, welche einen Ausbildungskurs für die Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen besucht hatten (Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse), zu einer Online-Befragung zur Überprüfung der Lohngleichheitsanalysen eingeladen (Rücklauf: 34,8 %). Zusätzlich wurden Interviews mit ausgewählten Personen

²⁰ Z.B. Motion Nationalrätin Laurence Fehlmann Rielle, Geschäft Nr. 22.4208, «Nach dem Ja zur AHV 21 ist es an der Zeit, die Lohngleichheit umzusetzen» (abgelehnt) oder Motion Ständerat Lorenz Hess, Geschäft Nr. 21.3944, «Schluss mit den Lippenbekenntnissen. Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» (derzeit noch hängig).

²¹ Die Arbeitgebenden wurden mit einem Schreiben des Bundesamtes für Justiz, dem ein Link der Forschungsgemeinschaft beigelegt wurde, zur Teilnahme an der Befragung eingeladen.

(Revisorinnen und Revisoren, Arbeitnehmende, Expertinnen und Experten) geführt. Im Sommer 2024 hat die Forschungsgemeinschaft ihren Bericht über die Zwischenbilanz²² eingereicht. Der Bundesrat nahm diesen Bericht sowie den darauf basierenden Bericht des EJPD (BJ) «über die Zwischenbilanz der Umsetzung der Art. 13a bis 13i des Gleichstellungsgesetzes» am 7. März 2025 zu Kenntnis²³.

B. Ergebnisse der Zwischenbilanz

1. Ungenügende Umsetzung der Pflichten

Die Zwischenbilanz hatte zum Ziel, den bisherigen Vollzug der Art. 13a bis 13i GLG, die seit 1. Juli 2020 in Kraft sind, zu analysieren. Die Ergebnisse dieser Zwischenbilanz zeigen, dass die drei gesetzlichen Pflichten (Analyse, Überprüfung, Information) von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ungenügend umgesetzt wurden. Weniger als die Hälfte (ca. 45 %) der antwortenden Arbeitgebenden haben alle drei gesetzlichen Pflichten vollständig erfüllt. Gut drei Viertel der antwortenden Unternehmen haben eine Lohngleichheitsanalyse durchgeführt, zwei Drittel haben ihre Analyse überprüfen lassen, und etwa die Hälfte hat ihre Arbeitnehmenden über das Ergebnis der Analyse informiert.

Diese Ergebnisse der Zwischenbilanz, die sich zu einem grossen Teil auf Antworten auf die Online-Befragungen stützen, sind so breit wie möglich abgestützt. Dennoch sind sie vorsichtig zu interpretieren, da Verzerrungen der Ergebnisse berücksichtigt werden müssen. So können die Antworten der Arbeitgebenden auf die Online-Befragung insbesondere durch folgende Faktoren beeinflusst worden sein: Es nahmen eher jene Arbeitgebende an der Befragung teil, die eine Lohngleichheitsanalyse durchgeführt und mit positivem Ergebnis abgeschlossen haben (*Selection Bias*). Zudem können die

²² Forschungsgemeinschaft Berner Fachhochschule/PrivatePublicConsulting, Schlussbericht vom 30. August 2024 «Zwischenbilanz zum Vollzug von Art. 13a–13i GLG (Lohngleichheitsanalysen)».

²³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. März 2025, verfügbar unter <https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=104390> (zuletzt besucht am 27. September 2025).

Antworten eher so ausgefallen sein, wie es als sozial erwünscht oder vom Gesetzgeber vorgesehen erachtet wurde (*Response Bias*). Auch können die Erinnerungen bruchstückhaft gewesen sein (*Memory Bias*) oder die Person, welche die Lohnungleichheitsanalyse durchgeführt oder organisiert hatte, in der Zwischenzeit die Stelle gewechselt haben. Allerdings können die Ergebnisse der Befragungen auch so interpretiert werden, dass der Anteil der analysepflichtigen Arbeitgebenden, welche die gesetzlichen Pflichten nicht gesetzeskonform umgesetzt haben, sogar eher höher ist.

2. Mögliche Gründe für die ungenügende Pflichterfüllung

Gemäss den Ergebnissen der Zwischenbilanz (Umfrageergebnisse und Ergebnisse der Interviews) haben insbesondere folgende Gründe eine Rolle für die ungenügende Umsetzung der gesetzlichen Pflichten gespielt: Viele Arbeitgebende waren oder sind sich nicht bewusst, dass es in ihrem Unternehmen Probleme mit der Lohnungleichheit geben könnte. Sie gingen oder gehen davon aus, dass die Lohnungleichheit bereits eingehalten sei und deshalb keine Analysepflicht bestehe. Teilweise wissen die Arbeitgebenden auch nicht, dass alle drei Pflichten (Analyse, Überprüfung, Information) rechtlich verbindlich sind.

Als weitere Gründe für die ungenügende Pflichterfüllung wurden angegeben: mangelndes Wissen zum Ausfüllen des Fragebogens, das Fehlen der Androhung von Sanktionen für die Nichterfüllung der Pflichten, verschiedene Unklarheiten in Bezug auf die gesetzeskonforme Wahrnehmung der gesetzlichen Pflichten (insbes. bezüglich der Informationspflicht).

Beim Nachhaken bei einigen Arbeitgebenden, die auf die Online-Umfrage überhaupt nicht reagiert hatten, wurden als Gründe für die Nichtteilnahme vor allem fehlende Zeit oder mangelnde Ressourcen, behauptete Einhaltung der Lohnungleichheit im Unternehmen oder auch das Vorhandensein mehrheitlich weiblicher, resp. männlicher Angestellte vorgebracht.

3. Einzelheiten zu den Zwischenbilanzergebnissen

Gemäss den Ergebnissen der Zwischenbilanz haben nur etwa ein Fünftel der vom Gleichstellungsgesetz verpflichteten Arbeitgebenden (d.h. mit 100 oder mehr Mitarbeitenden) alle drei gesetzlichen Pflichten (Analyse, Überprüfung Information) erfüllt und sich damit gesetzeskonform verhalten. Am wenigsten eingehalten wurde die Pflicht zur Information der Arbeitnehmenden über das Ergebnis der Lohnvergleichsanalyse (Art. 13g GlG).

In Bezug auf die Branche ergab die Zwischenbilanz, dass vor allem Arbeitgebende der Finanz- und Versicherungsbranche Lohnvergleichsanalysen durchgeführt haben. Im Gastgewerbe hingegen gab es relativ wenige Lohnvergleichsanalysen.

Die Analysepflicht wurde von grösseren Betrieben eher eingehalten als von kleineren. Zudem haben mehr börsennotierte Unternehmen Analysen durchgeführt als nicht-börsennotierte privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Arbeitgebende.

Für den öffentlich-rechtlichen Sektor hatte das Parlament die Informationspflicht etwas verschärft, um der Vorbildfunktion der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber beim Bund, bei den bundesnahen Betrieben, bei Kantonen sowie grösseren Gemeinden Rechnung zu tragen. Öffentlich-rechtliche Arbeitgebende müssen nicht nur ihre Mitarbeitenden über das Analyseergebnis informieren. Sie müssen zusätzlich die einzelnen Ergebnisse der Analyse und der Überprüfung veröffentlichen (Art. 13i GlG). Die Ergebnisse der Zwischenbilanz zeigen klar auf, dass der mit diesen spezifischeren Informationspflichten betraute öffentlich-rechtliche Sektor dieser ihm zugedachten Vorbildfunktion in der Förderung der Lohngleichheit nicht nachkommt. Nur etwa die Hälfte der Antwortenden aus dem öffentlich-rechtlichen Sektor haben ihre Informationspflichten erfüllt.

III. Weiteres Vorgehen

A. Vorziehen der Wirkungsevaluation

Das Gleichstellungsgesetz verlangt vom Bundesrat, dass er dem Parlament spätestens neun Jahre nach Inkrafttreten, also im Jahr 2029 darüber berichtet, welche Wirkungen die Art. 13a bis 13i GlG entfaltet haben (Art. 17b GlG). Die Wirkungsevaluation soll zeigen, ob und wenn ja, wie die drei gesetzlichen Pflichten (Analyse, Überprüfung, Information) dazu beigetragen haben, die Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern zu beseitigen oder zumindest zu verringern.

Aufgrund der Ergebnisse der Zwischenbilanz hat der Bundesrat am 7. März 2025 beschlossen, diese Wirkungsevaluation vorzuziehen. Er möchte den Evaluationsbericht bereits Ende 2027 verabschieden. Sollte gestützt auf die Ergebnisse dieser Wirkungsevaluation ein konkreter Revisionsbedarf festgestellt werden, wird der Bundesrat entscheiden, welche Massnahmen er dem Parlament vorschlagen wird, um die Lohnungleichheit weiter zu fördern.

B. Neue parlamentarische Vorstösse (ab 2025)

Nach der Veröffentlichung der Zwischenbilanz am 7. März 2025 wurden verschiedene parlamentarische Vorstösse eingereicht²⁴. Alle diese Vorstösse zielen darauf ab, den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Lohnungleichheit besser durchzusetzen:

- Das Postulat 25.3175 Katharina Prelicz-Huber «Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit» möchte den Bundesrat auffordern, in einem Bericht darzulegen, ob der verfassungsrechtliche Grundsatz der Lohnungleichheit eingehalten wird, und welche Massnahmen bei Nichteinhaltung ergriffen werden könnten, um gleiche Löhne für gleichwertige Arbeit zu gewährleisten.

²⁴ Die Motion Lorenz Hess, Geschäft Nr. 21.3944, «Schluss mit den Lippenbekenntnissen. Gleicher Lohn für gleiche Arbeit» bleibt bis zum Vorliegen der Wirkungsevaluation in der parlamentarischen Kommission sistiert.

- Mit der Motion 25.3239 Kathrin Bertschy «Gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Analysepflicht nachbessern» soll der Bundesrat beauftragt werden, Art. 13a Abs. 3 GIG und damit die Einmaligkeit der Lohngleichheitsanalyse aufzuheben.
- Die Motion 25.3300 Martine Docourt «Transparente Anwendung des Gleichstellungsgesetzes» verlangt eine Revision des Gleichstellungsgesetzes, damit Unternehmen auf eine öffentlich zugängliche Liste gesetzt werden können, wenn sie die Lohngleichheitsanalyse nicht fristgerecht durchführen, sie nicht überprüfen lassen, ihre Mitarbeitenden nicht informieren oder wenn die Analyse eine systematische Geschlechterdiskriminierung zeigt.
- Die Motion 25.3391 Greta Gysin «Lohndiskriminierung. Unternehmen zur Umsetzung von Korrekturmassnahmen verpflichten» möchte den Bundesrat beauftragen, das Gleichstellungsgesetz zu ändern, damit die Unternehmen die Ergebnisse ihrer Lohngleichheitsanalysen einer zuständigen Behörde einreichen müssen. Bei Feststellung einer strukturellen Lohndiskriminierung sollen die Unternehmen wirksame Massnahmen zu deren Beseitigung ergreifen und diese den Behörden melden müssen.
- Mit der Motion 25.3400 Greta Gysin «Einführung von Sanktionen für Unternehmen, die Lohndiskriminierung nicht korrigieren» soll der Bundesrat beauftragt werden, das Gleichstellungsgesetz zu ändern, um Sanktionen für Unternehmen einzuführen, die Lohndiskriminierung nicht korrigieren.
- Mit dem Postulat 25.3410 Ursula Zybach «Umsetzen der Lohngleichheit» soll der Bundesrat beauftragt werden, Massnahmen zu prüfen, die ergriffen werden könnten, damit die in der Bundesverfassung postulierte Lohngleichheit endlich umgesetzt wird. Unternehmen sollen unterstützt werden, die Lohngleichheit zu überprüfen, die Mitarbeitenden zu informieren und bei Bedarf interne Massnahmen zu ergreifen.

Die Stellungnahmen des Bundesrates zu diesen Vorstössen liegen bereits vor. Der Bundesrat verweist darin jeweils auf die Wirkungsevaluation, die zunächst abgewartet werden soll, damit allfällig zu ergreifende neue Massnahmen zur besseren Durchsetzung der Lohngleichheit gestützt auf wissenschaftlich erhobene Daten vorgeschlagen werden können.

IV. Fazit

Trotz der verfassungsrechtlichen Lohngleichheitsgarantie, dem Instrumentarium des Gleichstellungsgesetzes sowie der staatlich unterstützten Möglichkeiten, freiwillig für die Durchsetzung der Lohngleichheit in den Unternehmen zu sorgen, gibt es in der Realität nach wie vor Lohndiskriminierung zuungunsten der Frauen. Gemäss der Lohnstruktur-erhebung betrug der durchschnittliche Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern im Jahr 2022 im privaten Sektor 17,5 %. Ein Teil dieses Lohnunterschieds (55,1 %) lässt sich mit dem Beruf, der Branche, der Ausbildung oder der beruflichen Stellung erklären. Der Rest (44,9 %) bleibt jedoch unerklärt und kann eine geschlechterspezifische Lohndiskriminierung darstellen. Im öffentlichen Sektor (Bund, Kantone und Gemeinden) betrug der durchschnittliche Lohnunterschied im Jahr 2022 13,8 %. Davon waren 49,6 % unerklärt und damit möglicherweise diskriminierend.

Mit Blick auf die ungenügende Umsetzung der Revision des Gleichstellungsgesetzes von 2018 stellt sich deshalb die Frage, ob es nicht strengere gesetzliche Massnahmen zur Durchsetzung der Lohngleichheit braucht. Die Politik wird diese Frage gestützt auf die Ergebnisse der Wirkungsevaluation zu entscheiden haben. Die hängigen parlamentarischen Vorstösse zeigen verschiedene Möglichkeiten für Optimierungen des Gleichstellungsgesetzes auf.

Literaturverzeichnis

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. : K GlG-BEARBEITERIN/BEARBEITER).

La protection contre le licenciement discriminatoire à raison du sexe ou de la grossesse dans les rapports de travail de droit privé

*Jean-Philippe Dunand**

Table des matières

I.	Introduction	177
II.	Notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg	179
A.	Critères d'un licenciement discriminatoire	179
B.	Discriminations directes et indirectes	181
1.	Discriminations directes	181
2.	Discriminations indirectes	182
C.	Motifs justificatifs	183
D.	Preuve	185
1.	La preuve sous le régime applicable du congé abusif (CO)	185
2.	La preuve sous le régime spécifique applicable du licenciement discriminatoire (LEg)	187
a.	Vraisemblance de l'existence d'un licenciement discriminatoire	188
b.	Preuve d'un motif objectif	189
E.	Jurisprudence sur le licenciement discriminatoire fondé sur la maternité	190
1.	Licenciement discriminatoire admis	192
a.	Cour d'appel du canton du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018	192
b.	TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2	192
c.	Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 18 janvier 2022, c. 4	193

* Avocat, docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel. L'auteur remercie Mme Neïda de Jesus, assistante-doctorante à la faculté de droit de Neuchâtel pour sa relecture attentive de la contribution.

d. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève du 4 septembre 2023, c. 3.2.5	194
2. Licenciement discriminatoire non admis	194
a. TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2	194
b. TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4	195
c. TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5	196
d. TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5	196
e. Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois du 6 juin 2023, c. 4.3.1	196
III. Prétention principale de la personne discriminée	197
A. Indemnité de résiliation discriminatoire	197
1. La nature de l'indemnité	198
2. Le montant de l'indemnité	199
B. Procédure	201
1. Opposition au congé	202
2. Action en justice	204
IV. Autres prétentions	205
A. Prétentions en lien avec le licenciement	207
1. Indemnité pour licenciement abusif	207
2. Indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié	208
3. Indemnité découlant d'un congé représailles au sens de la LEg	209
4. Dommages-intérêts	210
5. Réparation morale	212
B. Prétentions étrangères au licenciement	212
1. Dommages-intérêts et réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité (art. 328 CO)	213
2. Indemnité en cas de harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)	213
C. Prétentions fondées sur des dispositions contractuelles plus favorables	214
V. Conclusion	215
Bibliographie	218
Documents officiels	221

I. Introduction

Dans les dispositions du Code des obligations (CO¹) sur le contrat de travail (art. 319 ss), la sous-section relative à la protection contre les congés comprend une partie consacrée à la résiliation abusive (art. 336 à 336b CO) et une partie consacrée à la résiliation en temps inopportun (art. 336c et 336d CO). Pour avoir un panorama complet de la protection contre les licenciements dans le CO, il faut aussi tenir compte de la protection contre le congé immédiat injustifié (art. 337c CO)². Globalement, le régime actuel résulte de la réforme du 18 mars 1988, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989³.

Lors de l'adoption de la LEg⁴, le 24 mars 1995, le législateur a souhaité protéger les personnes employées contre deux types de licenciement, lesquels constituaient déjà des cas spécifiques de congé abusif au sens de l'art. 336 CO : le congé discriminatoire (cf. art. 336 al. 1 let. a CO) et le congé représailles (cf. art. 336 al. 1 let. d CO)⁵.

Il y a licenciement discriminatoire lorsqu'une personne employée est licenciée à raison du sexe (cf. art. 3 al. 1 et 2 LEg), par exemple parce qu'elle est mariée ou parce qu'elle rentre d'un congé-maternité (cf. art. 3 al. 1 LEg). La personne lésée peut prétendre au versement d'une indemnité par l'employeur, fixée compte tenu de toutes les circonstances, et qui n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg).

Il y a congé représailles, lorsqu'une personne employée est licenciée parce qu'elle s'est plainte, de bonne foi, sur son lieu de travail, devant un office de conciliation ou un tribunal, d'avoir subi une discrimination interdite par la loi sur l'égalité (cf. art. 10 al. 1 LEg), par exemple parce qu'elle a demandé à son employeur de mettre fin à une discrimination salariale. La personne licenciée peut demander l'annulation du congé et sa réintégration dans l'entreprise

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations, CO ; RS 220).

² Sur la protection contre les congés dans le CO, cf. DUNAND, *La fin du contrat*, 32 ss.

³ RO 1988 1472 ; FF 1984 II 574.

⁴ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

⁵ Cf. TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.2.

(cf. art. 10 al. 1 LEg), ou alors une indemnité au sens de l'art. 336a CO, en lieu et place de l'annulation du congé (cf. art. 10 al. 4 LEg).

Au sens large, les deux types de licenciement constituent une violation de l'interdiction de discriminer prohibée par l'art. 3 LEg. La présente contribution est consacrée au licenciement discriminatoire au sens strict, celui qui est sanctionné à l'art. 5 LEg. Nous limiterons notre analyse aux rapports de travail régis par le CO, étant rappelé que la LEg s'applique également aux rapports de travail régis par le droit public fédéral, cantonal et communal (cf. notamment art. 2 LEg)⁶.

Après avoir présenté la notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg (chapitre II), nous distinguerons la prétention principale (chapitre III), des autres prétentions (chapitre IV) de la personne licenciée.

Comme nous le verrons, le régime du licenciement discriminatoire de la LEg s'apparente étroitement, en tant que *lex specialis*, au régime du congé abusif du CO, dont il reprend la notion (cf. art. 336 al. 1 let. a CO), la sanction (cf. art. 336a CO) et la procédure (cf. art. 336b CO)⁷. Pour autant, il comporte trois spécificités importantes, favorables à la personne discriminée : un renversement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg), la possibilité de réclamer des dommages-intérêts et une réparation morale en plus de l'indemnité de licenciement discriminatoire (art. 5 al. 5 LEg), ainsi que la latitude d'améliorer conventionnellement la protection de la personne licenciée (art. 5 al. 5 LEg *in fine*).

⁶ Pour une présentation de la protection contre la résiliation à raison du sexe dans les rapports de travail de droit public, cf. la contribution de CHRISTIAN BRUCHEZ et SARAH PRAPLAN dans cet ouvrage.

⁷ Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1221 ; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 724.

II. Notion de licenciement discriminatoire dans le contexte de la LEg

Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné à une partie « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise ». La personnalité englobe toutes les caractéristiques qui servent à individualiser une personne et qui sont dignes d'être protégées par l'ordre juridique⁸. Cette disposition vise le congé discriminatoire⁹ fondé, par exemple, sur le statut familial, le sexe, l'origine, la race, la nationalité, l'âge, l'orientation sexuelle, les antécédents judiciaires ou encore la maladie, la séropositivité, ainsi que l'appartenance religieuse¹⁰.

La LEg se concentre sur un type spécifique de licenciement discriminatoire, à savoir celui fondé sur le sexe. Pour cerner la notion de licenciement discriminatoire selon la LEg, nous traiterons des questions suivantes : critères (*infra* A), distinction entre discrimination directe et indirecte (*infra* B), motifs justificatifs (*infra* C), fardeau de la preuve (*infra* D) et jurisprudences significatives en matière de licenciements discriminatoires fondés sur la maternité (*infra* E).

A. Critères d'un licenciement discriminatoire

L'art. 3 LEg établit le principe de l'interdiction de toute discrimination entre femmes et hommes dans les rapports de travail. En d'autres termes, il proscriit les différences de traitement injustifiées entre travailleuses et travailleurs¹¹. La norme est absolument impérative¹². Toute dérogation prévue dans un

⁸ TF 4C.72/2002 du 22 avril 2002, c. 1a.

⁹ TF 4A_138/2015 du 27 juillet 2015, c. 3.1.

¹⁰ ATF 130 III 699, c. 4.1 ; ATF 127 III 86, c. 2a ; TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009, c. 3.1.

¹¹ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 2.

¹² K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 1.

règlement, une convention collective de travail ou un contrat individuel de travail est nulle de plein droit¹³.

Selon l'art. 3 al. 1 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, de leur grossesse. Explicitement mentionnés à l'art. 3 al. 1 LEg, les critères de l'état civil et de la situation familiale sont présumés discriminatoires¹⁴.

L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg).

En l'absence de définition dans la LEg, il est possible de caractériser un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, en se référant notamment à l'art. 1 de la Convention de l'OIT n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, ratifiée par la Suisse¹⁵, par la réunion des quatre éléments suivants¹⁶ :

- une distinction, exclusion ou préférence, résultant d'un licenciement, qui constitue une différence de traitement entre les femmes et les hommes ;
- cette différence de traitement est fondée sur un critère discriminant, en l'espèce, le sexe, l'état civil, la situation familiale ou la grossesse de la personne licenciée ;
- le résultat de cette différence de traitement provoque la destruction ou l'altération de l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ;
- il n'existe pas de motif justificatif objectif, répondant à un véritable besoin de l'entreprise pour un emploi déterminé, de nature à fonder la distinction, exclusion ou préférence incriminée.

Précisons encore que la question de savoir si la partie employeuse a eu l'intention ou non de discriminer n'est pas déterminante pour apprécier le caractère discriminatoire d'une mesure¹⁷. En effet, l'interdiction de la

¹³ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 1.

¹⁴ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 10.

¹⁵ Convention OIT n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (C111 ; RS 0.822.721.1).

¹⁶ Cf. DUNAND/WITZIG, 243 et 335 ss.

¹⁷ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 5.

discrimination fondée sur le sexe s'applique également aux discriminations non-intentionnelles¹⁸.

B. Discriminations directes et indirectes

Comme déjà indiqué, la LEg prohibe autant les discriminations directes (*infra* 1) que les discriminations indirectes (*infra* 2). Il convient de distinguer les deux hypothèses dans le contexte du licenciement discriminatoire.

1. Discriminations directes

Est constitutive d'une discrimination directe à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qui n'est pas justifiée objectivement¹⁹. Il en irait ainsi, par exemple, si des femmes mariées étaient licenciées en priorité, vu la situation sur le marché de l'emploi ou la nécessité de réduire les effectifs, au motif que leur salaire ne représenterait qu'un appoint à celui de leur mari²⁰.

De même, constitue une discrimination directe dans la résiliation des rapports de travail le licenciement d'une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle souhaite le devenir ou parce qu'elle est mère²¹.

Certes, après le temps d'essai, le licenciement notifié durant la grossesse et durant les seize semaines qui suivent l'accouchement est nul (cf. art. 336c CO), même si la partie employeuse ignorait que son employée était enceinte²². Mais

¹⁸ ATF 127 III 207, c. 5b ; TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 5.2.

¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1210 ; ATF 145 II 153, c. 4.3.5 ; ATF 124 II 424 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1. La présente contribution se réfère au sexe biologique des personnes, tel qu'il est entendu dans la conception traditionnelle actuellement retenue par la jurisprudence. Néanmoins, la question de l'application de la LEg à des notions plus contemporaines se pose (orientation sexuelle ou identité de genre). Cf. notamment à ce sujet la contribution d'ELISABETH JOLLER dans le présent ouvrage.

²⁰ K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 63 s. ; PORTMANN/WILDHABER/RUDOLPH, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 721.

²¹ TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1.

²² ATF 135 III 349, c. 2 et 3. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 859.

lorsque le licenciement intervient durant le temps d'essai ou après les seize semaines qui suivent l'accouchement, il n'est pas nul, mais peut être contesté en raison de son caractère discriminatoire (art. 3 et 5 LEg) ou abusif (art. 336 CO)²³.

Est également discriminatoire, le licenciement d'une travailleuse ayant pour cause l'exercice par celle-ci des droits découlant de sa grossesse ou de sa maternité²⁴ ou celui faisant suite au refus de l'employée de donner suite aux avances sexuelles de son supérieur hiérarchique²⁵.

En principe, pour autant que l'on ne cherche pas, par ce moyen, à détourner les dispositions impératives de la loi, les parties peuvent convenir de mettre fin au contrat de travail d'un commun accord (de résiliation)²⁶. Selon la jurisprudence, un tel accord de résiliation peut supprimer la possibilité pour la partie employée de se prévaloir d'une protection contre le licenciement abusif ou en temps inopportun (art. 336 ss CO)²⁷. La compatibilité de ce régime juridique avec les règles impératives de la LEg mériterait d'être étudiée, eu égard notamment aux accords de résiliation en cas de maternité²⁸.

2. Discriminations indirectes

Est constitutive d'une discrimination indirecte à raison du sexe une différence de traitement qui se fonde sur un critère, neutre en apparence, mais qui a ou peut avoir pour résultat de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifiée objectivement²⁹.

Une discrimination indirecte dans la résiliation des rapports de travail doit notamment être présumée lorsque les licenciements visent en priorité les personnes travaillant à temps partiel, celles qui ont le moins d'expérience ou

²³ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35.

²⁴ TC VD du 6 juin 2023, c. 4.2.1, DTA 2024 609 ; Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35 ; PERRENOUD, 91.

²⁵ LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 264.

²⁶ TF 4A_364/2016 du 31 octobre 2016, c. 3.1.

²⁷ TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018, c. 4.1.3. Cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, 710 ss.

²⁸ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, 43.

²⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1210 ; ATF 145 II 153, c. 4.3.5 ; TF 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.1.

d'ancienneté ou les personnes mariées dont le conjoint bénéficie d'un salaire plus élevé ou d'un bon revenu³⁰.

Dans son message relatif à la LEg, le Conseil fédéral indiquait que, lors de licenciements collectifs, la partie employeuse doit utiliser, au moment du choix des personnes licenciées, des critères qui ne se fondent pas sur la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes et qui, pris dans leur ensemble, n'ont pas pour effet de désavantager systématiquement les femmes³¹.

C. Motifs justificatifs

Il résulte de ce qui précède que le caractère discriminatoire d'une différence de traitement disparaît si celle-ci est justifiée objectivement³². La justification relèvera d'un besoin de l'entreprise lié à l'exécution du travail, la situation conjoncturelle ou un besoin de politique sociale³³.

En principe, une discrimination directe ne peut être justifiée objectivement, puisqu'elle fait référence au critère prohibé³⁴. L'existence d'une justification objective est donc plus pertinente dans le domaine des discriminations indirectes³⁵.

En l'absence d'une énumération dans la loi, la liste des motifs objectifs est ouverte et soumise à l'appréciation des tribunaux³⁶. En matière salariale, par exemple, la jurisprudence considère comme non discriminatoires les différences qui reposent sur les motifs qui peuvent influencer la valeur du travail (formation, ancienneté, qualifications professionnelles, expérience professionnelle, prestations effectuées, rendement, cahier des charges concrètement assumé, etc.)³⁷.

³⁰ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 10 et N 36 ; K GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 67 ss.

³¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1211.

³² CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1211 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.1.

³³ COSSALI SAUVAIN, 62.

³⁴ COSSALI SAUVAIN, 62.

³⁵ COSSALI SAUVAIN, 63.

³⁶ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 29.

³⁷ ATF 130 III 145, c. 5.2. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 1192.

Evidemment, le motif justificatif avancé par l'employeur ne doit pas, lui-même, être directement ou indirectement discriminatoire à raison du sexe³⁸. Ainsi, le critère du sexe ne peut être admis comme motif objectif qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il constitue un facteur déterminant pour l'exécution du travail en question³⁹.

Lors de l'entretien d'embauche, par exemple, les questions relatives à la grossesse sont en principe interdites (cf. aussi les art. 328 et 328b CO)⁴⁰. De telles questions sont cependant exceptionnellement susceptibles d'être posées lorsque la grossesse constitue un point objectivement essentiel du contrat, c'est-à-dire qu'elle aura des répercussions sur les aptitudes de la candidate à effectuer le travail proposé⁴¹. Tel peut être le cas d'un travail physiquement éprouvant ou interdit par le droit public en raison du danger qu'il représente pour la santé de la mère enceinte ou de l'enfant à naître⁴².

En matière de licenciement discriminatoire, la possibilité d'invoquer un motif justificatif fondé sur le sexe ou la grossesse nous paraît très réduite. Toutefois, dans une affaire genevoise, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les prétentions d'une comédienne alléguant avoir été l'objet d'un licenciement discriminatoire après l'annonce de la grossesse, la partie employeuse étant fondée à refuser de lui laisser jouer un rôle physiquement éprouvant⁴³.

Ainsi, dans la plupart des cas, la partie employeuse se fondera sur un motif objectif ne relevant pas du sexe de la personne licenciée (motif économique ou prestation de travail insuffisante, par exemple)⁴⁴.

Toutefois, pour qu'une différence de traitement (licenciement) soit justifiée, la partie employeuse ne peut invoquer n'importe quel motif ; elle doit démontrer qu'elle poursuit un but objectif⁴⁵. Il incombe au juge d'apprécier les faits, au regard du principe de la proportionnalité, afin de déterminer la

³⁸ Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 28.

³⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1212 ; Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 7 ; Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 28 ; SUBILIA/DUC, art. 3 N 10.

⁴⁰ LEMPEN, *Protection des données*, 281.

⁴¹ PERRENOUD, 83 s.

⁴² Commentaire LEg-AUBERT, art. 3 N 23.

⁴³ Jurisprudence citée in : Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 35, nbp 143.

⁴⁴ PERRENOUD, 91.

⁴⁵ WYLER/HEINZER/WITZIG, 1193.

portée exacte du motif avancé par la partie employeuse pour justifier la différence de traitement⁴⁶. Cela signifie que le motif objectif doit justifier non seulement la différence de traitement, mais aussi son ampleur⁴⁷. Le juge devrait donc vérifier si une autre mesure moins incisive que le licenciement aurait été possible.

D. Preuve

Dans un procès portant sur l'existence d'un licenciement discriminatoire au sens de la LEg, il convient de déterminer quelle partie supporte le fardeau de la preuve et selon quel degré. Puisque la notion de licenciement discriminatoire selon la LEg constitue un cas spécifique de licenciement abusif au sens du CO, nous évoquerons le régime de la preuve applicable dans ce cas (*infra* 1), avant de présenter le régime spécifique de la LEg (*infra* 2).

1. La preuve sous le régime applicable du congé abusif (CO)

Il appartient à la partie qui allègue un fait pour en déduire un droit de le prouver⁴⁸ (cf. art. 8 CC⁴⁹). La personne employée qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit donc en principe en apporter la preuve⁵⁰. Elle doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail⁵¹. L'appréciation du caractère abusif du licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer quel est le motif réel du congé⁵². En pratique, la chronologie des événements joue un rôle important : plus court est le laps de temps entre le

⁴⁶ ATF 130 III 145, c. 5.2 ; COSSALI SAUVAIN, 64 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1192.

⁴⁷ AUBRY GIRARDIN, 107.

⁴⁸ DIETSCHY, N 466.

⁴⁹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁵⁰ Sur la question de la preuve du congé abusif, cf. CS-DUNAND, art. 336 N 22 ss.

⁵¹ TF 4A_293/2019 du 22 octobre 2019, c. 3.5.1.

⁵² TF 4A_408/2011 du 15 novembre 2011, c. 5.2.

motif abusif supposé et la notification du licenciement, plus l'indice de l'existence d'un congé abusif sera élevé⁵³.

La preuve stricte est apportée quand le tribunal est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait, d'éventuels doutes quant à la réalité du fait apparaissant comme insignifiants⁵⁴. Selon la jurisprudence, lorsqu'une preuve stricte n'est pas possible ou qu'elle ne peut être exigée en raison de la nature de l'affaire, il est possible d'admettre une réduction du degré de preuve, notamment à la vraisemblance prépondérante (ou haute vraisemblance)⁵⁵. Une telle vraisemblance existe lorsque, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération⁵⁶.

Ainsi, s'agissant de l'existence d'un licenciement abusif, il y a lieu, selon le Tribunal fédéral, de tenir compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de la partie qui a résilié le contrat. Le tribunal peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque la partie employée est parvenue à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par la partie employeuse ou que cette dernière n'est pas parvenue à apporter la confirmation de la pertinence du motif allégué⁵⁷. Il suffit que le lien de causalité naturelle entre le motif abusif et la résiliation soit établi selon le degré d'une vraisemblance prépondérante⁵⁸.

Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a toutefois pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices » ; de son côté, la partie employeuse ne peut rester

⁵³ CS-DUNAND, art. 336 N 24, et références citées sous note 76.

⁵⁴ ATF 148 III 105, c. 3.3.1 ; ATF 144 III 264, c. 5.2.

⁵⁵ TF 4A_254/2021 du 21 décembre 2021, c. 4.1.

⁵⁶ ATF 133 III 81, c. 4.2.2.

⁵⁷ ATF 130 III 699, c. 4.1.

⁵⁸ TF 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.1.

inactive ; elle n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé⁵⁹(cf. art. 160 CPC⁶⁰).

La preuve du congé abusif peut s'avérer délicate lorsque plusieurs causes du licenciement sont envisageables dont seules certaines ou une seule sont abusives. Il faudra, dans ce cas, déterminer quel a été le motif causal déterminant du congé⁶¹. Autrement dit, il convient de déterminer si, sans le motif abusif, le contrat aurait été tout de même résilié : si tel est le cas, le congé n'est pas abusif⁶².

Dans certains cas, la loi prévoit la possibilité pour la partie employeuse d'amener la preuve que le congé, dont la partie employée a démontré le caractère abusif, repose en réalité sur un motif justificatif légal. Ainsi, dans l'hypothèse d'un congé discriminatoire – donné pour une raison inhérente à la personnalité –, le congé n'est pas abusif si la partie employeuse prouve que cette raison avait « un lien avec le rapport de travail » ou portait « sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise » (cf. art. 336 al. 1 let. a CO)⁶³.

2. La preuve sous le régime spécifique applicable au licenciement discriminatoire (LEg)

Le procès en matière d'égalité est soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. a CPC) et à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC)⁶⁴. Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination « est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable ». Cette règle spécifique s'applique notamment à la résiliation des relations de travail (cf. art. 6 *in fine* LEg).

Il est admis que l'art. 6 LEg institue un mécanisme en deux étapes. Il revient, dans un premier temps, à la partie employée de rendre vraisemblable qu'elle a

⁵⁹ ATF 130 III 699, c. 4.1.

⁶⁰ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁶¹ TF 4A_19/2015 du 20 mai 2015, c. 4.4 et 4.6.

⁶² TF 4A_437/2015 du 4 décembre 2015, c. 2.2.3 à 5.

⁶³ Cf. CS-DUNAND, art. 336 N 31.

⁶⁴ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 3 et 4.

fait l'objet d'un licenciement discriminatoire. Il appartient alors, dans un second temps, à la partie employeuse de prouver que le licenciement repose, en réalité, soit sur un motif justificatif, soit sur un motif objectif non-discriminatoire (renversement du fardeau de la preuve). Les tribunaux doivent clairement distinguer ces deux étapes dans les considérants de leur décision⁶⁵, ce qu'ils omettent souvent de faire⁶⁶.

a. Vraisemblance de l'existence d'un licenciement discriminatoire

Le Tribunal fédéral a précisé que la question de la vraisemblance devait être examinée sous l'angle du degré de la preuve et de la présomption de fait⁶⁷.

S'agissant du degré de la preuve, la discrimination doit être rendue simplement vraisemblable⁶⁸. Il s'agit d'un assouplissement du fardeau de la preuve, autant par rapport à la règle de la preuve stricte découlant du principe général de l'art. 8 CC, que par rapport à la règle jurisprudentielle applicable en matière de congé abusif, réduisant le degré de preuve à la vraisemblance prépondérante⁶⁹.

La preuve au niveau de la simple vraisemblance ne nécessite pas que le juge soit convaincu du bien-fondé des arguments de la personne licenciée ; il lui suffit de disposer d'indices objectifs suffisants pour considérer que le fait allégué s'est produit, sans pour autant exclure la possibilité qu'il ait pu en aller différemment⁷⁰. Le juge utilise la présomption de fait, en ce sens qu'il déduit d'indices objectifs le fait de la discrimination, au degré de la simple vraisemblance⁷¹.

⁶⁵ TF 8C_424/2021 du 10 mars 2022, c. 6.3 ; TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.3 ; TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 2a (considérant non publié in ATF 126 III 395). Cf. Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 12.

⁶⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3075 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

⁶⁷ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.1.1.

⁶⁸ Voir la contribution de CHRISTINE SATTIVA SPRING dans le présent ouvrage.

⁶⁹ DIETSCHY, N 508.

⁷⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215 ; ATF 144 II 65, c. 4.2.2 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; TF 4A_427/2023 du 8 novembre 2023, c. 4.1.3.

⁷¹ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4.1.1.

Lorsque la vraisemblance est admise, la partie demanderesse est dispensée de prouver de manière plus ample la réalité de la discrimination et le fardeau de la preuve est inversé⁷².

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'application de l'art. 6 LEg implique donc que le juge se détermine d'abord sur la vraisemblance alléguée, ce qui doit figurer dans sa décision. Dans la mesure où le juge considère que la discrimination est prouvée, qu'elle est plus vraisemblable que la non-discrimination ou qu'elle est plutôt invraisemblable, mais pas exclue (première étape), il doit examiner si la partie adverse a apporté la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci (deuxième étape). En revanche, si le juge considère que la discrimination est entièrement douteuse ou qu'elle a simplement été alléguée, il doit débouter la partie employée des conclusions y relatives⁷³.

En pratique, les tribunaux sont souvent exigeants quant à la question de savoir si la vraisemblance d'une discrimination a été apportée. Selon une étude de la jurisprudence cantonale en matière de LEg, dans la majorité des décisions étudiées, la vraisemblance n'a pas été admise⁷⁴.

b. Preuve d'un motif objectif

Lorsque la discrimination a été rendue vraisemblable par la personne licenciée, la partie employeuse doit apporter la preuve (stricte) qu'elle n'existe pas⁷⁵. Il lui reviendra ainsi d'apporter la preuve qu'il n'existe pas de différence de traitement ou, si celle-ci existe, qu'elle repose sur des facteurs objectifs⁷⁶. Si elle n'y parvient pas, l'existence d'un licenciement discriminatoire sera tenue pour établie⁷⁷.

Comme il est difficile d'apporter la preuve de faits négatifs, la preuve de la non-discrimination reposera généralement sur la démonstration positive que le

⁷² Commentaire LEg-WYLER, art. 6 N 9.

⁷³ TF 4C.463/1999 du 4 juillet 2000, c. 2a (considérant non publié in ATF 126 III 395).

⁷⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

⁷⁵ ATF 144 II 65, c. 4.2.1 ; ATF 142 II 49, c. 6.2 ; ATF 131 II 393, c. 7.1.

⁷⁶ ATF 131 II 393, c. 7.1 et 7.5 ; TF 4A_344/2022 du 15 mai 2023, c. 3.2.

⁷⁷ Cf. ATF 127 III 207, c. 3b.

licenciement est fondé sur une justification objective, soit en principe sur d'autres motifs que le sexe⁷⁸.

Lorsque, par exemple, l'employée est parvenue à rendre vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou sa maternité, il appartient à la partie employeuse de prouver que cet élément n'a pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat de travail, soit que l'employée aurait été licenciée même si elle n'avait pas été enceinte⁷⁹. La partie employeuse pourra chercher à établir que le licenciement a été donné pour un motif objectif, sans lien avec la grossesse ou la maternité, comme une réorganisation de l'entreprise⁸⁰ ou l'insuffisance des prestations de l'intéressée⁸¹.

Comme en matière de congé abusif (art. 336 CO), lorsque la résiliation du contrat de travail repose sur deux motifs (ou plus), dont l'un est discriminatoire (fondé sur le sexe) et l'autre non, l'existence d'un licenciement discriminatoire ne sera reconnue que si le motif discriminatoire a revêtu un caractère causal, c'est-à-dire que, en son absence, le licenciement n'aurait pas été notifié⁸².

E. Jurisprudence sur le licenciement discriminatoire fondé sur la maternité

Comme nous l'avons vu, l'art. 3 al. 1 LEg interdit la discrimination des personnes employées à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, sur leur grossesse.

Alors que l'interdiction de la discrimination à raison de la grossesse protège les femmes accouchées ou qui allaitent, l'interdiction de la discrimination à raison de la situation familiale s'oppose aux discriminations des mères

⁷⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215 ; ATF 131 II 393, c. 7.1 ; TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3.

⁷⁹ TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3 ; TF 4C.121/2001 du 16 octobre 2001, c. 3d/dd.

⁸⁰ TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 à 4 ; TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁸¹ TF 4A_507/2013 du 27 janvier 2014, c. 4.

⁸² Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 6 et N 35 ; HENSCH, N 2.43.

d'enfants en bas âge. La maternité dans son ensemble représente donc un critère de distinction prohibé⁸³.

Plusieurs études attestent que les cas de licenciement d'une employée à son retour du congé de maternité sont malheureusement fréquents en pratique⁸⁴. Ils ont donné lieu à de nombreux litiges réglés par les juridictions cantonales⁸⁵ et à quelques arrêts du Tribunal fédéral⁸⁶.

Notre Haute Cour a posé comme règle que le licenciement d'une personne employée au retour de son congé maternité n'implique pas *ipso facto* qu'il consacre une discrimination à raison du sexe⁸⁷. Toutefois, il faut retenir que la proximité temporelle entre la fin du congé maternité et le licenciement est un élément à prendre en considération pour évaluer le caractère discriminatoire de ce dernier⁸⁸.

Les tribunaux doivent examiner dans chaque cas d'espèce quel est le motif causal décisif du licenciement et si l'employeur peut se prévaloir d'un motif objectif. Nous distinguerons ici les jurisprudences dans lesquelles un licenciement discriminatoire a été admis (*infra* 1) et celles dans lesquelles il ne l'a pas été (*infra* 2).

Comme nous le constaterons, dans la grande majorité des cas soumis au Tribunal fédéral, l'existence d'un licenciement discriminatoire a été rejetée⁸⁹.

Nous rappellerons que le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF⁹⁰). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de cette dernière que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). « Manifestement inexactes » signifie ici

⁸³ PERRENOUD, 75.

⁸⁴ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.16–17. Cf. aussi LEMPEN, *L'évolution de la protection*, 86.

⁸⁵ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.20.

⁸⁶ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.32.

⁸⁷ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁸⁸ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 3.1.5, DTA 2024 545 ; SJ 2024 167.

⁸⁹ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.32.

⁹⁰ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

« arbitraires »⁹¹. Comme le rappelle la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait défendable, voire préférable⁹². Notre Haute Cour se limite ainsi parfois à relever qu'en tenant compte des constatations figurant dans l'arrêt cantonal attaqué, il n'est pas insoutenable de conclure à la réalité des motifs invoqués par l'employeuse, respectivement d'exclure un lien entre le licenciement et la maternité⁹³.

1. Licenciement discriminatoire admis

Nous citerons ici, dans l'ordre chronologique, les considérants principaux de quatre décisions judiciaires, dont un arrêt du Tribunal fédéral et trois arrêts cantonaux.

a. Cour d'appel du canton du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018

Licenciée le premier jour de son retour de congé de maternité, l'employée a rendu la discrimination vraisemblable. En revanche, la partie employeuse n'est pas parvenue à apporter une preuve stricte que le licenciement reposait sur des motifs objectifs. Les allégations, a posteriori, des prétendues lacunes professionnelles de l'employée sont apparues comme un prétexte avancé pour dissimuler le motif réel du licenciement, à savoir la maternité⁹⁴.

b. TF 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2

Licenciement signifié au retour du congé maternité de l'employée, au motif qu'elle n'avait pas le niveau pour réintégrer un poste dont les objectifs avaient été modifiés entre-temps, à la suite d'un changement dans la stratégie de communication.

La partie employeuse se méprend sur la preuve stricte qu'elle aurait dû rapporter lorsque l'employée licenciée a rendu vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou dans sa maternité. Il lui incombait de

⁹¹ ATF 140 III 115, c. 2 ; ATF 135 III 397, c. 1.5.

⁹² ATF 144 III 145, c. 2.

⁹³ TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5.3.2.

⁹⁴ Un résumé de l'arrêt, cité par LEMPEN (*L'évolution de la protection*, 87), peut être consulté sur le site Internet sentenzenparita.ch, sous la rubrique « disdetta ».

démontrer que la grossesse ou la maternité n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat. L'employeuse pouvait ainsi chercher à établir que le licenciement avait une justification objective, indépendante de la grossesse ou de la maternité. Pour que le congé soit jugé finalement non discriminatoire, il ne lui suffisait pas 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 de travail, à savoir les qualités insuffisantes de l'employée pour le poste de responsable de la communication.

Or, la cour cantonale a jugé qu'il n'était pas établi, d'une part, que l'employée n'avait pas été assez performante pendant les quelques mois où elle avait été occupée à ce poste, ni, d'autre part, qu'elle aurait été inapte à mener à bien la nouvelle stratégie de communication invoquée par l'employeuse. Cette dernière n'a ainsi pas prouvé qu'elle disposait d'un motif objectif qui justifiait le congé et, partant, que la grossesse de l'employée n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat de travail.

**c. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève
du 18 janvier 2022, c. 4**

Licenciement d'une employée quelques jours après que son congé-maternité ait pris fin et avant même que celle-ci n'ait pu reprendre le travail.

Le tribunal a retenu à juste titre que l'employée a rendu vraisemblable, sur la base d'indices objectifs, que son licenciement était motivé par sa grossesse (fluctuation de la motivation du licenciement, dégradation des relations en raison des absences de l'employée dues aux complications survenues dans le contexte de la grossesse).

En revanche, la partie employeuse n'est pas parvenue à démontrer qu'elle aurait licencié l'employée même si celle-ci n'avait pas été enceinte. Il subsiste au contraire un doute légitime sur la motivation réelle de la partie employeuse (qui avait fait valoir, dans un premier temps, que les conditions nécessaires à la continuation d'une collaboration sereine et constructive n'étaient plus réunies, puis, dans un second temps, des raisons purement organisationnelles) et sur le rôle qu'ont joué la grossesse, ainsi que les absences de l'employée

engendrées par les complications médicales, dans la décision de mettre un terme aux rapports de travail⁹⁵.

**d. Chambre d'appel des prud'hommes de Genève
du 4 septembre 2023, c. 3.2.5**

Employée licenciée quelques jours après son retour de congé maternité.

L'employée est parvenue à rendre vraisemblable le caractère discriminatoire du licenciement. En revanche, la partie employeuse n'a pas été en mesure d'apporter la preuve stricte des deux motifs justificatifs qu'elle invoquait, à savoir le fait que l'employée aurait elle-même demandé à être licenciée et l'existence de difficultés économiques.

S'agissant du second point, il n'a pas pu être établi que la partie employeuse aurait procédé à d'autres licenciements durant la même période permettant de retenir que le licenciement de l'employée se serait inscrit dans une tendance bien établie de réduire les effectifs pour des raisons économiques en mai-juin 2019. En effet, les licenciements motivés par des raisons économiques ne sont intervenus que pour fin juillet 2020⁹⁶.

2. Licenciement discriminatoire non admis

Nous citerons ici, dans l'ordre chronologique, les considérants principaux de cinq décisions judiciaires, dont quatre arrêts du Tribunal fédéral et un arrêt cantonal.

a. TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2

Le licenciement d'une employée au retour de son congé maternité n'implique pas *ipso facto* qu'il consacre une discrimination à raison du sexe.

In casu, confrontée à la nécessité de diminuer les effectifs, la partie employeuse devait opérer un choix. Il n'est pas établi à cet égard qu'elle aurait

⁹⁵ CAPH GE du 18 janvier 2022, c. 4, DTA 2023 628.

⁹⁶ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 3.2.5, DTA 2024 545 ; SJ 2024 167.

agi de manière discriminatoire en licenciant les mères de famille en priorité ou en donnant leur congé aux femmes plutôt qu'aux hommes.

De manière plus spécifique, l'employeur disposait de motifs objectifs de se séparer de cette employée. En effet, le licenciement avait fait suite à des périodes d'absence totale ou partielle de cette dernière, lesquelles s'étaient succédé pendant près d'un an et demi au moment où la décision de résilier le contrat avait été prise. Ces périodes d'absence n'avaient pas permis à l'employée de se tenir à jour comme déléguée médicale. Dans le cadre de la réorganisation du service impliquant une réduction du personnel, les absences pour cause de maladie, qui n'étaient pas toutes liées à son statut de future mère ou de mère, apparaissent comme un critère justifié objectivement, ôtant tout caractère discriminatoire au licenciement⁹⁷.

b. TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4

Licenciée à son retour de congé maternité, l'employée a certes rendu vraisemblable l'existence d'un licenciement discriminatoire.

Mais l'employeur est quant à lui parvenu à prouver que le licenciement était, en réalité, fondé sur des motifs économiques et non liés au genre. En effet, la mise en œuvre des mesures d'économie impliquait le licenciement de l'employée ou de sa collègue travaillant avec elle en *job sharing*. Le potentiel de coopération à long terme a été jugé plus faible pour l'employée que pour sa collègue, car la première avait un long trajet à parcourir pour se rendre au travail en raison d'un déménagement et son souhait d'effectuer du télétravail ne pouvait être exaucé.

Ainsi, on ne voit pas en quoi la conclusion de la juridiction cantonale selon laquelle la partie employeuse avait apporté la preuve que les mesures d'austérité auraient entraîné le licenciement de l'employée, même en l'absence de grossesse et de maternité, puisse être considérée comme arbitraire⁹⁸.

⁹⁷ TF 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, c. 5.2.

⁹⁸ TF 4A_208/2021 du 16 juillet 2021, c. 3.3 et 3.4.

c. TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5

Au vu de certains indices objectifs fournis par la personne licenciée, il convient d'admettre la présomption de discrimination, au stade de la vraisemblance : l'employée a été licenciée le premier jour ouvrable suivant la fin du délai de protection contre le congé en cas de maternité, ses appréciations écrites figurant dans son dossier étaient positives et la partie employeuse avait varié dans ses déclarations relatives à sa décision de résilier les rapports de travail.

La partie employeuse a toutefois été en mesure de prouver que les manquements constatés (relâchement notable de l'effort dès la fin de la période d'essai, manque d'intégration) et le caractère particulier de l'employée (propension à vouloir imposer son point de vue, susceptibilité importante) avaient constitué des motifs objectifs ayant cristallisé l'idée d'un licenciement, sans lien avec sa grossesse. Or, la personne licenciée n'est pas parvenue à démontrer que l'appréciation des preuves opérée par la cour cantonale serait arbitraire⁹⁹.

d. TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5

La cour cantonale a conclu que la décision de licencier l'employée ne reposait pas sur la maternité de celle-ci ou sur les revendications qu'elle avait émises sur les frais de cantine, mais sur ses problèmes relationnels rencontrés avec certains collègues et ses manquements professionnels.

En tenant compte des constatations figurant dans l'arrêt attaqué, il n'était pas insoutenable de conclure à la réalité des motifs invoqués par l'employeuse et, respectivement, d'exclure un lien avec la maternité de l'employée¹⁰⁰.

**e. Cour d'appel civil du Tribunal cantonal vaudois
du 6 juin 2023, c. 4.3.1**

Il est incontesté que le licenciement a pour cause le refus, par l'employée, de l'offre de nouvel emploi qui lui a été faite dans les jours qui ont suivi son retour de congé maternité.

⁹⁹ TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022, c. 4 et 5.

¹⁰⁰ TF 4A_479/2021 du 29 avril 2022, c. 5. Voir le commentaire de cet arrêt de SATTIVA SPRING.

Si l'employeuse avait déjà manifesté sa volonté de modifier les rapports de travail pour corriger un ratio responsabilité-salaire qui ne lui convenait pas, les directives internes ne l'empêchaient pas de le faire après le congé maternité : la modification était un thème avant et l'est resté après la maternité.

Dans ces conditions, l'employée n'était pas fondée, ni au regard de la LEg, ni au regard des directives internes, à exiger d'être maintenue définitivement dans son poste ou à obtenir un poste équivalent : elle devait accepter soit de prendre plus de responsabilités pour conserver son salaire et son statut de cadre 3, soit de réduire ceux-ci. Rien n'indique que la volonté des supérieurs hiérarchiques de l'employée de la muter à un autre poste trouvait son origine dans ses grossesses ou dans son accession à la maternité¹⁰¹.

III. Prétention principale de la personne discriminée

Le CO prévoit que la partie qui a résilié le contrat de travail de manière abusive doit verser à l'autre une indemnité qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire de la personne employée (cf. art. 336a CO). La personne qui entend demander cette indemnité doit respecter une procédure spécifique (cf. art. 336b CO).

En matière de licenciement discriminatoire, la LEg prévoit un régime similaire. Ainsi, la personne licenciée ne peut prétendre qu'au versement par la partie employeuse d'une indemnité d'un montant maximal de six mois de salaire (*infra* A). La procédure prévue par l'art. 336b CO en cas de licenciement abusif est applicable (*infra* B).

A. Indemnité de résiliation discriminatoire

Selon l'art. 5 al. 2 LEg, lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail, « la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur ». En effet, le caractère discriminatoire du

¹⁰¹ TC VD du 6 juin 2023, c. 4.3.1, DTA 2024 609.

licenciement n'affecte pas sa validité¹⁰². Contrairement à l'hypothèse d'un licenciement représailles (cf. art. 10 LEg), il n'existe pas, en cas de congé discriminatoire, de possibilité d'obtenir la réintégration de la personne lésée¹⁰³.

Nous traiterons de la nature (*infra* 1) et du montant de l'indemnité (*infra* 2).

1. La nature de l'indemnité

L'indemnité de résiliation discriminatoire de la LEg est de même nature que les indemnités prévues dans le CO en cas de licenciement abusif (cf. art. 336a CO) et de licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337c al. 3 CO)¹⁰⁴. Pour déterminer sa nature, on peut alors se référer à la jurisprudence et à la doctrine consacrées à ces indemnités régies par le CO¹⁰⁵.

Il faut donc considérer que l'indemnité de résiliation discriminatoire a une double finalité, punitive (*Strafcharakter*) et réparatrice (*Genugtuungsfunktion*)¹⁰⁶. En effet, elle vise autant la punition de la partie employeuse que la réparation forfaitaire du dommage matériel et du tort moral éprouvés par la personne licenciée¹⁰⁷.

L'indemnité n'a le caractère ni d'un salaire, ni d'une prétention en dommages-intérêts, ni d'une réparation morale¹⁰⁸. Elle est due même si la personne lésée n'a subi ou prouvé aucun dommage ou préjudice¹⁰⁹. Il suffit que le licenciement soit discriminatoire au sens de l'art. 3 LEg¹¹⁰. L'indemnité revêt ainsi un caractère *sui generis* et s'apparente à une peine conventionnelle¹¹¹.

¹⁰² CS-DUNAND, art. 336 N 9 et art. 336a N 3.

¹⁰³ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 39.

¹⁰⁴ ATF 131 II 361, c. 4.4 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 62 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1206.

¹⁰⁵ GREMPER/HENSCH, N 9.17 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 45.

¹⁰⁶ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 41 ; COSSALI SAUVAIN, 72.

¹⁰⁷ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 63.

¹⁰⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336a N 2.

¹⁰⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 63.

¹¹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214.

¹¹¹ ATF 135 III 405, c. 3.1 ; ATF 123 III 391, c. 3.

L'indemnité ne pouvant être considérée comme un revenu tiré d'une activité lucrative, elle ne fait donc pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS¹¹² et ne donne pas lieu à perception des cotisations sociales¹¹³. La conclusion tendant au paiement d'une telle indemnité doit ainsi être prise en valeur nette¹¹⁴.

2. Le montant de l'indemnité

L'indemnité de résiliation discriminatoire « est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée avait droit » (art. 5 al. 2 LEg). Elle ne peut excéder le montant correspondant à six mois de salaire auquel la personne licenciée avait droit (art. 5 al. 4 LEg)¹¹⁵.

Ce régime est analogue à celui de l'art. 336a CO en cas de congé abusif¹¹⁶. On peut donc ici également se référer à la jurisprudence et à la doctrine portant sur cette disposition légale¹¹⁷.

Par mois de salaire, il faut comprendre le salaire brut (cf. art. 322 CO), augmenté de toutes les prestations qui ont un caractère salarial, comme la part proportionnelle du 13^e salaire, les provisions ou encore le remboursement forfaitaire des frais ayant un caractère salarial¹¹⁸. On se fondera en principe sur le salaire perçu le dernier mois ou, lorsque le salaire est variable, sur la moyenne des salaires de la dernière année¹¹⁹. Il revient à la personne salariée de chiffrer ses prétentions dans le cadre de sa demande en justice¹²⁰.

¹¹² Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

¹¹³ ATF 123 V 5 ; TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 5.1 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1206.

¹¹⁴ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 45.

¹¹⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 47.

¹¹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1214.

¹¹⁷ SHK GIG-Sutter, art. 5 N 46.

¹¹⁸ TF 4A_34/2019 du 15 avril 2020, c. 2 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 43.

¹¹⁹ TF 4A_92/2017 du 26 juin 2017, c. 3.2.1.

¹²⁰ ATF 131 III 243, c. 5.

Selon la loi, l'indemnité doit être fixée par le tribunal « compte tenu de toutes les circonstances » (art. 5 al. 2 LEg). Le tribunal jouit ainsi d'un large pouvoir d'appréciation (cf. art. 4 CC) qui n'est limité que dans la mesure où il ne peut allouer au maximum qu'un montant correspondant à six mois de salaire¹²¹.

Selon une étude de la jurisprudence cantonale, lorsque l'existence d'un licenciement discriminatoire a été admise (dans une minorité de cas¹²²), l'indemnité de licenciement octroyée a été fixée en moyenne à un peu plus de trois mois de salaire¹²³.

Vu son caractère hybride (punitif et réparateur), les critères devant être pris en compte pour fixer l'indemnité sont très divers. Selon la jurisprudence (relative à l'indemnité pour licenciement abusif selon le CO), il y a lieu de tenir compte des circonstances dans lesquelles le congé est intervenu et des effets économiques du licenciement, soit en particulier¹²⁴ :

- de la gravité de la faute de l'employeur ;
- de la manière dont s'est déroulée la résiliation ;
- de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne licenciée ;
- de l'intensité et de la durée des rapports de travail ;
- des effets économiques du licenciement ;
- de l'âge et de la situation personnelle de la personne licenciée ;
- des éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique ;
- de la situation économique des parties ;
- d'une éventuelle faute concomitante de la personne licenciée.

Plus spécifiquement, dans des jurisprudences relatives à un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe ou la maternité, les tribunaux ont pris en compte les critères suivants :

¹²¹ ATF 119 II 157, c. 2a.

¹²² LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

¹²³ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.28.

¹²⁴ ATF 123 III 391, c. 3 ; TF 4A_532/2021 du 27 décembre 2021, c. 4.4.1. Voir aussi K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 44 ; LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 266 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 906.

- difficultés financières de l'employée, comportement de la partie employeuse, licenciement notifié de manière imprévisible le premier jour de retour au travail du congé maternité et incapacité de travail de six mois provoquée par le caractère inattendu du licenciement (indemnité de près de quatre mois de salaire)¹²⁵ ;
- *facteurs aggravants* : ancienneté (4 ans), jeune âge, situation personnelle (le licenciement au retour de congé maternité représente un inconvénient particulièrement éprouvant, sur le plan financier, organisationnel et pour entreprendre une recherche d'emploi), contacts répétés imposés durant le congé maternité et tensions engendrées par les discussions sur la fin à venir du contrat de travail, absence de faute concomitante ; *facteurs de réduction* : difficultés financières de l'employeuse, octroi d'une indemnité distincte pour tort moral à l'employée en raison d'un manque de protection lorsqu'elle était enceinte et de l'inexistence au sein de la société d'un mode de gestion des conflits¹²⁶.

B. Procédure

L'art. 9 LEg prévoit que lors de discrimination dans la résiliation du contrat de travail, l'art. 336b CO régissant la procédure prévue en cas de licenciement abusif est applicable.

L'art. 9 LEg a un champ d'application triplement limité. Tout d'abord, il ne concerne que les rapports de travail régis par le CO et non les rapports de travail de droit public, ces derniers étant soumis à l'art. 13 LEg¹²⁷. Ensuite, il ne s'applique qu'en cas de congé discriminatoire et non en cas de congé représailles¹²⁸. Enfin, il ne doit être observé qu'en relation avec l'indemnité de licenciement discriminatoire et non avec les autres prétentions réservées par l'art. 5 al. 5 LEg ou celles résultant du contrat de travail¹²⁹.

¹²⁵ Arrêt de la Cour d'appel du Tessin 12.2016.197 du 7 mai 2018, déjà cité précédemment.

¹²⁶ CAPH GE du 4 septembre 2023, c. 4, DTA 2024 545.

¹²⁷ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 3.

¹²⁸ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 7.

¹²⁹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 6.

En substance, la personne qui entend solliciter une indemnité de licenciement discriminatoire doit respecter les deux délais prévus à l'art. 336b CO (en cas de licenciement abusif), applicable par renvoi de l'art. 9 LEg. Elle doit ainsi former opposition par écrit au congé au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (*infra* 1), puis, ouvrir action dans les 180 jours suivant la fin du contrat (*infra* 2). Il faut considérer que le renvoi à l'art. 336b CO concerne autant le texte légal que son interprétation jurisprudentielle et doctrinale¹³⁰.

1. Opposition au congé

Selon l'art. 336b al. 1 CO, la « partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé ».

La loi exige que l'opposition soit formulée « par écrit ». La déclaration écrite prendra généralement la forme d'un courrier qui sera adressé à la partie employeuse par voie postale. La personne licenciée aura intérêt, pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de preuve, à utiliser la forme du courrier recommandé¹³¹.

Selon la jurisprudence, dans la mesure où l'art. 336b al. 1 CO pose des conditions très formalistes, à charge de la personne qui estime avoir été licenciée pour un motif abusif, il ne faut pas avoir des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l'opposition¹³². Ainsi, il faut, selon le Tribunal fédéral, considérer comme opposition au congé « toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié »¹³³. La personne licenciée ne doit pas nécessairement utiliser le terme « opposition », ni motiver son opposition, ou mentionner expressément qu'elle considère le licenciement comme abusif¹³⁴. Il suffit en effet que la partie employeuse puisse comprendre, à la lecture du document, que la partie employée s'oppose au congé¹³⁵. En cas de doute, les règles

¹³⁰ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 5.

¹³¹ SUBILIA/DUC, art. 336b N 6.

¹³² ATF 123 III 246, c. 4c ; TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

¹³³ TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

¹³⁴ TF 4A_571/2008 du 5 mars 2009, c. 4.1.2.

¹³⁵ ATF 123 III 246, c. 4c ; TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.1.

d'interprétation usuelles s'appliquent (détermination de la volonté réelle des parties, application du principe de la confiance)¹³⁶.

Toutefois, dans ses derniers arrêts consacrés à la question, le Tribunal fédéral a paru formuler de nouvelles exigences pour reconnaître la validité de l'opposition.

Ainsi, dans un arrêt non publié de 2014, notre Haute Cour a indiqué que l'employé ne pouvait se contenter de « faire opposition au motif du congé, ou aux circonstances ayant mené au congé », mais qu'il devait aussi « manifester clairement sa volonté de poursuivre les rapports de travail »¹³⁷.

Puis, dans un arrêt rendu en 2023, le Tribunal fédéral a précisé que la personne licenciée qui prenait acte de la fin des rapports de travail ne pouvait avoir formé une opposition valable à son licenciement : « Quoi qu'en dise l'employé, ses intentions n'étaient pas claires puisqu'il déclarait tout à la fois former opposition au congé et que ce congé interviendrait bien à la date susmentionnée. Ces deux éléments sont antagonistes puisque si l'opposition concerne la terminaison des rapports de travail (car cette résiliation est abusive), l'employé ne peut simultanément accepter que ceux-ci se terminent. Exprimé autrement, soit il accepte la résiliation soit il s'y oppose »¹³⁸.

Ces deux arrêts ont été critiqués, à juste titre, en raison notamment du fait qu'ils sont contraires à la volonté initiale du Tribunal fédéral de ne pas poser des exigences excessives pour admettre la validité formelle de l'opposition¹³⁹. A défaut d'un éventuel assouplissement de ces contraintes dans des jurisprudences ultérieures, ils doivent cependant être scrupuleusement respectés pour préserver les droits des personnes victimes d'un licenciement discriminatoire.

L'opposition doit être formée au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. Le terme du contrat se calcule selon les règles légales habituelles (cf. art. 335a à

¹³⁶ TF 4A_59/2023 du 28 mars 2023, c. 4.2 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 912 s.

¹³⁷ TF 4A_320/2014 du 8 septembre 2014, c. 3.3.

¹³⁸ TF 4A_59/2023 du 28 mars 2023, c.4.2. Cette jurisprudence a été récemment confirmée, dans ses effets, dans le cas d'une personne employée qui a conclu un nouveau contrat de travail avec un tiers (cf. TF 4A_618/2024 du 7 juillet 2025, c. 3).

¹³⁹ ACHERMANN, 141 ss ; CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 11 ; DUNAND, *La fin du contrat*, 44 ss ; GLOOR, *L'opposition au congé* ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Update Service, art. 336a N 3 ; VON KAENEL, 492 s.

335c et 336c CO), y compris d'éventuelles règles spécifiques pouvant résulter d'un accord écrit entre les parties, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective¹⁴⁰. L'opposition est un acte soumis à réception qui doit parvenir dans la sphère d'influence de la partie employeuse au plus tard le dernier jour du délai de congé, d'une manière telle que l'on peut prévoir, selon les usages, qu'elle en prendra connaissance¹⁴¹.

Le délai prévu à l'art. 336b al. 1 CO pour former opposition est un délai de péremption¹⁴². La partie employée qui ne forme pas opposition en temps utile et dans la forme prévue perd tout droit à l'indemnité prévue à l'art. 336a CO (ou à l'art. 5 al. 2 et 4 LEG)¹⁴³. Le respect de ces prescriptions de forme doit être vérifié d'office par le juge.

Le Tribunal fédéral a souligné qu'il ne saurait être question d'attendre que la partie employeuse invoque la péremption pour que la partie employée allègue et prouve avoir fait opposition dans le délai légal. Sous peine de péremption, il appartient à cette dernière d'alléguer, offre de preuve à l'appui, que l'opposition au licenciement a bien été effectuée selon les exigences légales¹⁴⁴. En revanche, comme l'a précisé notre Haute Cour dans une jurisprudence récente, il est contraire à la bonne foi (cf. art. 52 al. 1 CPC) et à l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC) d'invoquer l'absence d'opposition lorsque la partie employée, qui n'était pas représentée professionnellement en première instance, n'a, certes, pas explicitement allégué avoir fait opposition, mais a produit le courrier d'opposition en conciliation, puis demandé qu'il soit joint à la procédure au fond¹⁴⁵.

2. Action en justice

Selon l'art. 336b al. 2 CO, si « l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention en justice dans les 180 jours à compter de

¹⁴⁰ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 17.

¹⁴¹ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 22 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 914.

¹⁴² TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.1.

¹⁴³ SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 47 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 911.

¹⁴⁴ ATF 149 III 304, c. 4.2.

¹⁴⁵ TF 4A_33/2025 du 6 mai 2025, c. 6.

la fin du contrat sous peine de péremption ». La procédure tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus¹⁴⁶.

Il suffit que la requête de conciliation, cas échéant la demande, soit déposée auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai ou qu'elle soit remise à la poste suisse ou une représentation diplomatique ou consulaire suisse à l'adresse de l'autorité compétente le dernier jour du délai au plus tard à minuit¹⁴⁷.

Comme le précise expressément le texte légal, le délai de 180 jours pour ouvrir action est un délai de péremption (cf. art. 336b al. 2, dernière phrase, CO)¹⁴⁸. Selon les règles générales, la péremption entraîne la perte du droit et le juge doit la relever d'office¹⁴⁹. En l'absence d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, le droit à l'indemnité se périe définitivement¹⁵⁰.

IV. Autres prétentions

Selon l'art. 5 al. 2 CO, lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail régis par le CO, « la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur ». Cela signifie que la victime d'un licenciement discriminatoire ne peut intenter les actions prévues à l'art. 5 al. 1 LEg (actions en interdiction, en cessation et en constatation de la discrimination et action en paiement du salaire dû)¹⁵¹.

En revanche, l'art. 5 al. 5 LEg réserve « les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs »¹⁵².

¹⁴⁶ ATF 123 III 246, c. 4d.

¹⁴⁷ CS-DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, art. 336b N 35.

¹⁴⁸ ATF 134 III 67, c. 5.

¹⁴⁹ TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, c. 2.1.

¹⁵⁰ WYLER/HEINZER/WITZIG, 916.

¹⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1213 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 37.

¹⁵² K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 62.

Dans un arrêt de principe publié aux ATF, le Tribunal fédéral a précisé que, conformément aux travaux préparatoires¹⁵³, cette réserve visait simplement à clarifier la situation en rappelant qu'une discrimination au sens de la LEg représente aussi une atteinte aux droits de la personnalité et que cette atteinte illicite peut donner droit à des dommages-intérêts ainsi qu'à une réparation du tort moral¹⁵⁴.

Il en résulte, selon notre Haute Cour, que « même si les conditions de réalisation de ces dernières prétentions sont soumises aux principes généraux du droit de la responsabilité, elles ont le même fondement que tous les autres droits du lésé énoncés à l'art. 5 al. 1 à 4 LEg, à savoir l'acte illicite que constitue la violation de la loi sur l'égalité. Pour autant que les conditions requises soient satisfaites, la personne lésée par une discrimination peut ainsi faire valoir les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et, cumulativement, les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg »¹⁵⁵. Cette interprétation est très largement approuvée par la doctrine¹⁵⁶.

Relevons que, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a encore rappelé que la LEg exige des cantons qu'ils aménagent des moyens de droit permettant aux personnes légitimées de se prévaloir efficacement des droits mentionnés à l'art. 5 LEg. La personne lésée doit dès lors pouvoir faire valoir toutes ces prétentions dans la procédure ouverte contre la décision discriminatoire¹⁵⁷.

Selon l'interprétation qui lui est donnée, l'art. 5 al. 5 LEg confère ainsi à la victime d'un licenciement discriminatoire une position plus avantageuse qu'à une victime d'un congé abusif selon le CO. En effet, dans ce dernier cas, la loi réserve uniquement les dommages-intérêts « qui pourraient être dus à un autre

¹⁵³ Cf., notamment, CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215, et intervention Josi Meier, BO CE 1994 823.

¹⁵⁴ ATF 133 II 257, c. 5.3.

¹⁵⁵ ATF 133 II 257, c. 5.3. Voir aussi TF 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 4.1.

¹⁵⁶ Cf., par exemple, Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 39 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 60 ; HENSCH, N 2.49 ; PORTMANN/RUDOLPH, BaK 2020, art. 328 N 39a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 N 9 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207.

¹⁵⁷ ATF 133 II 257, c. 5.3.

titre » (art. 336a al. 2 in fine CO)¹⁵⁸. Comme l’a précisé le Tribunal fédéral, « le congé abusif ne fonde, en lui-même, aucune prétention supplémentaire à des dommages-intérêts, liés par exemple à une baisse de revenu lors d’une période de chômage subséquente au licenciement ; la réserve de l’art. 336a al. 2, 2^e phrase, CO ne concerne pas les dommages-intérêts dus sur la base d’une autre disposition – singulièrement l’art. 97 CO – mais ceux découlant d’une autre cause »¹⁵⁹.

S’il paraît clair que, dans le régime de la LEg, la personne licenciée peut faire valoir, en plus de l’indemnité de licenciement discriminatoire, des prétentions basées sur des circonstances étrangères au licenciement (*infra* B), la question de savoir si elle peut également faire valoir, en sus de cette indemnité, des prétentions en lien avec le licenciement est plus délicate (*infra* A).

A. Prétentions en lien avec le licenciement

En ce qui concerne les prétentions de la personne licenciée en lien avec le licenciement, il faut appliquer deux règles qui peuvent apparaître contradictoires. Premièrement, comme l’a précisé le Tribunal fédéral, dans « la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations et où la réparation du même préjudice est prévue dans les deux lois, le travailleur n’aura droit qu’à une seule indemnité pour la même atteinte »¹⁶⁰. Deuxièmement, et comme nous venons de le voir, l’art. 5 al. 5 LEg réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation morale de la personne licenciée. Il convient de déterminer la portée de ces règles dans différents cas de figure.

1. Indemnité pour licenciement abusif

Un congé discriminatoire au sens de l’art. 5 al. 2 et 4 LEg constitue nécessairement un congé abusif au sens de l’art. 336 CO¹⁶¹. Selon le principe

¹⁵⁸ Cf. CS-DUNAND, art. 336a N 39.

¹⁵⁹ ATF 135 III 405, c. 3.1. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 907 s.

¹⁶⁰ ATF 126 III 395, c. 7b ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 6.1.

¹⁶¹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 47.

général consacré par le Tribunal fédéral, dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du CO et où la réparation du préjudice est prévue dans les deux lois, la personne licenciée n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte¹⁶².

En cas de licenciement discriminatoire et abusif, le juge n'allouera ainsi qu'une indemnité dont le montant maximum sera de six mois de salaire et qui sera fixée en fonction de toutes les circonstances¹⁶³. En principe, l'art. 5 al. 2 LEg, s'applique seul en qualité de *lex specialis*¹⁶⁴.

2. Indemnité en cas de licenciement immédiat injustifié

Il peut arriver qu'un licenciement immédiat injustifié (cf. art. 337 et 337c CO) présente également le caractère d'un congé abusif (art. 336 CO), ou alors que deux résiliations se succèdent, la première étant ordinaire et abusive et la seconde étant immédiate et injustifiée¹⁶⁵. Dans les deux cas, il n'y a pas, selon la jurisprudence, de cumul possible entre l'indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) et l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO)¹⁶⁶.

Il est admis que de tels cas doivent être traités sous l'angle du licenciement immédiat injustifié¹⁶⁷. Ainsi, le juge n'allouera qu'une indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, la résiliation abusive pouvant cependant être prise en considération au nombre de « toutes les circonstances » dont le juge doit tenir compte pour fixer le montant de l'indemnité¹⁶⁸.

¹⁶² ATF 126 III 395, c. 7b/aa ; TF 4C.289/2006 du 5 février 2007, c. 6.1.

¹⁶³ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; TC VD du 6 juin 2023, c. 4.2.1, DTA 2024 609. Voir aussi BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 336a N 6 ; COSSALI SAUVAIN, 75 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207 et 1211.

¹⁶⁴ CAPH GE 18 janvier 2022, c. 4.1.1, DTA 2023 628 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 65 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 50 ; HENSCH, N 2.40.

¹⁶⁵ Cf., par exemple, ATF 121 III 64.

¹⁶⁶ TF 4A_372/2016 du 2 février 2017, c. 5.3 et 6.1.

¹⁶⁷ DUNAND, *La fin du contrat*, 69.

¹⁶⁸ ATF 121 III 64, c. 2.

Les mêmes principes doivent s'appliquer lorsqu'une personne est licenciée de manière immédiate et injustifiée pour un motif discriminatoire en raison du sexe¹⁶⁹.

Ainsi, dans le cas où la partie employeuse licencie un membre de son personnel avec effet immédiat, de manière injustifiée (art. 337c al. 3 CO) et discriminatoire (art. 5 al. 2 et 4 LEg), le juge ne pourra allouer qu'une seule indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, dont le montant sera au maximum de six mois de salaire, en tenant compte, dans la fixation du montant, du caractère discriminatoire du licenciement¹⁷⁰.

Plus précisément, dans l'hypothèse d'une résiliation discriminatoire immédiate injustifiée, la personne licenciée peut réclamer ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (art. 337c al. 1 et 2 CO), ainsi que l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO).

Sur le plan procédural, la personne licenciée dans de telles circonstances n'est pas tenue de respecter les règles prévues à l'art. 336b CO, puisque ce congé met fin immédiatement au contrat de travail¹⁷¹.

3. Indemnité découlant d'un congé représailles au sens de la LEg

Selon l'art. 10 al. 4 LEg, la personne victime d'un congé représailles peut renoncer, au cours du procès, à poursuivre les rapports de travail et demander une indemnité au sens de l'art. 336a CO en lieu et place de l'annulation du congé. L'indemnité pour congé abusif est exclusive de la réintégration et vice-versa¹⁷².

¹⁶⁹ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 48.

¹⁷⁰ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 66 ; SHK GIG-SUTTER, art. 5 N 50 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207 et 1211.

¹⁷¹ Commentaire LEg-DUNAND, art. 9 N 51.

¹⁷² SUBILIA/DUC, art. 10 N 22.

En principe, il ne devrait pas y avoir de collision entre le congé représailles (art. 10 LEg) et le congé discriminatoire (art. 5 al. 2 et 4 LEg) puisqu'il s'agit de cas distincts de protection contre le licenciement¹⁷³.

Dans certains cas limites, on peut toutefois hésiter entre les deux protections. Lorsqu'une personne employée refuse des avances de nature sexuelle de son directeur et qu'elle est licenciée suite à ce refus, on est en présence d'un congé discriminatoire, voire d'un congé représailles si la personne employée avait préalablement formé une réclamation¹⁷⁴.

Il est clair que la personne licenciée ne peut cumuler l'indemnité en cas de licenciement discriminatoire et celle en cas de licenciement représailles lorsque la personne licenciée a sollicité une indemnité à la place de l'annulation du congé. En revanche, si la personne victime d'un congé de rétorsion renonce à agir dans le cadre de l'art. 10 LEg, elle peut solliciter le versement de l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg lorsque le licenciement est discriminatoire¹⁷⁵.

4. Dommages-intérêts

Comme nous l'avons vu, il résulte de l'art. 5 al. 5 LEg, que le régime spécial de l'indemnité de licenciement discriminatoire laisse subsister les actions générales du CO. En effet, cette indemnité constitue une somme forfaitaire dont le versement n'exclut pas la réparation intégrale du préjudice dans le cadre d'une action civile en responsabilité contractuelle (art. 97 et 328 CO) ou délictuelle (art. 41 CO), pour autant que les conditions spécifiques de ces actions soient remplies¹⁷⁶.

Ainsi, une personne victime d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peut réclamer à la partie employeuse, en plus de l'indemnité de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg, des dommages-intérêts pour obtenir la réparation intégrale de son préjudice résultant du licenciement. On peut penser, par exemple, aux frais engagés pour rechercher et trouver un nouvel emploi, à la perte de revenu liée

¹⁷³ COSSALI SAUVAIN, 84.

¹⁷⁴ WYLER/HEINZER/WITZIG, 859.

¹⁷⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 10 N 49.

¹⁷⁶ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 69.

à une période de chômage, à l'obligation d'accepter après licenciement un poste moins bien rémunéré ou aux frais de défense engagés dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁷⁷.

En pratique, il est très rare que la personne licenciée utilise la possibilité de réclamer des dommages-intérêts par le biais de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg¹⁷⁸. Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne trouve guère que le cas d'une personne discriminée à l'embauche à laquelle on a reconnu le droit de faire valoir, en plus de l'indemnité prévue à cet effet (cf. art. 5 al. 2 et 4 LEg), des prétentions en dommages-intérêts concernant les frais de défense pour faire reconnaître la discrimination¹⁷⁹.

La méconnaissance de la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg explique en partie son inutilisation. Mais il faut également reconnaître que sa mise en œuvre est peu aisée. En cas d'action fondée sur la responsabilité contractuelle de la partie employeuse (art. 97 et 328 CO), la personne licenciée doit apporter la preuve de la violation du contrat de travail, du dommage, et du lien de causalité entre les deux¹⁸⁰. Suivant les cas, il pourra, par exemple, s'avérer ardu de démontrer qu'une perte de revenu résultant d'une longue période de chômage a été causée (condition *sine qua non*) par le licenciement¹⁸¹.

En outre, la difficulté de chiffrer le montant des prétentions résulte de la nature hybride de l'indemnité de résiliation discriminatoire. Evidemment, le montant total de l'indemnisation ne doit pas excéder le dommage¹⁸². Ainsi, après avoir fixé le montant du préjudice résultant du licenciement, il faudrait évaluer à quelle hauteur celui-ci a-t-il été ou sera-t-il pris en compte dans l'indemnité de licenciement discriminatoire et permettre la réparation du dommage non couvert par le biais d'une action en dommages-intérêts. Cette opération est rendue difficile en raison du double caractère, à la fois punitif et réparateur, de

¹⁷⁷ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 64 ; HENSCH, N 2.29.

¹⁷⁸ Cf. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.30 ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.34.

¹⁷⁹ Cf. ATF 133 II 257, c. 5.4 (cet arrêt concerne une procédure engagée pour discrimination à l'embauche au sens de la LEg).

¹⁸⁰ CS-DUNAND, art. 328 N 94 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 68 ss.

¹⁸¹ GREMPER/HENSCH, N 9.19.

¹⁸² Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 71.

l'indemnité de licenciement discriminatoire¹⁸³. Lors de l'octroi de cette indemnité, il serait donc nécessaire de déterminer, dans un premier temps, quelle somme est destinée à punir et quelle somme est destinée à réparer, et dans un second temps, quel montant couvre le dommage matériel et quel montant fait office de réparation morale.

5. Réparation morale

Lorsqu'une personne salariée subit une atteinte à sa personnalité qui découle de son licenciement abusif, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe la réparation du tort moral. En effet, vu sa finalité réparatrice, cette indemnité couvre toutes les atteintes de la personne employée en lien avec la résiliation abusive du contrat et ne laisse donc pas de place à une application cumulative de l'art. 49 CO.

Selon la jurisprudence, seule est réservée l'hypothèse dans laquelle l'atteinte aux droits de la personnalité de la personne employée serait d'une gravité telle qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire de la personne employée ne suffirait pas à la réparer¹⁸⁴.

Le même raisonnement doit s'appliquer à l'indemnité prévue dans la LEg en cas de licenciement discriminatoire, puisqu'elle est de même nature que celle de l'art. 336a CO¹⁸⁵.

B. Prétentions étrangères au licenciement

Sur le plan du droit matériel¹⁸⁶, il paraît incontestable que l'indemnité pour licenciement discriminatoire peut être cumulée avec des prétentions résultant

¹⁸³ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 73 ; K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 66.

¹⁸⁴ ATF 135 III 405, c. 3.1 ; TF 4A_482/2017 du 17 juillet 2018, c. 4.1. Voir aussi WYLER/HEINZER/WITZIG, 909.

¹⁸⁵ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 75.

¹⁸⁶ Sur le plan procédural, en raison de l'art. 90 LPC, le cumul objectif d'actions relevant de la LEg n'est en principe possible qu'avec d'autres prétentions soumises à la procédure simplifiée (cf. WYLER/HEINZER/WITZIG, 1221 ; voir aussi les réserves de DIETSCHY, N 355, à ce sujet).

d'une autre cause que le licenciement discriminatoire, telles que des prétentions en dommages-intérêts et/ou en réparation morale fondées sur la violation de l'art. 328 CO applicable en matière de protection de la personnalité de la personne employée (*infra* 1) ou qu'une indemnité pour harcèlement sexuel (*infra* 2).

1. Dommages-intérêts et réparation morale en cas d'atteinte à la personnalité (art. 328 CO)

Il est admis que l'indemnité pour licenciement abusif (et donc également celle pour licenciement discriminatoire) peut se cumuler avec une prétention en dommages-intérêts et/ou une réparation morale résultant d'une autre cause que le licenciement, telle que la violation de l'obligation contractuelle liée à la protection de la personnalité de la personne employée¹⁸⁷.

Il a, par exemple, été considéré qu'une personne licenciée de manière abusive (et par conséquent de manière discriminatoire) pouvait solliciter, en plus de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO (et donc également de celle prévue à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg), le versement d'une indemnité destinée à réparer le tort moral résultant de conditions de travail inacceptables qui ont influé sur sa santé, de renseignements faux et attentatoires à l'honneur qui ont découragé de la sorte un employeur d'engager la personne licenciée, ou encore de reproches de type diffamatoire adressés à la personne employée à l'occasion de son licenciement, mais qui n'ont aucun lien de connexité avec la relation de travail¹⁸⁸.

2. Indemnité en cas de harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel (cf. art. 4 LEg), le tribunal peut condamner l'employeur à verser à la personne employée une indemnité, à moins que la partie employeuse ne prouve qu'elle a pris les mesures appropriées afin de prévenir

¹⁸⁷ CS-DUNAND, art. 336a N 40.

¹⁸⁸ Cf. CS-DUNAND, art. 336a N 40 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 908 s., et les références citées par ces auteurs.

ces actes ou d'y mettre fin. L'indemnité est fixée sur la base du « salaire moyen suisse », ce qu'il faut comprendre comme une référence au salaire « médian » suisse¹⁸⁹. L'indemnité ne peut excéder le montant correspondant à six mois de ce salaire (art. 5 al. 4 *in fine* LEg).

Une personne qui a fait l'objet d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peut parfaitement réclamer, en plus de l'indemnité de licenciement discriminatoire, une indemnité pour un harcèlement sexuel subi avant le licenciement¹⁹⁰. Il s'agit en effet, dans une telle hypothèse, de prétentions fondées sur des circonstances différentes¹⁹¹. L'admission d'un cumul entre les indemnités fondées sur l'art. 5 al. 2 et 3 LEg permet de reconnaître la double humiliation subie par une personne salariée harcelée, puis licenciée¹⁹².

C. Prétentions fondées sur des dispositions contractuelles plus favorables

Dans le régime du CO, l'art. 336a CO, qui fixe l'indemnité pour licenciement abusif à six mois de salaire au maximum, est absolument impératif (cf. art. 361 CO). La question de savoir si les parties à un contrat de travail ou à une CCT ont la possibilité d'étendre la protection prévue dans la loi, et dans quelle mesure, n'a pas trouvé de réponse certaine à ce jour¹⁹³.

Dans le régime de la LEg, la situation juridique est plus claire. En effet, en vertu de l'art. 5 al. 5, 2^e phrase, LEg, sont réservées « les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs ». Il en résulte que la loi autorise expressément les parties à convenir d'un régime de protection plus favorable aux personnes employées¹⁹⁴. L'art. 5 LEg est ainsi de nature relativement impératif¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Commentaire LEg-AUBERT, N 57 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1200.

¹⁹⁰ DUNAND et al., N 228a.

¹⁹¹ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.2.2.3 ; Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 67 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 1207.

¹⁹² LEMPEN, *Le harcèlement sexuel*, 264 s.

¹⁹³ MEIER, 365 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, 856.

¹⁹⁴ GREMPER/HENSCH, N 9.21.

¹⁹⁵ SUBILIA/DUC, art. 5 N 2.

Comme le soulignait le Conseil fédéral dans son message relatif à la LEg, la réserve de l'art. 5 al. 5 LEg concerne tant les dispositions contenues dans des contrats de travail, que celles contenues dans des CCT¹⁹⁶.

Ainsi, il serait possible de prévoir dans un accord entre les parties au contrat de travail ou une CCT qu'en cas de licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, l'indemnité due à la personne licenciée soit supérieure à six mois de salaire, voire des restrictions au droit de licencier (nullité du licenciement, par exemple)¹⁹⁷. En pratique, nous n'avons toutefois pas connaissance de l'existence de telles clauses.

V. Conclusion

Selon diverses études, les dispositions de la LEg restent encore largement méconnues, même de certains juges et avocats¹⁹⁸. Par exemple, la distinction entre les notions de licenciement discriminatoire et de licenciement représaillies¹⁹⁹ ou le rapport entre les indemnités prévues par le CO et la LEg ne leur est pas familier²⁰⁰.

Même si de nombreuses formations ou des campagnes d'information et de sensibilisation sont régulièrement proposées, certains litiges relatifs à des discriminations fondées sur le sexe sont encore traités comme des litiges ordinaires relevant du CO²⁰¹. Une telle pratique est problématique puisqu'elle prive la partie salariée de l'allègement du fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg²⁰².

¹⁹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message LEg*, 1215.

¹⁹⁷ K GIG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, art. 5 N 61.

¹⁹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3082 ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, 31 s. Voir aussi AUBRY GIRARDIN, 98.

¹⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3077.

²⁰⁰ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

²⁰¹ AUBRY GIRARDIN, 100 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.35.

²⁰² LEMPEN, *L'évolution de la protection*, 87.

Pourtant, selon le principe *jura novit curia*, codifié à l'art. 57 CPC, dès l'instant où une conclusion est motivée de manière suffisante, le juge est tenu d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties²⁰³. Le tribunal doit donc apprécier les prétentions d'une partie en tenant compte de tous les fondements juridiques envisageables²⁰⁴. Ainsi, si une personne employée fait valoir des prétentions en raison d'un licenciement discriminatoire fondé sur le sexe, le tribunal devrait appliquer la LEg d'office, en sa qualité de *lex specialis*, même si la partie licenciée a invoqué l'art. 336 CO²⁰⁵.

Il ne faut cependant pas oublier que les conclusions des parties fixent les limites dans lesquelles le tribunal de première instance peut appliquer le droit²⁰⁶. Ainsi, si la personne licenciée conclut à ce que la partie employeuse soit condamnée à lui verser une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO, le tribunal ne peut, de sa propre initiative, convertir cette conclusion en une condamnation fondée sur un licenciement discriminatoire au sens de la LEg²⁰⁷.

Nous avons vu que le régime de la LEg relatif à la protection contre un licenciement discriminatoire comportait au moins trois avantages pour les personnes licenciées par rapport à celui du congé abusif du CO : allègement du fardeau de la preuve, droit de réclamer des dommages-intérêts en sus de l'indemnité de licenciement discriminatoire et possibilité de prévoir des clauses plus favorables.

Il nous semble toutefois que ces règles ou potentialités offertes par la LEg n'ont pas encore été utilisées de manière optimale. Nous reprendrons donc ces trois questions avec quelques propositions.

Il résulte de plusieurs études que les tribunaux ont de la peine à distinguer les deux étapes de raisonnement relatif à l'allègement du fardeau de la preuve

²⁰³ Cf. BOHNET, art. 57 N 1.

²⁰⁴ TF 5A_696/2019 du 19 juin 2020, c. 3.

²⁰⁵ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.36.

²⁰⁶ TF 4A_534/2018 du 17 janvier 2019, c. 5 s. ; TF 4D_62/2014 du 19 janvier 2015, c. 5 ; BOHNET, *CPC*, art. 57 N 1.

²⁰⁷ TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022, c. 5.3.2. Il est donc préférable, dans les conclusions, de se limiter à indiquer le montant réclamé, afin de permettre, cas échéant, au tribunal d'appliquer le droit d'office, dans les limites de la maxime de disposition.

(vraisemblance prépondérante de la discrimination et preuve du motif objectif justificatif)²⁰⁸. D'ailleurs, dans certaines jurisprudences, l'assouplissement de la preuve prévu à l'art. 6 LEG n'est pas mis en œuvre d'une manière rigoureuse. En particulier, la notion de vraisemblance est parfois appliquée avec trop de rigueur²⁰⁹.

Ainsi, en pratique, il ne nous paraît pas toujours plus aisé de convaincre le juge de l'existence d'un licenciement discriminatoire fondé sur la LEG (malgré les règles légales de la vraisemblance et du renversement du fardeau de la preuve), que de l'existence d'un licenciement abusif au sens du CO (application de la règle jurisprudentielle de la preuve par indices).

Nous sommes d'avis que l'existence d'un licenciement au retour d'un congé maternité devrait en soi être suffisant pour retenir le caractère vraisemblable d'une discrimination²¹⁰. Par ailleurs, les tribunaux ne devraient pas reconnaître trop facilement l'existence du caractère non-discriminatoire du licenciement²¹¹.

De même, par manque de connaissance des dispositions de la LEG, il est fréquent que des mandataires professionnels, ne fassent pas valoir toutes les prétentions possibles en faveur de leur mandante²¹². Ainsi, il est très rare que la personne licenciée de manière discriminatoire se prévale de l'art. 5 al. 5 LEG devant les tribunaux cantonaux ou le Tribunal fédéral²¹³. Malgré les difficultés liées à la preuve du dommage et du lien de causalité, la personne licenciée devrait évaluer systématiquement les possibilités de réclamer, en sus de l'indemnité de licenciement discriminatoire, des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, selon la réserve de l'art. 5 al. 5 LEG.

Enfin, comme nous l'avons vu, les CCT ne contiennent pas de clauses améliorant le régime légal en faveur des personnes licenciées de manière discriminatoire en raison de leur sexe. Pourtant, plusieurs CCT contiennent

²⁰⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3075 s. ; LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.24.

²⁰⁹ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.26.

²¹⁰ WYLER/HEINZER/WITZIG, 1219.

²¹¹ Cf., dans ce sens, SATTIVA SPRING, 4 s.

²¹² CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport relatif à l'évaluation*, 3082.

²¹³ LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence cantonale*, N 4.30. LEMPEN/VOLODER, *Analyse de la jurisprudence fédérale*, N 4.34.

des règles relatives à la protection contre le licenciement de certaines catégories de personnes employées, telles que les personnes âgées ou celles exerçant une activité syndicale²¹⁴. Il serait possible de s'en inspirer.

Finalement, les actrices et les acteurs de la mise en œuvre de la protection contre le licenciement discriminatoire fondé sur le sexe peuvent se référer et s'inspirer des dispositions de la CEDEF (art. 11 § 2 let. a et b)²¹⁵, ainsi que de plusieurs conventions de l'OIT²¹⁶, instruments ratifiés par la Suisse, qui préconisent des mesures concrètes de protection des congés maternité et d'interdiction des licenciements fondés sur le sexe²¹⁷.

Bibliographie

ACHERMANN JONAS, Einsprache gemäss Art. 336b OR : erhöhte Vorsicht geboten !, DTA (2023), 140 ss.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : Commentaire LEg-AUTEUR/AUTEURE).

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de 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, Genève/Zurich/Bâle 2016, 95 ss.

BOHNET FRANÇOIS, CPC augmenté, Neuchâtel 2025.

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Lausanne 2019.

²¹⁴ DUNAND, *Droit collectif du travail*, 34 ss.

²¹⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF ; RS 0.108). Cf. Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 84 ss.

²¹⁶ Notamment l'art. 8 de la Convention OIT n° 183 sur la protection de la maternité du 15 juin 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 juin 2015 (C183 ; RS 0.822.728.3). Cf. Commentaire CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 10 s. ; LEMPEN, *Les Conventions*, 205 s.

²¹⁷ SATTIVA SPRING, 4 s. Voir la contribution de KARINE LEMPEN dans le présent ouvrage.

COSSALI SAUVAIN MONIQUE, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in : Aubert (édit.), Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, 57 ss.

DIETSCHY PATRICIA, Droit du travail et procédure civile, Bâle 2023.

DUNAND JEAN-PHILIPPE, La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protection contre les congés), in : Dupont/Mahon (édit.), La fin des rapports de travail, Genève/Zurich/Bâle 2021, 1 ss (cité : *La fin du contrat*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Droit collectif du travail et liberté syndicale en Suisse (origine et évolution), in : Défago et al. (édit.), Le droit collectif du travail, Bâle 2025, 1 ss (cité : *Droit collectif du travail*).

DUNAND JEAN-PHILIPPE et al., Droit du travail, 2^e éd., Bâle 2024.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/ZIMMERMANN CAMILLE (édit.), Commentaire Stämpfli du contrat de travail, Berne 2022 (cité : CS-AUTEUR/AUTEURE).

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WITZIG AURÉLIEN, La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT) – Fondamentaux et portée pratique, Bâle 2022.

FACINCANI NICOLAS et al. (édit.), Gleichstellungsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Berne 2022 (cité : SHK GIG-AUTEUR/AUTEURE).

GLOOR WERNER, L'opposition au congé : des conditions supplémentaires à sa validité – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_59/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2023.

GREMPER PHILIPP/HENSCH ANGELA, Diskriminierende Entlassung, in : Münch/Metz (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 2012, 251 ss.

HENSCH ANGELA, Gleichstellungsgesetz und Mutterschaftsschutz, in : Portmann/von Kaenel (édit.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018, 5 ss.

HERTIG RANDALL MAYA/HOTTELIER MICHEL/LEMPEN KARINE (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son protocole facultatif, Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : Commentaire CEDEF-AUTEUR/AUTEURE).

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^e éd., Bâle 2009 (cité : K GIG-AUTEUR/AUTEURE).

LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, PJA (2019), 78 ss (cité : *L'évolution de la protection*).

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, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2006 (cité : *Le harcèlement sexuel*).

LEMPEN KARINE, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189), in : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber Amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, 201 ss (cité : *Les Conventions*).

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/Zurich/Bâle 2017, 269 ss (cité : *Protection des données*).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Rapport de recherche sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2017 (cité : *Analyse de la jurisprudence cantonale*).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019), Rapport de recherche sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2021 (cité : *Analyse de la jurisprudence fédérale*).

MEIER ANNE, Améliorations de la protection contre le licenciement abusif dans les CCT et *de lege ferenda*, in : Hummer/Dietschy/Witzig (édit.), Du prétoire à l'auditoire : perspectives transversales en droit du travail – Mélanges en l'honneur du Professeur Rémy Wyler, Berne 2025, 363 ss.

PERRENOUD STÉPHANIE, 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, Genève/Zurich/Bâle 2016, 73 ss.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu den Art. 319–362 OR, in : Widmer Lüchinger/David (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BaK 2020).

PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE/RUDOLPH ROGER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5^e éd., Zurich/Saint-Gall 2024 (cité : *Schweizerisches Arbeitsrecht*).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Un licenciement non arbitraire, mais probablement critiquable ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_479/2021, DroitDuTravail.ch, janvier 2023.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail – Eléments de droit suisse, Lausanne 2010.

VON KAENEL ADRIAN, Neure Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in : Müller/Pärli/Wildhaber (édit.), Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich/Saint-Gall 2017, 481 ss.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.

Documents officiels

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1993 I 1163 ss (cité : *Message LEg*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 15 février 2006 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 la forme de postulat le 21 juin 2002, FF 2006 III 3061 (cité : *Rapport relatif à l'évolution*).

La pratique des enquêtes internes et des procès pour harcèlement sexuel au travail

*Anne Meier**

Table des matières

I.	Introduction : l'occasion d'une réflexion sur la pratique de la profession d'avocat	224
II.	L'avocate comme enquêtrice	225
	A. Pendant l'enquête : garder le cap sans faire preuve de rigidité	225
	B. Pendant la rédaction du rapport d'enquête : garder la tête froide	227
	C. Le rapport d'enquête devant le juge	228
III.	L'avocate dans le procès pour harcèlement sexuel	229
	A. Représenter les intérêts de l'employeur	229
	B. Représenter les intérêts de la personne accusée	230
	C. Représenter les intérêts de la personne qui se déclare victime	231
IV.	Conclusion	233

* Avocate, Docteur en droit, spécialiste FSA en droit du travail.

I. Introduction : l'occasion d'une réflexion sur la pratique de la profession d'avocat

Dans la pratique de l'avocate, en quoi les cas qui touchent des questions de harcèlement sexuel (art. 4 LEg)¹ diffèrent-ils d'autres affaires ? A quoi la praticienne ou le praticien doit-elle faire attention ? Quelles sont les différentes postures que l'avocate² peut être amenée à adopter en fonction de son rôle (enquêteuse, avocate de l'une ou l'autre des parties, conseil) ? Faut-il faire appel à des compétences particulières, dont certaines n'appartiennent peut-être pas au strict domaine juridique ? Comment appréhender le risque du procès lorsqu'on est une entreprise, une personne visée par des accusations de harcèlement ou la victime ? Est-il possible (ou recommandé) d'utiliser des outils de résolution amiable des litiges dans ces situations particulièrement délicates ? Comment aider son client (entreprise, auteur, victime) à protéger sa réputation et la personnalité des autres acteurs dans ce type d'affaire ?

La présente contribution nous a donné l'occasion d'une réflexion bienvenue sur la pratique de notre profession et sur le rôle particulier de l'avocate et de l'avocat dans le contexte d'un cas de harcèlement au travail. Nous partageons ici ces réflexions sous la forme d'un texte libre, muni d'un appareil critique très peu développé, en raison de son ancrage, reposant essentiellement sur l'expérience pratique. Nous espérons qu'il pourra néanmoins nourrir une réflexion autour du rôle de l'avocate et de l'exercice de notre profession.

¹ Au sujet de la définition, voir la contribution de KARINE LEMPEN dans le présent ouvrage.

² L'autrice a choisi d'employer alternativement la forme féminine et/ou masculine pour désigner indifféremment les deux genres dans l'ensemble de la présente contribution.

II. L’avocate comme enquêtrice

Nous avons eu l’occasion, en 2022, de rédiger un article sur la pratique des enquêtes internes, qui est paru dans les *Mélanges en l’honneur d’Adrian von Kaenel*³. Nous y renvoyons largement, y compris aux nombreuses références qui l’appuient. Nous nous intéresserons ici plutôt à la posture de l’avocate lorsqu’elle est mandatée pour effectuer une enquête au sein d’une entreprise en cas de soupçons de harcèlement sexuel.

En particulier, l’avocate qui est mandatée pour effectuer une enquête doit, à notre sens, organiser son travail pour répondre au but recherché par l’enquête. Elle n’est pas l’avocate de l’entreprise, ni celle des parties ; elle n’est pas une procureure. La méthodologie qu’elle applique doit permettre à l’employeur de prendre des décisions fondées et doit résister ultérieurement, en cas de procès, à l’examen des juges.

Il nous semble donc essentiel, pour l’avocate, de préparer en amont une méthodologie solide qui permettra :

- d’apprécier aussi objectivement que possible les faits révélés par l’enquête ;
- d’encourager la manifestation de la vérité par l’écoute et la posture aussi neutre que possible lors des auditions ;
- d’éviter autant que possible les apparences de partialité.

A. Pendant l’enquête : garder le cap sans faire preuve de rigidité

Garder le cap pendant l’enquête est essentiel. Le déroulement des actes d’enquête peut être perturbé par toutes sortes d’événements qu’il conviendra de gérer. On pense en particulier :

³ MEIER ANNE, Questions pratiques sur les enquêtes internes à l’entreprise, in : Portmann et al. (édit.), *Festschrift für Adrian von Kaenel*, Zurich 2022, 275 ss.

- à des dénonciations subséquentes : une victime supposée ayant parlé, les langues se délient et d'autres personnes sont désormais prêtes à raconter leurs expériences ;
- à des refus de collaborer à l'enquête : les actrices et acteurs principales refusent de répondre aux questions (parfois sur conseil de leur avocate) ou en sont incapables pour des raisons d'ordre psychologique (gravité de l'atteinte subie par exemple) ;
- à la mise à jour de faits nouveaux ou beaucoup plus graves qu'anticipé qui rendent nécessaire des actes d'investigation : consulter des messages téléphoniques, visionner des images de caméras de surveillance, réinterroger une personne pour la confronter à une autre version des faits ; envisager de recommander une dénonciation pénale ;
- à l'intervention des personnes externes au strict cadre de l'enquête : la hiérarchie de la personne accusée ou de la dénonciatrice, leur avocate, les médias.

L'expérience nous a montré que le fait de disposer d'une méthodologie claire, mise en place avant le début de l'enquête, permet de gérer ce type de situations et de s'y adapter sans perdre le cap. L'avocate doit sortir de son rôle habituel, dont l'essence est la défense des intérêts de son client, pour adopter une posture différente : son rôle est ici de favoriser la manifestation de la vérité en posant les bonnes questions – parfois, en insistant – et en restant à l'écoute. Elle ne peut favoriser aucune des parties, même si les récits qui sont tenus devant elle lui paraissent particulièrement crédibles ou suscitent son empathie. Elle est tenue de recouper, autant que possible, les allégations des parties avec d'autres éléments de l'enquête (messages, déclarations de témoins, images, etc.).

La pratique enseigne que l'émotion des personnes entendues est certes un indicateur important de leur crédibilité, mais qu'une émotion, aussi sincère soit-elle, peut avoir de nombreuses sources différentes. L'enquêtrice n'est pas autorisée, de notre point de vue, à effectuer des connexions qui paraissent évidentes au premier regard (la dénonciatrice pleure pendant l'entretien ; ce qu'elle dit est nécessairement vrai). En effet, les chemins psychologiques d'une personne qui a subi un traumatisme sont complexes. Il peut arriver que la victime n'accuse pas l'auteur véritable, pour différentes raisons liées à son traumatisme ; que le traumatisme n'ait pas été causé par les faits dénoncés,

mais par d'autres plus anciens et peut-être sans lien de corrélation directe. Dans notre pratique, toutefois, nous ne pensons pas avoir rencontré de personne qui dénonce des actes de harcèlement sexuel au travail par mensonge. Sur ce point, il conviendra de toujours garder en tête l'existence persistante de stéréotypes de genre, lesquels peuvent jouer un rôle important dans les enquêtes en matière de harcèlement sexuel et en particulier dans l'appréciation des propos des différents acteurs.

Ne pas effectuer l'enquête seule est un atout de taille selon notre expérience. Non seulement la présence d'une autre personne permet d'absorber un peu mieux les récits parfois difficiles qui sont présentés pendant l'enquête, mais elle s'avère précieuse au moment de juger de la crédibilité des personnes entendues. Elle permet également de déterminer si d'autres actes d'investigation s'avèrent nécessaires en fonction de l'appréciation des faits par l'une ou l'autre des enquêtrices. Elle assure, enfin, une certaine objectivité au moment des entretiens, en fonction de la personnalité des personnes présentes.

Appliquer la méthodologie mise en place en amont permet à l'enquêtrice de garder la tête froide. Toutefois, pour que l'enquête soit de bonne facture, il convient de rester très attentive aux détails qui surviennent pendant l'enquête et qui rendent une petite déviation nécessaire : modifier quelque peu le fil des questions ; insister sur un aspect plutôt qu'un autre ; demander la production de documents ou de pièces ; réinterroger quelqu'un. L'expérience de l'enquêtrice, combinée à son instinct et à son empathie, permet souvent d'apporter de la lumière sur les faits qui font l'objet de l'enquête.

Selon notre pratique, l'enquêtrice ne répond pas aux interpellations éventuelles des médias, sauf si le commanditaire de l'enquête l'a spécifiquement demandé et que la réponse est coordonnée avec ce dernier.

B. Pendant la rédaction du rapport d'enquête : garder la tête froide

Une fois les entretiens terminés et les différentes pièces (documents, messages, vidéos, etc.) réunies, l'enquêtrice rédige son rapport. Elle reprend minutieusement les faits et doit décider, par appréciation, lesquels peuvent être considérés comme établis. Elle s'abstient, dans la rédaction, d'employer un

vocabulaire qui pourrait laisser transparaître son opinion personnelle ou d'émettre des jugements de valeur. A cette étape également, le concours d'une seconde personne s'avère précieux pour tester les appréciations et élaborer les recommandations à l'attention du commanditaire du rapport d'enquête.

Lorsqu'elle rédige les recommandations, l'enquêtrice ne se limite pas, à notre avis, à ses seuls outils juridiques. En effet, dans la plupart des cas, l'enquête en matière de harcèlement sexuel est généralement commanditée par une entreprise. L'employeur aura souvent besoin de conseils qui trouvent leur source dans les recherches en psychologie, en psychologie du travail, en gouvernance d'entreprise, en gestion d'équipes, dans les recherches sur la discrimination, etc. Le rapport d'enquête peut ainsi, par exemple, émettre des recommandations sur l'amélioration du dispositif d'alerte en place dans l'entreprise, sur du coaching d'équipe, etc.

Mesurer l'impact des recommandations d'un rapport d'enquête sur les personnes concernées est évidemment essentiel. Le rapport d'enquête peut avoir pour conséquence un ou plusieurs licenciements, ou la remise en cause de la parole d'une personne s'estimant victime de comportements mais qui ne remplit pas les conditions d'une qualification juridique de harcèlement sexuel. Il a également des conséquences durables sur les équipes et sur l'entreprise elle-même. La responsabilité de l'auteur du rapport ne se limite donc pas nécessairement à une situation particulière bien délimitée. Les recommandations doivent également être adaptées à l'environnement dans lequel elles seront appliquées. Faire preuve de retenue et peser chaque mot est donc d'autant plus important dans ce contexte.

C. Le rapport d'enquête devant le juge

Les expertises privées sont désormais assimilées à des titres (modification du Code de procédure civile [CPC⁴], entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2025⁵). La valeur probante du rapport d'enquête devrait donc s'en trouver accrue. A notre avis, le juge vérifiera en tous les cas sa cohérence, sa pertinence, la

⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁵ Art. 177 CPC, dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2025 (RO 2023 491 ; FF 2020 2607).

méthodologie appliquée et la qualité générale du rapport. L’auteure du rapport se tiendra prête à répondre aux questions du tribunal pendant le procès.

III. L’avocate dans le procès pour harcèlement sexuel

Ici, l’avocate retrouve son rôle traditionnel : elle est appelée à défendre les intérêts de sa cliente ou de son client. L’identité dudit client a toutefois une grande influence sur le rôle de l’avocate. Selon qu’elle représente les intérêts de l’entreprise employeuse, de la personne accusée de harcèlement sexuel ou de la personne qui s’en déclare victime, son rôle sera différent.

A. Représenter les intérêts de l’employeur

L’employeur qui détecte une situation de harcèlement sexuel au sein de l’entreprise a le devoir de prendre des mesures pour protéger la personnalité de ses employés. Nous avons largement écrit à ce sujet dans notre précédente contribution, à laquelle il a déjà été fait référence, et nous y renvoyons.

A notre avis, le rôle de l’avocate qui conseille une entreprise dans ce type de cas comporte plusieurs facettes, lesquelles n’appartiennent pas nécessairement strictement à la sphère juridique. Avec l’employeur, il convient en effet (sans exhaustivité) :

- d’évaluer si le processus interne qui a permis à l’alerte de remonter dans l’entreprise est fiable ;
- de décider des suites à donner à ladite alerte : sanction ; enquête interne ou externe ; médiation ; coaching ;
- de prendre des mesures pour protéger les personnes employées concernées, et en particulier la partie qui dénonce et celle qui est accusée, de même que le reste de l’équipe. A cette fin, s’assurer de la collaboration de la hiérarchie concernée ;
- de préparer une communication interne et externe, active ou réactive ;

- de préparer l’employeur à la prise de décisions subséquentes en matière de droit du travail, mais également d’organisation de l’entreprise et de gestion des équipes ;
- de gérer les éventuels litiges (procès en licenciement abusif ; demandes d’indemnisation ; etc.).
- de se préparer à l’éventuelle intervention des autorités (inspection du travail en particulier).

B. Représenter les intérêts de la personne accusée

Assister une personne qui est visée par des accusations de harcèlement sexuel dans le cadre des rapports de travail peut, sous certains aspects, s’apparenter à la défense pénale, surtout dans le contexte d’une enquête au sein de l’entreprise.

Il conviendra en tout temps de s’assurer que les droits de la personne accusée sont respectés pendant l’enquête. On pense en particulier à son droit d’être informé des faits dont il ou elle est accusée et du droit de s’exprimer à ce sujet. Nous avons, dans notre article précité, exposé quels sont, à notre avis, les différents points sur lesquels la personne accusée peut faire valoir ses droits (avant son audition, pendant, puis en lien avec le rapport d’enquête) et nous vous y renvoyons pour plus de détails.

Le cadre posé par la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les licenciements prononcés à l’égard d’une personne accusée de harcèlement sexuel nous rappelle que la question juridique centrale de ce type de litige n’est pas, en réalité, celle de savoir si cette dernière a réellement commis les actes en question ; bien plutôt, il s’agit de savoir si l’employeur a abusé de son droit de licencier le travailleur visé. En effet, la jurisprudence exige de l’employeur qu’il prenne toutes les mesures qu’on peut exiger de lui pour vérifier les faits dont est soupçonné son employé. On devrait donc, en principe, considérer que si l’enquête a été menée selon une méthodologie sérieuse et que ses conclusions résistent à l’examen par le juge, l’employeur était en droit de se fonder sur ses conclusions pour prononcer un éventuel licenciement. Il ne faut pas non plus perdre de vue que d’autres circonstances vont inévitablement peser dans la décision de l’employeur de se séparer éventuellement d’un

collaborateur visé par des accusations : le type d'accusations dont il s'agit et le nombre de personnes qui se sont plaintes sont bien entendu des critères pertinents. Toutefois, l'employeur prendra également en compte les questions de valeurs de l'entreprise, de cohésion des équipes, de confiance dans la hiérarchie et d'exemplarité⁶.

Au contraire, si l'enquête n'est pas menée de manière satisfaisante (par exemple, si des investigations nécessaires n'ont pas été menées ou que la personne accusée démontre qu'elle n'a pas pu efficacement se défendre), ou encore si l'employeur s'est servi du prétexte des accusations portées contre son employée pour la licencier, alors plaider le licenciement abusif devient une piste à suivre.

En pratique, il nous paraît essentiel de ne jamais perdre de vue le risque très important d'atteinte à la réputation et à l'avenir économique de son client dans ce type d'affaires. Maîtriser la communication et, dans la mesure du possible, les conditions du départ de l'entreprise apparaissent ici comme des enjeux centraux dans l'exercice de la défense des intérêts du client par l'avocate.

C. Représenter les intérêts de la personne qui se déclare victime

Accueillir une personne qui se déclare victime de harcèlement sexuel au travail et prendre en main la défense de ses intérêts impose à la fois du respect, de l'empathie et de l'écoute ; mais également de la rigueur et de la méthode. L'un des éléments qui nous paraît essentiel est celui de la communication avec la cliente concernant les options qui s'offrent à elle.

En effet, on le sait, les rapports de travail sont caractérisés par un lien de subordination. La personne employée se sent souvent démunie et remplie de crainte au moment de dénoncer des faits dont elle a été victime. Souvent, il s'agit de craintes fondées, car la pratique (et la jurisprudence) est émaillée de cas qui montrent que la personne qui a dénoncé les agissements de collègues ou de supérieurs hiérarchiques peut se voir discriminée, voire licenciée pour

⁶ Pour un cas récent qui concernait un *Tendenzbetrieb*: TF 4A_51/2024 du 10 décembre 2024.

ce motif⁷. Le risque de devoir se défendre au pénal, si une plainte pour atteinte à l'honneur est déposée par la personne visée par les accusations, est également bien réel.

Mais l'écoute et l'attention à la santé mentale de la cliente ne doivent pas faire perdre de vue les défis techniques de l'application de la loi dans les cas de harcèlement sexuel. Les obstacles sont nombreux et les choix de l'avocate ont des conséquences importantes⁸. En particulier, on se souviendra que le mécanisme d'allégement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg⁹) n'est pas applicable à la question du harcèlement sexuel. Même si les litiges relevant de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes sont soumis à la procédure simplifiée quelle que soit la valeur litigieuse (art. 243 al. 1 CPC), le fardeau de la preuve repose entièrement sur les épaules de la personne qui émet les accusations (art. 8 CC¹⁰).

La durée des procédures, les risques et les coûts qui y sont associés, de même que le constat malheureux de l'insuffisance des moyens judiciaires à disposition pour faire valoir efficacement les droits d'une personne victime de harcèlement sexuel au travail peut conduire à se concentrer, en tant qu'avocate, sur le processus d'enquête. Encourager la cliente à parler librement à l'enquêtrice, même à visage découvert, reste souvent, dans notre expérience, l'un des meilleurs conseils. Assister et soutenir la cliente dans ces démarches et lors de ces étapes, en la préparant au déroulement de l'entretien avec l'enquêtrice et en l'encourageant à réunir un maximum d'éléments de preuve (photos, messages, vidéos, témoignages de collègues, etc.) devient alors essentiel. Il nous paraît également important d'informer la cliente du fait que la sanction éventuellement prise à l'encontre de la personne accusée relève

⁷ Pour un exemple récent : TF 4A_283/2022 du 15 mars 2023.

⁸ Pour un exemple récent, voir TF 4A_47/2022 du 23 novembre 2022 : le licenciement n'a pas été jugé abusif sur la base de l'art. 336a CO ; l'employée n'avait pas pris de conclusions sur la base de l'art. 5 al. 2 LEg (indemnité non cumulable avec celle de l'art. 336 CO – à notre sens, la position du TF est ici très stricte, car il aurait pu admettre la substitution des motifs juridiques fondant l'indemnité, au moins sur le principe), ni ajouter une demande d'indemnité pour harcèlement sexuel au titre de l'art. 5 al. 3 LEg, alors qu'elle avait été victime d'actes qui entraient typiquement dans la définition de harcèlement sexuel.

⁹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

¹⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

d'une prérogative de l'employeur, qu'elle n'aura pas de maîtrise sur sa nature et n'en sera pas nécessairement informée.

Il nous paraît également essentiel, dans ces cas, d'entrer en dialogue avec l'employeur afin de déterminer si ce dernier a pris des mesures visant à éviter que de tels cas ne se reproduisent au sein de son entreprise. En effet, il n'est souvent pas suffisant de licencier une personne dont il s'avère qu'elle est l'auteure d'actes de harcèlement sexuel. La protection de la personnalité et de la santé du personnel et la restauration de la confiance passe très souvent, dans ce genre de cas, par un dialogue avec les personnes qui ont été victimes de ces comportements afin de s'assurer que l'environnement de travail et les processus de détection et de gestion des cas soit efficace et digne de la confiance du personnel. Des outils, tels que des coachings d'équipe, la formation des cadres ou une médiation entre collègues, peuvent être recommandés.

IV. Conclusion

La présente contribution nous a permis de coucher sur le papier de nombreux aspects de la pratique de notre profession auxquelles nous n'avions pas nécessairement réfléchi de manière consciente auparavant. Il nous est ainsi apparu que les problématiques liées au harcèlement sexuel dans le monde du travail peuvent placer l'avocate dans des postures auxquelles elle n'est pas nécessairement habituée et encore moins formée.

En effet, comme on l'a lu au long de cette contribution, son rôle sort de la stricte défense des intérêts du client. Lorsqu'elle est enquêtrice, l'avocate doit encourager la manifestation de la vérité par l'application d'une méthodologie stricte, tout en faisant preuve d'empathie et en gardant l'esprit vif et adaptable. Elle doit s'efforcer de rester objective dans l'appréciation et dans la qualification juridique des faits, en gardant à l'esprit que l'état psychologique d'une personne qui a subi un traumatisme ne permet pas nécessairement l'expression claire et directe des faits qui sont survenus. Apprécier sans juger, qualifier sans condamner : voilà, à nos yeux et selon notre expérience, comment nous pouvons résumer le rôle de l'avocate lorsqu'elle est enquêtrice.

Lorsqu'elle défend les intérêts de l'une des parties prenantes à une affaire de harcèlement sexuel au travail (que ce soit l'entreprise, la personne accusée ou la personne dénonciatrice), l'avocate endosse son rôle de manière plus classique. Néanmoins, il nous apparaît que ce type d'affaires fait appel à d'autres compétences encore : une vision stratégique du cas, la gestion d'une crise (en termes de ressources humaines et/ou médiatique ; en termes psychologiques également), la prise en compte d'autres intérêts que ceux purement juridiques des clients (en particulier, la réputation et l'atteinte à l'avenir économique), de même que, bien entendu, beaucoup de psychologie et d'empathie.

L'application de la loi sur l'égalité dans les rapports de travail de droit public

Aspects de droit matériel et de procédure

*Christian Bruchez / Sarah Praplan**

Table des matières

I.	Introduction	236
II.	L'accès à la justice pour faire valoir les prétentions fondées sur la LEg	238
	A. Considérations générales	238
	B. La procédure de conciliation	239
	C. Le droit à l'accès au juge	240
	D. Le droit de faire valoir toutes les prétentions fondées sur la LEg dans une procédure unique	243
	E. La gratuité de la procédure (art. 13 al. 5 LEg)	245
III.	La mise en œuvre des droits de la personne salariée fondés sur la LEg dans les rapports de travail de droit public	246
	A. Actions à disposition de la personne salariée victime d'une discrimination au sens de la LEg	246
	1. Actions fondées sur le droit de la personnalité (art. 5 al. 1 let. a à c LEg)	246
	2. Actions pécuniaires	250
	i. Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg)	250
	ii. Actions en paiement d'indemnités spécifiques (art. 5 al. 2 à 4 LEg et art. 13 al. 2 LEg)	251
	iii. Actions en dommages-intérêts et en tort moral (art. 5 al. 5 LEg)	252
	B. L'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)	254
	C. La qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)	256
IV.	Conclusion	257
	Bibliographie	258

* Avocat spécialiste FSA en droit du travail, Genève / Avocate, Genève.

I. Introduction

Les rapports de travail de droit public sont régis par les dispositions légales et réglementaires édictées par la Confédération, les cantons, les communes et les autres entités de droit public. Les art. 319 ss du Code des obligations (CO¹) sur le contrat de travail ne leur sont pas directement applicables (art. 342 al. 1 let. a CO).

Les collectivités publiques et autres entités de droit public disposent ainsi d'une très large autonomie dans la réglementation des relations de travail avec leur personnel. Cette autonomie n'est limitée que par les droits et principes constitutionnels, et par les dispositions impératives de droit fédéral en matière de protection des travailleurs.

Les rapports de travail de droit public se distinguent également des rapports de travail de droit privé par les règles applicables aux contentieux. Alors que les litiges relatifs aux rapports de travail de droit privé sont régis par le Code de procédure civile (CPC)², les litiges relatifs aux rapports de travail de droit public sont régis par les lois cantonales de procédure administrative (pour les rapports de travail de droit public cantonal ou communal) et par la loi de procédure administrative fédérale (PA)³ (pour les rapports de travail de droit public fédéral) ; les lois, statuts et règlement régissant les rapports de travail de droit public contiennent en outre souvent des règles spéciales de procédure.

La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)⁴, qui concrétise l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)⁵ afin de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 1 LEg), s'applique tant aux rapports de travail de droit privé, qu'aux rapports de travail de droit public (art. 2 LEg). L'unification prévue à l'art. 2 LEg ne concerne toutefois que la section 2 de la loi, qui traite de la définition des discriminations (art. 3 et 4 LEg), des droits des personnes salariées (art. 5 LEg), de

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (CO ; RS 220).

² Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

³ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

⁴ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

l'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg) et de la qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg). S'agissant des droits des personnes salariées victimes d'un licenciement discriminatoire, il existe un régime applicable exclusivement aux rapports de travail de droit privé (art. 5 al. 2 LEg) ; par ailleurs, la protection contre le congé-représailles prévues à l'art. 10 LEg ne s'applique directement qu'aux rapports de travail de droit privé.

Les règles de procédure prévues dans la LEg diffèrent pour les rapports de travail de droit privé (art. 8 et 9 LEg) et pour les rapports de travail de droit public (art. 13 LEg). L'art. 13 al. 1 LEg prévoit que dans les rapports de travail de droit public, les voies de droit sont régies par les dispositions générales sur la procédure fédérale. Ces dernières, qui sont prévues aux art. 34 à 36a de la loi sur le personnel de la Confédération⁶, ne régissent toutefois que les litiges relevant du droit public fédéral concernant le personnel de la Confédération, les litiges de droit public cantonal et communal étant régis par le droit cantonal de procédure⁷. Chaque canton dispose de sa propre réglementation procédurale et de sa propre organisation judiciaire ; les cantons doivent toutefois respecter les garanties constitutionnelles⁸ (art. 29 et 29a Cst., art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹) et les exigences du droit supérieur, notamment l'exigence d'instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral (art. 86 al. 2 LTF¹⁰).

Dans les limites du droit fédéral et cantonal, chaque entité de droit public peut prévoir des règles de procédure spécifiques applicables à son personnel, comme des voies de recours internes ou des procédures d'engagement visant à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes¹¹, ou encore des procédures spécifiques en matière de harcèlement sexuel.

⁶ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1).

⁷ ATF 141 II 233, c. 3.1 ; ATF 121 II 473, c. 2a.

⁸ Sur cette question, voir ARIOLI/FURRER ISELI, N 291 à 307 ; Commentaire LEg-BRUCHEZ, art. 13 N 20.

⁹ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

¹⁰ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

¹¹ Commentaire LEg-BRUCHEZ, art. 13 N 11.

Il convient de préciser que les entités de droit public peuvent, lorsque les conditions définies par la jurisprudence sont remplies¹², engager certains membres de leur personnel par contrat de droit privé au sens des art. 319 ss CO. Dans ce cas, la LEg s'applique de la même manière que si la personne était employée par une entité de droit privé : le contentieux relève des tribunaux civils¹³ et il est soumis à la procédure civile¹⁴.

Au vu de ce cadre constitutionnel et législatif, l'application de la LEg dans les rapports de travail de droit public pose des questions juridiques complexes de droit matériel et de procédure. Dans la présente contribution, nous examinerons, à la lumière de décisions jurisprudentielles, les questions de l'accès à la justice pour faire valoir les prétentions fondées sur la LEg (*infra* II) et de la mise en œuvre des droits prévus à l'art. 5 LEg, en particulier l'action en cessation de l'atteinte (art. 5 al. 1 let. b LEg) et les actions en indemnisation (art. 5 al. 1 let. d LEg, 5 al. 2 à 4 LEg en lien avec l'art. 13 al. 2 LEg et 5 al. 5 LEg) (*infra* III).

II. L'accès à la justice pour faire valoir les prétentions fondées sur la LEg

A. Considérations générales

La LEg consacre une interdiction générale de discrimination à raison du sexe (art. 3 al. 1 LEg). Cette interdiction de discrimination porte sur tous les aspects de la relation d'emploi, de l'embauche à la résiliation des rapports de travail¹⁵. Le texte de l'art. 3 al. 2 LEg prévoit que l'interdiction de discriminer s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg). L'art. 4 LEg interdit, en outre, le harcèlement sexuel, qui

¹² ATF 118 II 213, c. 3.

¹³ Pour le personnel de la Confédération, voir art. 6 al. 7 LPers.

¹⁴ Commentaire LEg-BRUCHEZ, art. 13 N 7.

¹⁵ Commentaire LEg-LEMPEN, art. 3 N 13.

constitue une forme spécifique de discrimination. L'art. 5 LEg définit les droits que les personnes salariées peuvent faire valoir à l'égard de leur employeur lorsqu'elles subissent des discriminations au sens des art. 3 et 4 LEg.

Pour que ces normes matérielles soient réellement appliquées, il faut donc que chaque personne salariée qui s'estime victime d'une discrimination à raison de son sexe, dans tout aspect de la relation de travail, puisse avoir accès au juge et faire valoir efficacement les droits que lui confère l'art. 5 LEg. Il importe en outre que cet accès au juge ne soit pas rendu exagérément difficile dans les faits par les coûts de la procédure ou des obstacles procéduraux.

B. La procédure de conciliation

L'existence d'une procédure de conciliation, à laquelle l'entité employeuse est contrainte de participer, constitue, dans de nombreux cas, un moyen efficace et peu onéreux pour assurer l'application de la LEg.

L'art. 13 al. 3 LEg prévoit que le personnel de la Confédération peut s'adresser à une commission de conciliation, dans le délai de recours prévu à l'art. 50 de la loi fédérale sur la procédure administrative – soit un délai de 30 jours –, qui conseille les parties et tente de les amener à un accord. Cette garantie est concrétisée par l'Ordonnance concernant la commission de conciliation selon la loi sur l'égalité¹⁶, qui institue une commission de conciliation pour le personnel de l'administration fédérale. L'art. 10 al. 2 de cette ordonnance prévoit que toutes les unités de l'administration fédérale sont tenues d'apporter leur concours au président ou à la présidente (par exemple, en fournissant des renseignements ou en donnant accès à des dossiers).

La loi sur l'égalité n'exige pas expressément des cantons qu'ils instituent une procédure de conciliation pour les membres du personnel soumis au droit public cantonal ou communal. Toutefois, dès lors que le but de la loi est de réaliser l'égalité dans les faits (art. 1 LEg), et que la loi est applicable à tous les rapports de travail (art. 2 LEg), il est impératif que toutes les personnes

¹⁶ Ordonnance du 10 décembre 2004 concernant la commission de conciliation selon la loi sur l'égalité (RS 172.327.1).

employées puissent bénéficier d'une procédure de conciliation en cas de litige en matière d'égalité¹⁷.

Ainsi, plusieurs cantons ont étendu aux rapports de travail de droit public la compétence des offices de conciliation institués pour les litiges soumis au droit privé. Dans le canton de Genève, la loi sur la procédure administrative¹⁸ prévoit qu'en matière d'égalité, il est procédé, dès réception du recours, à une tentative de conciliation, sauf si la personne recourante déclare d'emblée y renoncer (art. 65B al. 1 LPA). La conciliation est de la compétence du Tribunal administratif de première instance (art. 65B al. 3 LPA), de sorte que l'autorité ou la juridiction saisie du recours doit lui transmettre le dossier à cette fin. L'art. 65C LPA prévoit en outre la possibilité pour une personne qui subit ou risque de subir une discrimination au sens des art. 3 et 4 LEg de demander une conciliation hors procédure, c'est-à-dire avant qu'une décision sujette à recours n'ait été rendue.

C. Le droit à l'accès au juge

En procédure administrative, l'accès au juge se fait généralement par la voie d'un recours contre une décision de l'administration ; dans certains cas, le juge peut également être saisi par voie d'action.

La décision se définit comme un acte souverain et unilatéral émanant d'une autorité publique, visant à régler une situation juridique de manière contraignante en créant ou en constatant des droits et obligations¹⁹. On oppose la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration. L'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais il n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. C'est pourquoi l'acte interne n'est en règle générale pas susceptible de recours²⁰.

¹⁷ Commentaire LEg-BRUCHEZ, art. 13 N 58.

¹⁸ Loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA ; RS GE E 5 10).

¹⁹ K GIG-ARIONI, art. 13 N 21.

²⁰ TF 8D_2/2018 du 21 février 2019, c. 6.

L'art. 29a Cst. garantit toutefois un droit fondamental d'accès au juge, qui consacre une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration. Ce droit garantit à toute personne, physique ou morale, le droit d'avoir accès au juge et, par conséquent, de requérir de l'Etat, dans tout domaine relevant de son champ d'activité, la notification d'une décision y compris concernant des actes matériels des entités publiques, puis de la contester devant une autorité judiciaire²¹.

Les cantons sont tenus de mettre en œuvre l'art. 29a Cst. Plusieurs cantons ont ainsi adopté des dispositions concrétisant l'art. 29a Cst.²². Par exemple, à Genève, l'art. 4A LPA garantit le droit à un acte attaquant.

Il arrive que le droit de procédure exclue certains domaines du contrôle judiciaire. Ainsi, à Genève, la LPA exclut l'application des règles de procédure en matière de fonction publique aux procédures relatives à la création initiale des rapports de service et aux promotions (art. 2 let. d LPA). S'il est aujourd'hui admis que la compatibilité de cette disposition avec l'art. 29a Cst., qui garantit l'accès au juge, est douteuse²³, la loi sur l'égalité fait quoi qu'il en soit échec à cette disposition en cas d'allégation de discrimination entre femmes et hommes, de sorte que le contrôle judiciaire est dans ce cas ouvert²⁴. Ainsi, la personne candidate évincée lors d'une procédure d'engagement soumise au droit public a le droit de demander la notification d'une décision constatatoire de non-engagement en se prévalant de son caractère discriminatoire et de recourir à son encontre²⁵.

Dans une affaire concernant la promotion d'une Professeure associée au rang de Professeure ordinaire, la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a déclaré recevable l'opposition formée par la Professeure concernée à l'encontre de la décision de refus d'ouverture d'une procédure de promotion rendue par le collège des professeurs. La Chambre administrative de la Cour de justice a estimé, à juste titre, que contrairement à ce que prétendait l'Université de Genève, ce refus ne relevait pas d'un acte interne à

²¹ CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 1 et 2 ; JORDAN/GRODECKI, 433.

²² JORDAN/GRODECKI, 436.

²³ GRODECKI/JORDAN, art. 2 N 47 ; CACJ GE ATA/666/2024 du 4 juin 2024, c. 3.4.

²⁴ CACJ GE ATA/164/2024 du 6 février 2024, c. 10.1.

²⁵ FAVRE, 26.

l'administration non susceptible de recours, mais d'une décision potentiellement discriminatoire sujette à recours²⁶.

De même, comme la volonté du législateur fédéral, exprimée à l'art. 3 LEg, est que l'interdiction de discrimination s'applique à tous les aspects de la relation de travail, il n'est pas possible d'exclure l'accès au juge lorsqu'une personne invoque la violation de la LEg en lien avec l'attribution des tâches ou l'aménagement des conditions de travail, en soutenant que ces questions relèveraient d'actes internes à l'administration ou de questions d'organisation.

Lorsque le droit de procédure administrative ou d'organisation judiciaire ne prévoit pas un accès au juge par voie d'action, la personne qui s'estime lésée est en droit d'obtenir de l'administration un acte attaquant par voie de recours.

Dans une affaire où l'application d'une procédure spéciale de plainte mise en place par l'Université de Genève pour contrôler l'application d'une règle de préférence à l'engagement de personnes du sexe sous-représenté était en jeu, le Tribunal fédéral a jugé que toute personne candidate doit pouvoir invoquer les droits conférés par l'art. 5 LEg, quand bien même elle ne fait pas partie du sexe sous-représenté. Il a jugé que la voie de la plainte devait également être ouverte à une telle personne candidate, dans la mesure où elle s'estime lésée, pour lui permettre de s'assurer de la mise en œuvre correcte de la règle de préférence, en particulier de l'application non-discriminatoire de la notion indéterminée de « qualifications équivalentes »²⁷.

Dans un autre litige concernant une procédure de nomination à l'Université de Genève, la Chambre administrative de la Cour de justice a eu à se prononcer sur la recevabilité de l'opposition formée par un candidat au poste classé *primo loco* à l'encontre de la décision de clôture de la procédure. Le candidat recourant invoquait que la clôture de la procédure revêtait la qualité de décision administrative et qu'elle violait la LEg, dès lors qu'elle faisait suite à une intervention du Bureau de l'égalité. La Chambre administrative de la Cour de justice a, en l'occurrence, considéré que c'était à bon droit que l'Université de Genève avait déclaré irrecevable l'opposition formée par le candidat. La Chambre administrative de la Cour de justice a retenu que la décision de clôture faisait suite à la découverte, par le rectorat, d'un vice affectant la

²⁶ CACJ GE ATA/164/2024 du 6 février 2024.

²⁷ TF 2P.277/2004 du 19 janvier 2006, c. 4.3.

procédure de mise au concours du poste en tant que le cahier des charges et l'appel à candidatures incluait une condition que personne ne pouvait remplir, raison pour laquelle l'Université avait mis un terme au processus de nomination pour l'ensemble des candidats. Dans ces circonstances, la Chambre administrative de la Cour de justice a considéré que cette mesure ne revêtait pas la qualité de décision, mais d'acte interne à l'administration, et n'était donc pas sujette à recours²⁸. Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui a retenu que la clôture de la procédure n'avait que des conséquences indirectes, non seulement pour le recourant, mais également pour l'autre candidate en lice, et que celle-ci n'avait « pas pour objet d'annuler des droits dans la mesure où le recourant n'avait pas un droit à être nommé »²⁹. Ce dernier argument ne pourrait pas être pris en compte isolément car une décision portant sur une nomination considérée comme discriminatoire par une personne candidate au poste doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire même si la personne candidate concernée n'a pas de droit à être nommée.

D. Le droit de faire valoir toutes les prétentions fondées sur la LEg dans une procédure unique

Le Tribunal fédéral exige que la personne lésée par une discrimination puisse faire valoir cumulativement les droits spécifiques de l'art. 5 al. 1 à 4 LEg et les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral réservées à l'art. 5 al. 5 LEg. Ainsi, dans l'hypothèse où une juridiction administrative est saisie d'un litige en matière d'égalité, la personne lésée peut également invoquer des prétentions découlant de l'art. 5 al. 5 LEg, quand bien même celles-ci sont soumises aux principes généraux du droit de la responsabilité, et même si elles relèvent, comme dans le canton de Genève, de la compétence des tribunaux civils³⁰. Le Tribunal fédéral justifie cette solution par le principe d'économie de procédure et par le fait que les prétentions de l'art. 5 al. 5 LEg

²⁸ CACJ GE ATA/951/2019 du 28 mai 2019.

²⁹ TF 8C_463/2019 du 10 juin 2020, c. 4.2 ss.

³⁰ Art. 7 de la loi du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC ; RS GE A 2 40) ; ATF 133 II 257.

ont le même fondement que les autres droits de la personne lésée énoncés à l'art. 5 al. 1 à 4 LEg, soit l'acte illicite que constitue la violation de la loi sur l'égalité³¹.

Dans un litige concernant un refus de renouvellement de contrat à l'issue de la période d'essai jugé discriminatoire au sein de la HES-SO, la Chambre administrative de la Cour de justice a alloué à la recourante, en sus d'une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg, des dommages-intérêts pour les frais de poursuite qu'elle avait dû engager à l'encontre de l'autorité employeuse, ainsi que pour ses frais d'avocat, sur la base de l'art. 5 al. 5 LEg³².

Dans une affaire relativement récente concernant un cas de harcèlement sexuel, la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève a, en revanche, déclaré irrecevables les conclusions formulées par la recourante en indemnisation du tort moral au sens de l'art. 5 al. 5 LEg au motif que « de jurisprudence constante », la chambre considérerait que ces prétentions relevaient de la compétence du tribunal civil « sauf en cas de licenciement discriminatoire »³³. Cette jurisprudence, qui s'écarte des principes énoncés par le Tribunal fédéral, ne saurait être suivie. En effet, en matière d'unité de la procédure, il ne se justifie aucunement d'opérer une distinction entre les cas de licenciement discriminatoire et les autres cas de discriminations au sens de la LEg, comme, en l'occurrence, un cas de harcèlement sexuel. En effet, conformément à la jurisprudence fédérale, l'ensemble des prétentions découlant de la discrimination alléguée doit pouvoir être examiné dans la même procédure, indépendamment du type de discrimination en cause.

³¹ ATF 133 II 257.

³² CACJ GE ATA/805/2015 du 11 août 2015.

³³ CACJ GE ATA/29/2023 du 17 janvier 2023, c. 8 d et e.

E. La gratuité de la procédure (art. 13 al. 5 LEg)

Les frais de procédure, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens, sont souvent un obstacle à l'accès au juge.

Pour faciliter l'accès à la justice, l'art. 13 al. 5 LEg prévoit la gratuité de la procédure pour les litiges fondés sur la LEg, sauf en cas de témérité³⁴. Cette règle s'applique aussi bien à la procédure devant les autorités administratives, qu'à la procédure devant les autorités de conciliation, les autorités judiciaires cantonales et devant le Tribunal administratif fédéral. La gratuité vise tous les frais judiciaires, c'est-à-dire non seulement les émoluments judiciaires, mais également tous les frais liés à l'administration des preuves, notamment les frais nécessaires à l'exécution d'une expertise. Cette règle ne s'applique en revanche pas à la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 13 al. 5, 2^e phrase, LEg) ; toutefois, devant le Tribunal fédéral, l'art. 65 al. 4 let. b LTF prévoit la perception d'un émolument réduit dans les affaires concernant les discriminations à raison du sexe.

La gratuité de la procédure prévue à l'art. 13 al. 5 LEg ne concerne en outre pas les dépens. La partie qui obtient gain de cause a ainsi droit à l'allocation de dépens ; toutefois, en règle générale, des dépens ne sont pas octroyés à l'entité publique³⁵.

³⁴ A cet égard, voir TF 8C_272/2023 du 14 décembre 2023, c. 8 et 9, par lequel le TF annule partiellement un arrêt cantonal en matière d'égalité qui avait mis des frais judiciaires à charge d'une personne salariée recourante.

³⁵ Art. 68 al. 3 LTF pour la procédure de recours devant le TF. Dans le canton de Genève, selon la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour de justice, une entité publique qui obtient gain de cause a droit à l'octroi de dépens lorsqu'elle n'est pas assez importante pour être réputée pouvoir se défendre elle-même ; tel est le cas d'une commune ayant moins de 10'000 habitants. Sur cette question, voir GRODECKI/JORDAN, N 1041 et les références jurisprudentielles citées.

III. La mise en œuvre des droits de la personne salariée fondés sur la LEg dans les rapports de travail de droit public

Selon l'art. 5 LEg, les personnes qui s'estiment victimes d'une discrimination fondée sur le sexe disposent de différents types d'actions, soit, d'une part, les actions découlant du droit de la personnalité (*infra* A.1) et, d'autre part, les actions pécuniaires, visant essentiellement la réparation du préjudice subi (*infra* A.2). Nous examinerons ci-après comment ces actions sont mises en œuvre dans les rapports de travail de droit public et les procédures administratives y relatives.

A. Actions à disposition de la personne salariée victime d'une discrimination au sens de la LEg

1. Actions fondées sur le droit de la personnalité (art. 5 al. 1 let. a à c LEg)

Les actions découlant du droit de la personnalité (art. 28 ss du Code civil suisse³⁶) sont listées à l'art. 5 al. 1 let. a à c LEg et visent à obtenir l'interdiction de la discrimination (let. a), la cessation de la discrimination (let. b) et le constat de l'existence de la discrimination (let. c). Elles sont le reflet des actions prévues à l'art. 28a CC.

L'action en cessation de l'atteinte vise à mettre un terme à celle-ci, ce qui implique que l'atteinte se soit déjà concrétisée et qu'elle dure encore. Il s'agit d'une action protectrice de la personnalité et non d'une action en réparation du préjudice subi.

L'art. 5 al. 2 LEg, dont la formulation repose sur une négation, prévoit que lorsque la discrimination porte sur un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le CO, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur. Cela signifie que, dans les

³⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

rapports de travail de droit privé, en cas de discrimination portant sur une embauche ou une résiliation, la personne lésée ne dispose pas des actions fondées sur le droit de la personnalité prévues à l'art. 5 al. 1 LEG ; en vertu de cette disposition, la personne licenciée de manière discriminatoire ne peut ainsi pas agir en cessation de l'atteinte, en demandant l'annulation de son licenciement et sa réintégration.

Comme le texte de cette disposition ne vise que les rapports de travail régis par le CO, l'art. 5 al. 2 LEG ne s'applique pas aux rapports de travail fondés sur le droit public. L'art. 13 al. 2 LEG prévoit toutefois qu'en cas de discrimination lors de la création des rapports de service, l'art. 5 al. 2 LEG est applicable. En pratique, cela signifie donc que dans les rapports de travail de droit public, les actions fondées sur le droit de la personnalité prévues à l'art. 5 al. 1 LEG sont ouvertes en cas de licenciement discriminatoire, mais qu'elles ne le sont pas en cas de refus d'embauche discriminatoire³⁷.

En vertu des principes généraux du droit administratif, une décision contraire au droit est en principe annulée et réformée³⁸. En matière de rapports de travail de droit public, de nombreuses lois dérogent toutefois à ce régime en excluant l'annulation des licenciements contraires au droit et en prévoyant, comme en droit privé, un régime d'indemnisation³⁹. En vertu du principe de la primauté du droit fédéral, lorsque le licenciement est discriminatoire au sens de la LEG, la personne lésée peut toujours solliciter la cessation de la discrimination au sens de l'art. 5 al. 1 let. b LEG et prétendre à l'annulation du licenciement et à sa réintégration⁴⁰, ce indépendamment du fait de savoir si le droit fédéral ou cantonal du personnel permet ou non l'annulation du licenciement et la réintégration⁴¹.

³⁷ LEMPEN, 86–87.

³⁸ Art. 61 et 62 PA ; art. 69 al. 3 LPA.

³⁹ Art. 34b LPers ; art. 31 al. 3 et 4 de la loi générale du 4 décembre 1997 relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements médicaux (LPAC ; RS GE B 5 05).

⁴⁰ TF 1A.8/2000 du 10 mars 2000, c. 2c/aa ; Commentaire LEG-AUBERT, art. 5 N 35.

⁴¹ ARIOLI/FURRER ISELI, N 118, 179 et 188 avec référence à l'avis de l'Office fédéral de la justice du 20 août 1996 adressé à l'Office spécialisé pour les questions d'égalité du canton de Zurich ; LEMPEN, 87. Pour le personnel de la Confédération, l'art. 34c al. 1 let. d LPers prévoit expressément la réintégration en cas de licenciement discriminatoire. Pour l'administration cantonale genevoise, l'art. 31 LPAC ne prévoit

Dans une affaire de 2015 concernant une employée victime d'un licenciement discriminatoire au sein de la HES-SO, déjà évoquée plus haut⁴², la Chambre administrative de la Cour de justice avait jugé, dans un sens contraire, que la possibilité prévue par le règlement de la HES-SO de refuser la réintégration et de verser à la place une indemnité n'était pas contraire à la LEg, au motif qu'il arrivait que les circonstances « fassent apparaître la réintégration comme une mesure contraire à l'intérêt public – voire à des intérêts privés prépondérants de tiers »⁴³. Pour les motifs exposés ci-dessus, cette position ne peut pas être suivie.

Cette possibilité d'obtenir l'annulation du licenciement et la réintégration en cas de résiliation discriminatoire sur la base de la LEg en droit de la fonction publique marque une différence notable avec le droit privé. En effet, en droit privé, la seule possibilité d'obtenir une réintégration à la suite d'une résiliation des rapports de travail réside dans l'application des conditions strictes du congé de rétorsion au sens de l'art. 10 LEg, qui prévoit que la résiliation du contrat de travail par l'employeur est annulable lorsqu'elle ne repose pas sur un motif fondé justifié, et qu'elle fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un autre organe compétent au sein de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice.

Comme indiqué ci-avant, il existe, en revanche, en vertu de l'art. 13 al. 2 LEg, une exclusion des actions fondées sur le droit de la personnalité en cas de discrimination à l'embauche. Déterminer si une discrimination concerne, dans un cas particulier, une promotion ou un nouvel engagement présente ainsi un enjeu important. En effet, si l'acte est qualifié de refus d'embauche, la reconnaissance d'une discrimination ne pourra pas donner lieu à l'annulation de la procédure entachée d'une discrimination, alors que dans le cas où il s'agirait d'un refus de promotion discriminatoire, la personne lésée pourrait solliciter la cessation de la discrimination au sens de l'art. 5 al. 1 LEg et

pas de régime spécifique en cas de licenciement discriminatoire. Pour l'administration de la Ville de Genève, l'art. 106 du statut du personnel prévoit expressément, en dérogation au régime ordinaire, l'annulation du licenciement et la réintégration en cas de licenciement discriminatoire ou de licenciement représailles au sens de l'art. 10 LEg.

⁴² *Supra* II.D.

⁴³ CACJ GE ATA/805/2015 du 11 août 2015, c. 7.

conclure à l'annulation de la procédure de promotion litigieuse⁴⁴, voire, selon les circonstances, à sa nomination au poste convoité.

Dans une affaire récente concernant une procédure de nomination à un poste de Professeur associé au sein de l'Université de Genève, la Chambre administrative de la Cour de justice a été saisie d'un recours assorti d'une requête de mesures provisionnelles par une recourante candidate au poste. Celle-ci, qui occupait déjà un poste de collaboratrice scientifique au sein de l'entité académique concernée, avait été classée en *unico loco* dans le cadre de la procédure de nomination et aurait ainsi dû se voir attribuer le poste. Toutefois, malgré son classement en *unico loco*, l'Université lui a signifié qu'elle ne serait pas nommée, au motif qu'elle se trouvait dans une relation de concubinage avec un autre Professeur de l'entité académique concernée. Selon l'Université, cette situation présentait un risque de conflit d'intérêts qui faisait obstacle à sa nomination. La candidate a recouru à l'encontre de cette décision, en invoquant une discrimination à la promotion au sens des art. 8 al. 3 Cst. et 3 LEg. A titre de mesures provisionnelles, elle a conclu à ce qu'il soit ordonné à l'Université de surseoir à l'ouverture d'une nouvelle procédure de nomination jusqu'à droit jugé sur le fond du litige. A titre principal, elle a requis la cessation de l'atteinte discriminatoire au sens de l'art. 5 al. 1 let. b LEg et, partant, l'annulation de la décision querellée. Par décision du 2 juillet 2025, la Chambre administrative de la Cour de justice a admis la requête de mesures provisionnelles de la recourante et a ordonné à l'Université de surseoir à l'ouverture d'une nouvelle procédure de nomination. A l'appui de sa décision, la Chambre administrative de la Cour de justice a considéré que dans l'hypothèse où la recourante obtiendrait gain de cause quant à l'existence d'une discrimination à la promotion, il n'était pas exclu que sa conclusion en annulation de la décision attaquée doive lui être accordée, ce qui pourrait déboucher sur sa nomination au poste mis au concours, de sorte que l'ouverture immédiate d'une nouvelle mise au concours du poste pourrait priver, *prima facie*, le litige d'une partie de son objet⁴⁵.

⁴⁴ LEMPEN, 87 ; ARIOLI/FURRER ISELI, N 158.

⁴⁵ CACJ GE ATA/738/2025 du 2 juillet 2025.

2. Actions pécuniaires

i. Action en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg)

L'art. 5 al. 1 let. d LEg permet à la personne victime d'une discrimination de requérir le paiement du salaire dû. Lorsqu'une personne est victime d'une discrimination salariale, l'action en paiement du salaire portera sur le rétroactif salarial, incluant l'ensemble des éléments accessoires régulièrement versés (heures supplémentaires régulières, bonus, etc.). Le délai de prescription des créances salariales de droit public est fixé à cinq ans, par analogie avec le délai prévu à l'art. 128 ch. 3 CO pour les créances de droit privé⁴⁶.

Dans une affaire concernant la fonction publique cantonale vaudoise, la Cour cantonale a admis l'existence d'une discrimination à l'égard d'une collaboratrice liée au fait que l'autorité n'avait pas appliqué d'effet rétroactif à la revalorisation salariale de la catégorie professionnelle majoritairement féminine à laquelle elle appartenait, alors que la même autorité avait octroyé un tel effet rétroactif à la revalorisation salariale d'une autre catégorie professionnelle du même secteur d'activité. Elle a dès lors admis sur son principe le droit pour cette collaboratrice d'obtenir le paiement du rétroactif salarial⁴⁷.

S'agissant des salaires futurs, la personne victime d'une discrimination devra introduire une action en prévention ou en cessation de la discrimination au sens de l'art. 5 al. 1 let. a et b LEg⁴⁸.

⁴⁶ ATF 131 II 393, c. 8.4 ; ATF 124 II 436, c. 10k.

⁴⁷ TC VD HC/2023/447 du 20 juillet 2023.

⁴⁸ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 29.

ii. *Actions en paiement d'indemnités spécifiques (art. 5 al. 2 à 4 LEg et art. 13 al. 2 LEg)*

L'art. 5 al. 2 à 4 prévoit la possibilité de solliciter le versement d'une indemnité spécifique dans certains cas de discriminations, à savoir :

- en cas de discrimination portant sur un *refus d'embauche* : une indemnité pouvant atteindre trois mois du salaire prévu pour ce poste, étant précisé que lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une telle indemnité, la somme totale des indemnités allouées ne peut pas excéder ce montant de trois mois de salaire (art. 5 al. 2 et 4 LEg) ;
- en cas de discrimination portant sur la *résiliation des rapports de travail* : une indemnité pouvant atteindre six mois du salaire de la personne concernée (art. 5 al. 2 et 4 LEg) ;
- en cas de *harcèlement sexuel* : une indemnité pouvant atteindre six mois du salaire moyen suisse (art. 5 al. 2 et 3 LEg).

Les indemnités prévues par l'art. 5 al. 2 à 4 LEg ont un caractère *sui generis*. Elles ont une composante réparatrice, en tant qu'elles visent la réparation forfaitaire du dommage matériel et du tort moral, mais elles ont également une composante punitive⁴⁹.

Comme exposé plus haut, dans les rapports de travail de droit public, la personne lésée par un licenciement discriminatoire peut demander la cessation de l'atteinte sur la base de l'art. 5 al. 1 let. b LEg en requérant de l'autorité l'annulation du licenciement et sa réintégration. L'art. 5 al. 2 LEg, prévu pour les seuls rapports de travail de droit privé, n'est applicable ni alternativement, ni cumulativement. Cela étant, le droit applicable au personnel d'une entité publique peut prévoir un droit pour la personne salariée lésée de réclamer, à la place ou en plus de sa réintégration fondée sur l'art. 5 al. 1 let. b LEg, le paiement d'une indemnité spécifique⁵⁰.

⁴⁹ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 63.

⁵⁰ L'art. 105 al. 3 let. b du statut du personnel de la Ville de Genève prévoit qu'en lieu et place de la réintégration, la personne intéressée peut demander le versement d'une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à 3 mois et supérieur à 12 mois du dernier traitement brut. Sur cette question, voir ARIOLI/FURRER ISELI, N 183.

En vertu de l'art. 13 al. 2 LEg, en cas de discrimination à l'embauche, la personne lésée peut uniquement réclamer l'indemnité prévue à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg⁵¹. Comme indiqué ci-avant, dans un tel cas, l'action en cessation de l'atteinte est exclue.

iii. Actions en dommages-intérêts et en tort moral (art. 5 al. 5 LEg)

L'art. 5 al. 5 LEg prévoit que sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs. Cette réserve vise à clarifier le fait qu'une discrimination au sens de la loi sur l'égalité est aussi une atteinte illicite aux droits de la personnalité qui peut donner lieu à réparation⁵².

L'art. 5 al. 5 est applicable chaque fois que l'existence d'une discrimination est admise. En particulier, le fait d'obtenir une indemnité en vertu de l'art. 5 al. 2 à 4 LEg (même lorsque l'action en cessation de l'atteinte n'est pas ouverte) n'exclut pas la demande de réparation de l'intégralité du dommage matériel et moral dans le cadre d'une action civile en responsabilité contractuelle ou délictuelle (art. 328 CO ; art. 41 CO)⁵³, ou s'agissant d'une personne employée par une collectivité publique, dans une action en responsabilité fondée sur la loi sur la responsabilité applicable à cette collectivité publique⁵⁴. Dans les rapports de travail de droit public, la question

⁵¹ Pour des cas d'application, voir CACJ GE ATA/382/2023 du 18 avril 2023 (admission d'une discrimination directe à l'embauche en raison d'un non-engagement d'une ancienne auxiliaire, en contradiction avec la pratique administrative existante, en lien avec la grossesse et la situation de handicap) et ATF 131 II 361 (admission d'une discrimination à l'embauche à l'égard d'un homme dont la candidature n'avait pas été prise en considération en raison d'un quota rigide ne reposant pas sur une base légale formelle) ; dans cet arrêt, le TF a jugé que malgré son caractère essentiellement constatatoire, la conclusion du recourant tendant au versement d'une indemnité d'un franc symbolique en vertu de l'art. 5 al. 2 LEg est admissible (c. 4).

⁵² TF 1C_341/2023 du 12 février 2024, c. 3.1.1 ; ARIOLI/FURRER ISELI, N 190.

⁵³ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 69.

⁵⁴ ARIOLI/FURRER ISELI, N 191 ; s'agissant du droit de faire valoir l'ensemble des prétentions fondées sur la LEg, y compris les prétentions en dommages-intérêts, dans une procédure unique, voir *supra* II/D.

du cumul des indemnités se pose en cas de discrimination à l'embauche et en cas de harcèlement sexuel⁵⁵.

Il va de soi que le même dommage ne peut pas être réparé plusieurs fois. Si la personne salariée peut cumuler les actions pécuniaires à sa disposition, elle devra limiter le total de ses conclusions à la couverture du préjudice subi. Elle n'aura ainsi droit qu'à une seule indemnisation pour une même atteinte⁵⁶.

Le cumul des prétentions de l'art. 5 al. 2 et 3 LEg et de l'art. 5 al. 5 LEg peut soulever des questions pratiques. En effet, comme exposé, les indemnités de l'art. 5 al. 2 à 4 LEg ont une composante punitive, en sus de la composante réparatrice. De ce fait, si la personne lésée conclut à la fois à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 5 al. 2 ou 3 LEg et à la réparation de son préjudice au sens des art. 328 ou 41 CO (art. 5 al. 5 LEg), cette composante punitive doit être prise en considération, c'est-à-dire ajoutée aux dommages-intérêts et à la réparation du préjudice moral. Cela suppose ainsi de déterminer préalablement la part de l'indemnité, relative à l'art. 5 al. 2 ou 3 LEg, qui relève de la composante punitive⁵⁷.

Dans un litige déjà évoqué plus haut concernant un licenciement discriminatoire au sein de la HES-SO, la Chambre administrative de la Cour de justice, qui avait alloué à la recourante, outre une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg, des dommages-intérêts pour des frais qu'elle avait encourus du fait de la décision discriminatoire sur la base de l'art. 5 al. 5 LEg, a toutefois rejeté les conclusions de la recourante en paiement du salaire futur qu'elle aurait perçu si elle avait été renouvelée dans son poste. A cet égard, la Chambre administrative de la Cour de justice a estimé qu'il « n'exist[ait] pas de droit à la nomination » et qu'une telle nomination était « soumise à des conditions qui d[evaient] être remplies au jour de la demande et persister ensuite [...] et non se fonder sur des probabilités ». La Chambre administrative

⁵⁵ TF 4A_330/2007 du 17 janvier 2008, c. 4.1 (cas de harcèlement sexuel). Dans les rapports de travail de droit privé, au vu de la teneur de l'art. 5 al. 2 LEg, la question du cumul se pose également en cas de licenciement discriminatoire.

⁵⁶ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 71.

⁵⁷ Commentaire LEg-AUBERT, art. 5 N 73.

de la Cour de justice a en outre exposé que les dommages-intérêts punitifs « [étaient] étrangers au droit suisse », en se référant à l'ATF 133 III 657⁵⁸.

Ce dernier argument ne saurait être suivi. En effet, la prétention relative au dommage résidant dans une perte de salaire future que faisait valoir la salariée n'est pas de nature punitive. Elle n'a en effet pas pour but de punir l'employeur, mais d'indemniser la personne employée pour le dommage qu'elle subira effectivement du fait du comportement discriminatoire, et partant illicite, de l'employeur.

B. L'allègement du fardeau de la preuve (art. 6 LEg)

L'art. 6 LEg instaure un allègement du fardeau de la preuve en cas de discrimination en matière d'attribution des tâches, d'aménagement des conditions de travail, de rémunération, de formation et de formation continue, de promotion et de résiliation des rapports de travail. Cette liste est exhaustive, de sorte que l'art. 6 LEg ne trouve pas application en cas de discrimination à l'embauche ou de harcèlement sexuel.

Ainsi, l'art. 6 LEg a pour effet d'atténuer les conséquences de la répartition du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC en matière d'égalité entre femmes et hommes et, en particulier, de corriger l'inégalité de fait découlant de la concentration des moyens de preuve en mains de l'employeur. Le système de l'art. 6 LEg instaure un renversement du fardeau de la preuve dans l'hypothèse où la personne qui subit la discrimination parvient à rendre l'existence de celle-ci vraisemblable. Le juge ne doit pas être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie qui se prévaut de la discrimination, mais doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller

⁵⁸ CACJ GE ATA/805/2015 du 11 août 2015, c. 15 ; dans l'ATF 133 III 657, il était question de déterminer si une employée qui avait démissionné avec effet immédiat pour justes motifs pouvait prétendre, par analogie, à l'indemnité prévue à l'art. 337c al. 3 CO en cas de licenciement immédiat injustifié. Dans ce cadre, le TF avait répondu par la négative, estimant que l'art. 337c al. 3 CO, en tant qu'il comportait une composante punitive, était une exception en droit suisse, lequel ne connaissait généralement pas les dommages-intérêts punitifs, de sorte que cette disposition devait être appliquée de manière restrictive.

différemment⁵⁹. Lorsque l'existence d'une discrimination est rendue vraisemblable, il appartient alors à l'employeur d'apporter la preuve stricte que la situation dénoncée est justifiée par des facteurs objectifs⁶⁰.

En droit de la fonction publique, contrairement au droit privé, la fixation du salaire – ou du traitement – relève généralement d'un système transparent de classification des fonctions. Dès lors, l'employeur est tenu de respecter cette classification de fonction et ne dispose que d'une marge de manœuvre limitée dans la fixation du salaire des membres du personnel⁶¹. Dans ce contexte, face à une différence de salaire pour un travail égal, la vraisemblance d'une discrimination salariale devrait être admise d'autant plus largement. Dans un arrêt du 18 mai 2022, le Tribunal fédéral a annulé un arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise qui avait nié le caractère vraisemblable de la discrimination alléguée par la recourante concernant une différence de traitement de l'ordre de 8.42 % vis-à-vis d'un collègue masculin. Le Tribunal fédéral a relevé qu'une telle différence de traitement dans la fonction publique, « où la fixation du traitement [était] encadrée par des règles précises, n'[était] pas anodine ». Le Tribunal fédéral a ainsi admis le caractère vraisemblable de la discrimination alléguée et a renvoyé la cause à la cour cantonale pour qu'elle poursuive l'instruction⁶².

A noter que dans l'hypothèse où le tribunal saisi considère que la discrimination n'a pas été rendue vraisemblable au sens de l'art. 6 LEg, les règles de preuve de l'art. 8 CC s'appliquent⁶³. Le tribunal ne peut ainsi pas limiter son analyse à la seule question de la vraisemblance. En d'autres termes, le tribunal ne peut nier l'existence d'une discrimination au motif que celle-ci n'aurait pas été rendue vraisemblable. Il doit dans tous les cas procéder à un

⁵⁹ ATF 144 II 65, c. 4.2.1 et 4.2.2.

⁶⁰ ATF 130 III 145, c. 5.2

⁶¹ Cette marge de manœuvre peut résider dans la fixation des annuités, en fonction de l'expérience utile au poste dont dispose la personne concernée ; voir par exemple art. 3 al. 2 du Règlement d'application du 17 octobre 1979 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (RTrait ; RS GE B 5 15.01).

⁶² TF 8C_728/2021 du 18 mai 2022.

⁶³ SATTIVA SPRING, 194.

examen circonstancié des faits en cause et rendre une analyse juridique en appliquant le cas échéant les règles de preuve de l'art. 8 CC.

A la différence de la procédure civile, la procédure administrative est régie par le principe de la maxime d'office, selon lequel l'autorité établit les faits d'office et n'est pas limitée par les alléguées et les offres de preuve des parties (art. 12 PA ; 19 LPA). Il en découle que les règles sur la répartition du fardeau de la preuve ne sont en principe pas applicables⁶⁴. Ce principe n'est toutefois pas absolu, les parties étant tenues de collaborer à la constatation des faits (art. 22 LPA). Dans le cas où les preuves font défaut ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'art. 8 CC, selon laquelle il incombe à la partie qui déduit un droit de certains faits d'apporter la preuve de ces faits, est applicable par analogie⁶⁵.

C. La qualité pour agir des organisations (art. 7 LEg)

L'art. 7 al. 1 LEg confère, à certaines conditions, la qualité pour agir aux organisations dans les procédures en matière d'égalité. Cette prérogative concerne les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleuses et des travailleurs. En outre, il doit paraître vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de personnes. Lorsque ces conditions sont réunies, une organisation peut donc agir en son propre nom pour faire constater une discrimination. L'action en cessation de l'atteinte ainsi que les actions en indemnisation du préjudice ne sont, en revanche, pas ouvertes aux organisations ; en outre, l'ouverture d'une action par une organisation en vertu de l'art. 7 LEg n'interrompt pas la prescription du droit de la personne salariée elle-même à une rémunération non-discriminatoire⁶⁶.

Dans les rapports de travail de droit public, la procédure relative au droit d'action des organisations est régie par le droit cantonal en ce qui concerne les rapports de travail du personnel cantonal et communal et par le droit fédéral

⁶⁴ GRODECKI/JORDAN, art. 19 N 326.

⁶⁵ ATF 112 Ib 65, c. 3.

⁶⁶ ATF 138 II 1.

s'agissant des rapports de travail du personnel fédéral. Du fait de l'autonomie dont les cantons bénéficient en matière d'aménagement des rapports de travail de droit public et de procédure administrative, ils pourraient soumettre le droit d'action des organisations à des conditions plus larges que celles de l'art. 7 LEg ou reconnaître des droits allant au-delà de l'action en constatation de droit. Les cantons ne peuvent en revanche pas soumettre le droit d'action des organisations à des conditions plus strictes que celles prévues à l'art. 7 LEg⁶⁷.

Lorsque le contentieux judiciaire en matière de rapports de travail de droit public s'ouvre par voie de recours et non par voie d'action, l'organisation ayant la qualité pour agir au sens de l'art. 7 LEg est en droit d'obtenir de l'entité employeuse une décision en constatation de droit (art. 25 PA, art. 34 al. 1 LPers, art. 4A al. 1 let. c LPA) contre laquelle elle pourra recourir.

IV. Conclusion

Comme nous l'avons exposé dans cette contribution, l'application de la LEg dans les rapports de travail de droit public soulève des questions juridiques délicates, en raison notamment de sa systématique complexe et de la diversité des statuts du personnel des collectivités publiques, ainsi que des règles procédurales inhérentes à l'autonomie des collectivités publiques.

L'application et l'interprétation de la LEg devraient, en toutes circonstances, être guidées par le mandat donné au législateur à l'art. 8 al. 3 Cst., et par le but énoncé à l'art. 1 de la LEg, qui est de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes. Pour atteindre ce but, permettre une mise en œuvre efficace des droits prévus à l'art. 5 LEg et simplifier davantage l'accès à la justice, il serait à notre sens souhaitable d'unifier les règles de procédure et de confier le contentieux en matière d'égalité à des juridictions cantonales uniques, compétentes tant à l'égard des employeurs publics que des employeurs privés⁶⁸.

⁶⁷ Commentaire LEg-BRUCHEZ, art. 7 N 33.

⁶⁸ Il existe déjà une trace d'une volonté d'unification procédurale entre les secteurs privé et public à l'art. 200 al. 2 CPC, qui régit la composition de l'autorité de conciliation dans les litiges relevant de la LEg.

Par ailleurs, le rôle des organisations de défense des droits des personnes salariées pourrait être renforcé, notamment en élargissant leurs moyens d'action procéduraux, qui sont aujourd'hui limités à l'action en constatation de droit⁶⁹.

Enfin, une sensibilisation du public aux enjeux de l'égalité doit être une préoccupation constante des acteurs publics pour rendre l'égalité effective.

Bibliographie

ARIOLI KATHRIN/FURRER ISELI FELICITAS, L'application de la loi sur l'égalité dans les rapports de travail de droit public, Bâle 2000.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : Commentaire LEg-AUTEUR/AUTEURE).

FAVRE ANNE-CHRISTINE, Le droit à une décision, in : Bernard/Bellanger (édit.), Les grands principes de la procédure administrative, Genève 2023, 9 ss.

GRODECKI STÉPHANE/JORDAN ROMAIN, Code annoté de procédure administrative genevoise, Berne 2017.

JORDAN ROMAIN/GRODECKI STÉPHANE, Le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) : une voie redoutable souvent oubliée, Revue de l'avocat 10/18 (2018), 432 ss.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009 (cité : K GIG-AUTEUR/AUTEURE).

LEMPEN KARINE, L'effet de la loi fédérale sur l'égalité sur le droit de la fonction publique, in : Les réformes de la fonction publique, Tanquerel/Bellanger (édit.), Genève 2012, 83 ss.

⁶⁹ Les Chambres fédérales ont, pour le moment, refusé d'entrer en matière sur le projet de modification du CPC qui avait pour but de renforcer le droit d'action des organisations : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20210082> (consulté le 11 novembre 2025).

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (édit.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR/AUTEURE).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis, 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, Bâle 2016, 279 ss.

Das Gleichstellungsgesetz und die Diskriminierung von LGBTIQ-Personen

*Elisabeth Joller**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	262
II.	Benachteiligungen von LGBTIQ-Personen im Erwerbsleben	264
III.	Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten	267
A.	Die Problematik	267
B.	Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten im schweizerischen Verfassungs- und Gesetzesrecht	268
C.	Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten und das Gleichstellungsgesetz	271
IV.	Der Begriff des Geschlechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts	276
A.	Geschlecht als «biologischer Unterschied»	276
B.	Geschlecht als binäre Kategorie	277
C.	Geschlecht im Gleichstellungsgesetz: Sexuelle Orientierung nicht erfasst, Intergeschlechtlichkeit und Geschlechtsidentität schon?	280
V.	Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung und Intergeschlechtlichkeit als Diskriminierung «wegen des Geschlechts»	281
A.	Ein rechtsvergleichender Seitenblick in die USA: das Urteil Bostock vs. Clayton County	281
B.	Sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und Körpergeschlecht als Elemente von Geschlecht	284
VI.	Der Begriff des Geschlechts im Gleichstellungsgesetz	288
A.	Ein Blick zurück: entstehungsgeschichtliche Betrachtung	288
B.	Divergierende Meinungen in Rechtsprechung, Lehre und Politik	289
C.	Der Frau/Mann-Dualismus als ökonomisches Strukturprinzip	290

* Dr. iur., Rechtsanwältin, akademische Co-Leiterin des Nationalen Zentrums des Instituts für Föderalismus, Universität Freiburg.

D.	Die heteronormative Zweigeschlechtlichkeit als Statusordnung	293
E.	Für eine grundrechtskonforme Auslegung von Art. 3 GlG	293
F.	Die Auswirkungen eines offenen Geschlechtsbegriffs im Gleichstellungsgesetz	297
1.	Direkte Diskriminierung	297
2.	Indirekte Diskriminierung	298
3.	Sexuelle Belästigung	299
4.	Weitere Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes und in konnexen Erlassen	300
VII.	Fazit	302
	Literaturverzeichnis	303

I. Einleitung

In einem Leitentscheid aus dem Jahr 2019 entschied das Bundesgericht, dass die Nicht-Anstellung einer Person aufgrund der sexuellen Orientierung keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG¹) darstelle (BGE 145 II 153). Das Bundesgericht begründet dies mit der fehlenden Geschlechtsspezifität der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung : Da sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein können, stütze sich eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung nicht auf die Geschlechtszugehörigkeit. Als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GlG falle eine solche Diskriminierung nur in Betracht, wenn sie geeignet sei, ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts zu benachteiligen². Ob Diskriminierungen aufgrund von Intergeschlechtlichkeit oder der Geschlechtsidentität vom Gleichstellungsgesetz erfasst sind, liess das Bundesgericht dabei offen.

¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG ; SR 151.1).

² BGE 145 II 153, E. 4.5.

Auf politischer Ebene löste der Entscheid des Bundesgerichts die Motion 23.3238 «Gleichstellungsgesetz präzisieren» von Nationalrätin Melanie Mettler aus. Diese verlangt eine Präzisierung des Gleichstellungsgesetzes in dem Sinne, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht unter Berufung auf die Geschlechtsidentität oder die sexuelle Orientierung direkt oder indirekt benachteiligt werden dürfen. Der Nationalrat nahm die Motion am 14. Juni 2023 im Rahmen der ausserordentlichen Session zur Gleichstellung an. Sie ist zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Buchs in der zuständigen Kommission des Ständerats hängig.

Im vorliegenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, ob es mit den Zielsetzungen des Gleichstellungsgesetzes vereinbar ist, das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Art. 3 GlG auf Benachteiligungen im Zusammenhang mit nicht normativen Geschlechtsidentitäten, Geschlechtskörpern und sexuellen Orientierungen³ anzuwenden. Anhand von empirischen Studien werden zunächst einige Schlaglichter auf die Diskriminierungserfahrungen von LGBTIQ-Personen⁴ im Erwerbsleben geworfen. Anschliessend wird das Phänomen der rechtlichen Ungleichheit der Ungleichheiten beleuchtet, um die Relevanz der hier besprochenen Fragestellung in einem grösseren rechtlichen Kontext zu situieren. Sodann wird der Begriff des Geschlechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts analysiert. Anhand eines rechtsvergleichenden Seitenblicks in die USA und neueren Ansätzen in der feministischen Rechtswissenschaft wird in der Folge aufgezeigt, wie Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung und Intergeschlechtlichkeit rechtlich als Diskriminierung wegen des Geschlechts gefasst werden können. Schliesslich wird der Begriff des Geschlechts im Gleichstellungsgesetz analysiert und geprüft, ob ein offener Geschlechtsbegriff mit den Zielsetzungen des Gleichstellungsgesetzes vereinbar ist. Dabei wird auch auf die konkreten rechtlichen Auswirkungen eines offenen Geschlechtsbegriffs im Gleichstellungsgesetz eingegangen.

³ Diese Begrifflichkeit wurde von HOLZLEITHNER, *Oxford Handbook*, übernommen. Grundlegend BUTLER, die von intelligiblen und nicht intelligiblen Geschlechtsidentitäten spricht (siehe insb. 37 ff.).

⁴ Die aus dem englischen stammende Abkürzung LGBTIQ steht für lesbian, gay, bisexual, trans, inter und queer.

Die Analyse fokussiert auf das schweizerische Verfassungs- und Gesetzesrecht. Das internationale Recht wird nur am Rande thematisiert; diesbezüglich sei etwa auf den Ratschlag zu einem kantonalen Gleichstellungsgesetz zu Geschlecht und sexueller Orientierung des Regierungsrats Basel-Stadt verwiesen, wo sich eine Übersicht einiger bedeutender Entwicklungen der letzten Jahre findet⁵.

II. Benachteiligungen von LGBTIQ-Personen im Erwerbsleben

Die Bevölkerung in der Schweiz steht LGBTIQ-Personen und ihren Anliegen heute mehrheitlich offen und positiv gegenüber. Dies zeigen sowohl Studien⁶ als auch eidgenössische Abstimmungsergebnisse⁷. Dennoch sind LGBTIQ-Personen in der Schweiz im Alltag oft Diskriminierung und Gewalt

⁵ Regierungsrat Basel-Stadt, Ratschlag vom 25. Mai 2022 zu einem kantonalen Gleichstellungsgesetz zu Geschlecht und sexueller Orientierung sowie Bericht zum Anzug Nora Bertschi und Konsorten betreffend die Gleichstellung von Menschen unabhängig ihrer sexuellen Orientierung (17.5022), Geschäft Nr. 21.0829.01, 8 ff. Siehe zum Geschlechtsbegriff im internationalen Recht auch JOLLER, 351 f.; GIG-Komm-KAUFMANN, Art. 1 N 15. Zum Geschlechtsbegriff im EU-Recht, vgl. CANNOOT/GANTY, 42 ff.; LEMBKE, 49 ff.; KAPOTAS, 22, mit weiteren Hinweisen.

⁶ GFS.BERN, Hintergründe und Prävalenz von Queerfeindlichkeit in der Schweiz, Schlussbericht – Studie zur Betroffenheit von queerfeindlicher Gewalt und Diskriminierung sowie der Wahrnehmung von LGBTIQ+ in der Bevölkerung, November 2024 (<https://www.gfsbern.ch/de/news/hintergruende-und-praevalenz-von-queerfeindlichkeit-in-der-schweiz/>, zuletzt geprüft am 1. September 2025), 4 sowie *passim* (zit.: GFS.BERN).

⁷ Zu nennen sind die Ausweitung Diskriminierungsstrafnorm in Art. 261^{bis} des Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) auf die sexuelle Orientierung (Änderung vom 14. Dezember 2018 des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes – Diskriminierung Aufruf zu Hass aufgrund der sexuellen Orientierung (AS 2020 1609); angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2020), und die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare (Änderung vom 18. Dezember 2020 des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) – Ehre für alle (SR 210; AS 2021 747), angenommen in der Volksabstimmung vom 26. September 2021).

ausgesetzt⁸, wobei trans und intergeschlechtliche Menschen⁹ besonders betroffen sind¹⁰. Dies gilt auch für den Arbeitsplatz¹¹. Die Benachteiligung von queeren Menschen im Erwerbsleben wird international durch zahlreiche Forschungsarbeiten belegt. So zeigen experimentelle Studien, dass LGBTIQ-Personen in Bewerbungsverfahren deutlich weniger oft zu Gesprächen eingeladen werden oder ein Stellenangebot erhalten¹². Homo- und bisexuelle, trans und intergeschlechtliche Menschen sind häufig mit verächtlichen verbalen Äusserungen, Mobbing und Ausgrenzung konfrontiert¹³. Es lassen sich auch Einkommensunterschiede nachweisen: Untersuchungen aus verschiedenen Ländern kommen zum Ergebnis, dass schwule und bisexuelle Männer im Vergleich zu heterosexuellen Männern ein geringeres Einkommen aufweisen¹⁴, ein Phänomen, das in Anlehnung an den «*Gender Pay Gap*» als «*Sexuality Pay Gap*» bezeichnet wird¹⁵. Konsistent dazu ist der Befund, dass

⁸ GFS.BERN, 29 ff. sowie *passim*; HÄSSLER/EISNER, 12 f.; LGBTIQ HELPLINE, *passim*.

⁹ Trans Personen sind Personen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem Geschlecht übereinstimmt, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Trans Frauen sind Personen mit einer weiblichen Geschlechtsidentität, denen bei der Geburt das männliche Geschlecht zugewiesen wurde. Trans Männer sind Personen mit einer männlichen Geschlechtsidentität, denen bei der Geburt das weibliche Geschlecht zugewiesen wurde. Nicht-binäre Personen sind Personen, deren Geschlechtsidentität weder (ausschliesslich) weiblich noch (ausschliesslich) männlich ist. Auch sie werden hier zu den trans Personen gezählt. Personen, deren bei der Geburt zugewiesenes Geschlecht mit ihrem Identitätsgeschlecht übereinstimmt, werden als cis Personen bezeichnet (siehe zum Ganzen das Glossar des Transgender Network Switzerland TGNS unter: <https://www.tgns.ch/de/medien/medienguide>, abgerufen am 4. Juli 2025) (zit.: *Glossar TGNS*).

Trans bezieht sich demnach auf die Geschlechtsidentität. Demgegenüber betrifft Intergeschlechtlichkeit die körperlichen Geschlechtsmerkmale einer Person und hat per se nichts mit der Geschlechtsidentität zu tun. Intergeschlechtliche Menschen können – wie endogeschlechtliche Menschen – männlich, weiblich oder nicht-binär sein (siehe dazu die Informationen des Vereins intergeschlechtlicher Menschen Schweiz InterAction unter: <https://www.inter-action-suisse.ch/de/intergeschlechtlichkeit>, abgerufen am 4. Juli 2025).

¹⁰ GFS.BERN, 4.

¹¹ GFS.BERN, 29; PARINI/LOREN, 158 ff.; PARINI, *RIT* 2022, 447 f., 453 ff. (spezifisch betreffend die Diskriminierung von trans Personen am Arbeitsplatz).

¹² BADGETT/CARPENTER/SANSONE, 159.

¹³ PARINI, 7.

¹⁴ Für Übersichten siehe BADGETT/CARPENTER/SANSONE, 160; DRYDAKIS, 2, 11 ff.; He; GEIJTENBEEK/PLUG, 2; für Deutschland siehe KROH et al., 694.

¹⁵ KROH et al., 694.

homosexuelle Männer eine geringere Wahrscheinlichkeit aufweisen, eine hohe Führungsposition zu erreichen¹⁶. Demgegenüber weisen lesbische Frauen im Vergleich zu heterosexuellen Frauen tendenziell ein höheres Einkommen auf – sie verdienen allerdings immer noch deutlich weniger als heterosexuelle Männer¹⁷. Für die sogenannte «*Earnings Premium*» von lesbischen Frauen werden verschiedene Erklärungsansätze diskutiert¹⁸; ein naheliegender Grund ist der Umstand, dass lesbische Frauen aufgrund von rechtlichen Hürden und höheren Kosten für Mutterschaft etwas weniger häufig in Haushalten mit Kindern leben¹⁹, und somit ihre Einkommenssituation insgesamt weniger durch Betreuungspflichten gegenüber Kindern beeinflusst wird²⁰. In Bezug auf trans Personen zeigt die Forschung, dass trans Männer weniger als cis Männer und trans Frauen mehr als cis Frauen verdienen²¹. Ferner zeigt sich, dass trans Frauen nach ihrer Transition²² deutlich weniger verdienen als vor der Transition, wohingegen die Transition bei trans Männern keine signifikanten Auswirkungen auf das Einkommen hat²³. Diese ungleichen Auswirkungen der Transition werden in der Forschung damit erklärt, dass die «*Transition Penalty*» bei trans Männern durch Einkommensgewinne im Zusammenhang mit der männlichen Geschlechts-

¹⁶ AKSOY et al., 2; BADGETT/CARPENTER/SANSONE, 163; De VRIES/STEINMETZ, 864 f., je mit weiteren Hinweisen.

¹⁷ Siehe die Hinweise in Fn. 14.

¹⁸ GEIJTENBEEK/PLUG, 2; DRYDAKIS, 2.

¹⁹ So für die USA BADGETT/CARPENTER/SANSONE, 154.

²⁰ Die Geburt von Kindern kann zahlreiche Auswirkungen auf die Erwerbstätigkeit der Eltern haben, die mit einem geringeren Einkommen einhergehen, namentlich eine Reduktion des Beschäftigungsgrads sowie geringere zeitliche Flexibilität wegen der Betreuung der Kinder. Diese Effekte betreffen weit überwiegend Frauen (BUNDESAMT FÜR STATISTIK [BFS], Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht 2021, Neuenburg 2021, 26 ff., 45 [zit.: *BFS, Familien in der Schweiz*]).

²¹ GEIJTENBEEK/PLUG, 3.

²² Unter Transition wird hier der persönliche Weg vom bei der Geburt zugewiesenen zum passenden Geschlecht verstanden (vgl. die Begriffsdefinition im Glossar des Transgender Network Switzerland TGNS [Fn. 9]). In erster Linie ist die Transition ein sozialer Prozess (PARINI, *RIT* 2022, 448). Darüber hinaus kann die Transition administrative, rechtliche oder medizinische Elemente beinhalten (*Glossar TGNS*, a.a.O.). Die im Folgenden zitierten Studien verwenden teilweise Transitionsbegriffe, die mit diesem Verständnis nicht vollständig übereinstimmen (vgl. GEIJTENBEEK/PLUG, 4 f.).

²³ GEIJTENBEEK/PLUG, 3 f., 15 ff.

identität ausgeglichen, bei trans Frauen aber durch Einkommensverluste im Zusammenhang mit der weiblichen Geschlechtsidentität verstärkt wird – «*Gender-Effekte*» spielen also eine erhebliche Rolle²⁴.

Wenn man bedenkt, dass Lohnungleichheiten «das Sammelbecken der Benachteiligungen und Erschwernisse»²⁵ darstellen, denen benachteiligte Gruppen auf dem Arbeitsmarkt begegnen, stimmen diese Studienergebnisse bedenklich. Zugleich zeigt sich, dass die beobachteten Einkommenseffekte je nach Land und im Zeitverlauf stark variieren können²⁶. Studien zur Situation in der Schweiz sind daher nötig.

III. Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten

A. Die Problematik

Mit der rechtlichen Ungleichheit der Ungleichheiten²⁷ lässt sich das Phänomen bezeichnen, dass das Recht nicht alle Diskriminierungserfahrungen in gleicher Weise adressiert, sondern bei unterschiedlichen gleichheitsrechtlichen Gefährdungslagen²⁸ unterschiedlichen Schutz vermittelt²⁹. Teilweise sind Unterschiede in der rechtlichen Adressierung von Diskriminierung durch die Verschiedenheit von Diskriminierungserfahrungen gerechtfertigt: So äussert sich (struktureller und individueller) Rassismus anders als Ableismus, Menschen mit Behinderungen begegnen je nach Art ihrer Behinderung anderen Barrieren, Frauen machen in vielerlei Hinsicht nicht die gleichen Diskriminierungserfahrungen wie schwule Männer, usw. Dementsprechend können andere Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Gleichstellung gefordert sein, je nach dem, um welche gesellschaftliche

²⁴ GEIJTENBEEK/PLUG, 4, 15 ff.; vgl. auch PARINI, *RIT* 2022, 448 f.

²⁵ K GlG-KAUFMANN, N 16.

²⁶ DRYDAKIS, 3 ff.; BADGETT/CARPENTER/SANSONE, 162 f.

²⁷ Die Bezeichnung ist abgewandelt aus BAER, *Ungleichheit der Gleichheiten*.

²⁸ SACKSOFSKY, 309.

²⁹ Grundlegend zu dieser Problematik, die auch in anderen Rechtsordnungen besteht: BAER, *Ungleichheit der Gleichheiten*, *passim*.

Hierarchisierungspraxis³⁰ es geht. Dass ein Bedürfnis nach rechtlichem Schutz besteht, haben Menschen in unterschiedlichen gleichheitsrechtlichen Gefährdungslagen jedoch gemein; zudem bewirken unterschiedliche gesellschaftliche Hierarchisierungspraxen – bei aller Verschiedenheit – oftmals ähnliche individuelle Diskriminierungserfahrungen, zum Beispiel diskriminierende Ausschlüsse auf dem Arbeitsmarkt. Und schliesslich können unterschiedliche Diskriminierungsgründe miteinander interagieren und sind dann oftmals schwer voneinander abgrenzbar. Wenn aber das Recht unterschiedliche Diskriminierungserfahrungen ungleich behandelt, obschon ähnliche Schutzbedürfnisse bestehen, bewirkt dies eine problematische *Hierarchisierung von Ungleichheiten*³¹: Die eine Diskriminierungserfahrung wird durch das Recht adressiert, die andere ignoriert; die einen Betroffenen erhalten ein gewisses Mass an Schutz, die anderen bleiben schutzlos. Die rechtliche Bevorzugung oder Benachteiligung von Diskriminierungserfahrungen – und damit der Menschen, die diese Diskriminierungserfahrungen machen – kann selbst als Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung gewertet werden.

B. Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten im schweizerischen Verfassungs- und Gesetzesrecht

Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten ist in der Schweiz geltendes Recht und zeigt sich auf verschiedenen Regelungsebenen.³² Die Bundesverfassung (BV³³) enthält in Art. 8 Abs. 2 BV einen Katalog an «verpönten Merkmalen»³⁴, aufgrund derer nicht diskriminiert werden darf, darunter das Geschlecht. Der Katalog von Art. 8 Abs. 2 BV ist nicht

³⁰ Siehe dazu BAER, *Kategorienproblem*, Rz. 87 f. sowie *passim*.

³¹ BAER, *Ungleichheit der Gleichheiten*, *passim*; BAER, *Kategorienproblem*, Rz. 61 ff.

³² Siehe dazu auch JOLLER, 251 ff.

³³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³⁴ So die auf WALTER KÄLIN (S. 569) zurückgehende Terminologie des Bundesgerichts (siehe statt vieler BGE 149 I 248, E. 7.2, mit weiteren Hinweisen). In der Lehre wird teilweise auch von «sensiblen Merkmalen» gesprochen (BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 51 und 65 f.).

abschliessend³⁵. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot kann auch auf andere Diskriminierungserfahrungen als die in der Verfassung ausdrücklich genannten Anwendung finden; die Hürden werden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings hoch angesetzt³⁶. Eine erste rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten liegt demzufolge darin, dass gewisse Diskriminierungserfahrungen in der Verfassung ausdrücklich genannt und damit anerkannt sind, während Betroffene anderer Diskriminierungserfahrungen erst aufzeigen müssen, dass sie von Diskriminierung betroffen sind und der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots eröffnet ist – ein Unterfangen, mit dem Rechtsuchende vor Verwaltungsbehörden und Gerichten nicht selten scheitern³⁷.

Art. 8 Abs. 3 BV hebt sodann besonders hervor, dass «Mann und Frau» gleichberechtigt sind, wobei das Bundesgericht im Bereich von Art. 8 Abs. 3 BV einen anderen, wesentlich stärker auf die formalrechtliche Gleichbehandlung ausgerichteten Diskriminierungsbegriff verwendet als im Bereich von Art. 8 Abs. 2 BV³⁸. Art. 8 Abs. 3 BV trägt dem Gesetzgeber zudem auf, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Lebensbereichen zu sorgen³⁹. In Art. 8 Abs. 2 BV ist kein solcher ausdrücklicher Gleichstellungsauftrag enthalten. Das Bundesgericht⁴⁰ und ein Teil der Lehre⁴¹ schliessen daraus, das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV beinhalte kein Egalisierungsgebot im Sinne einer «umfassenden Pflicht zur Beseitigung von tatsächlichen Ungleichheiten und Benachteiligungen»⁴². Hinsichtlich der sexuellen Orientierung äusserte sich

³⁵ Statt vieler: KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1822.

³⁶ Siehe dazu JOLLER, 242 f.

³⁷ Siehe etwa BGE 135 I 49, E. 5; BGE 136 I 309, E. 4.2; BGer 1D_6/2018 vom 3. Mai 2019, E. 5.2 (Sozialhilfeabhängigkeit); BGer 1D_3/2014 vom 11. März 2015, E. 5.2 (Status als vorläufig aufgenommener Flüchtling).

³⁸ Ausführlich dazu JOLLER, 48 ff. sowie 242 ff., 362 ff.

³⁹ Siehe zur Tragweite dieses Gleichstellungsauftrags etwa KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1907 ff.

⁴⁰ BGE 134 II 249, E. 3.1; BGE 126 II 377, E. 6a.

⁴¹ BIAGGINI, Art. 8 N 18; HÄFELIN et al., Rz. 775.

⁴² BIAGGINI, Art. 8 N 18; ähnlich HÄFELIN et al., Rz. 775. Diese Lehrmeinungen lassen sich auf die historischen Materialien zurückführen: siehe die Voten René Rhinow (Berichterstatter der ständerätlichen Verfassungskommission), AB 1998 S 35 f.; Bundesrat Moritz Leuenberger, AB 1998 S 37; Jost Gross, AB 1998 N 661; Bundesrat

auch der Bundesrat gegen eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Beseitigung von Benachteiligungen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit⁴³. Dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV jeglichen objektiv-rechtlich-programmatischen Gehalt abzusprechen, vermag allerdings nicht zu überzeugen: Aus dem Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte in Art. 35 BV entfliesst die Pflicht des Staates, gesellschaftliche Strukturen der Ungleichheit generell zu bekämpfen⁴⁴.

Die auf verfassungsrechtlicher Ebene feststellbare rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten setzt sich auf einfachgesetzlicher Ebene fort. Es bestehen verschiedene zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Instrumente, die spezifisch zur Verhinderung und Bekämpfung von Diskriminierung geschaffen wurden. Deren Anwendungsbereich ist jedoch in der Regel⁴⁵ sowohl hinsichtlich der erfassten Diskriminierungsgründe wie auch hinsichtlich der erfassten Lebensbereiche und -vorgänge beschränkt: So verbietet das Gleichstellungsgesetz Diskriminierung «wegen des Geschlechts» im Erwerbsleben⁴⁶, das Bundesgesetz über die Beseitigung von

Arnold Koller, AB 1998 N 677. Das Bundesgericht pflegte in älteren Urteilen festzuhalten, das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV enthalte im Unterschied zu Art. 8 Abs. 3 BV «kein Egalisierungsgebot» (BGE 134 II 249, E. 3.1; BGE 126 II 377, E. 6a); in jüngeren Urteilen verneint das Bundesgericht – nuancierter – lediglich einen «individualrechtlichen, gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf, dass eine faktische Gleichheit hergestellt wird» (BGE 143 V 114 E. 5.3.2.1; BGE 141 I 9 E. 3.1). Siehe zu den subjektiv-rechtlichen und objektiv-programmatischen Dimensionen des Diskriminierungsverbots etwa BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 59, 91; differenzierend JOLLER, S. 375 f.

⁴³ BUNDESRAT, Botschaft vom 29. November 2002 zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (BBl 2003 1288), 1304, unter Hinweis auf ein Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Verfassungskommission René Rhinow (AB S 1998 36).

⁴⁴ In diesem Sinn etwa auch CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 103; PETERS, Rz. 91; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Abs. 2 N 70 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 91.

⁴⁵ Ein allgemeines Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsgesetz kennt der Kanton Genf (Loi générale du 23 mars 2023 sur l'égalité et la lutte contre les discriminations [LED ; RS GE A 2 90]).

⁴⁶ Kritisch zur Beschränkung des Anwendungsbereichs des GIG auf das Erwerbsleben etwa HOTZ, 5.

Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG⁴⁷) adressiert die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung vorab beim Zugang zu gewissen Bauten und Anlagen sowie zu öffentlich angebotenen Dienstleistungen⁴⁸, und das strafrechtliche Diskriminierungsverbot von Art. 261^{bis} StGB untersagt Formen der rassistischen Diskriminierung⁴⁹ und der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung⁵⁰. Ein umfassender gesetzlicher Schutz vor Diskriminierung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit besteht nicht.

C. Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten und das Gleichstellungsgesetz

Die rechtliche Ungleichheit der Ungleichheiten zeigt sich auch bei der rechtlichen Adressierung von Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität und Intergeschlechtlichkeit. In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass der Begriff des Geschlechts in Art. 8 Abs. 2 BV trans Identität und Intergeschlechtlichkeit erfasst⁵¹. Der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 BV hingegen wird in der Literatur

⁴⁷ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG; SR 151.3).

⁴⁸ Mit der laufenden Revision soll das BehiG um ein Verbot der Benachteiligung und einer Verpflichtung zu angemessenen Vorgehren in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ergänzt werden (siehe dazu Botschaft vom 20. Dezember 2024 zur Änderung des Behindertengleichstellungsgesetzes; BBl 2025 300, 16 ff.). Die Vorlage ist umstritten, weshalb sie von der zuständigen Kommission des Nationalrats in zwei Teile geteilt wurde (siehe die Pressemitteilung der WBK-N vom 15. August 2025 unter: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wbk-n-2025-08-15.aspx?lang=1031>, besucht am 1. September 2025).

⁴⁹ Dem Wortlaut nach verbietet Art. 261^{bis} StGB die Diskriminierung von Personen oder Personengruppen «wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion». Diese Begriffe können allesamt als hinweisgebend auf rassistische Diskriminierung verstanden werden (vgl. LIEBSCHER et al., 214 f.; zu problematischen Konzepten von Rasse und Ethnie dieselben, 207 ff.).

⁵⁰ Zu erwähnen ist überdies noch das Verbot der Diskriminierung wegen des Erbguts gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG; SR 810.12).

⁵¹ MALINVERNI et al., Rz. 1195; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Rz. 1832; MÜLLER/SCHEFER, 737; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 71 f.

überwiegend auf Frauen und Männer (in einem biologischen Sinn) beschränkt⁵². Zunehmend wird allerdings auch vertreten, der Anwendungsbereich des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 8 Abs. 2 BV) und derjenige der Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV) seien identisch⁵³. Die sexuelle Orientierung wird mit Blick auf die Überlegungen des historischen Verfassungsgebers⁵⁴ gemeinhin dem Begriff der Lebensform in Art. 8 Abs. 2 BV zugewiesen⁵⁵ oder aber als ungeschriebenes «verpöntes Merkmal» anerkannt⁵⁶. In der neueren Literatur wird dagegen auf die enge Verflechtung von binärer Geschlechterordnung und Heteronormativität hingewiesen und argumentiert, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts auch die sexuelle Orientierung umfasse⁵⁷.

Die Diskussion über die verfassungsrechtliche Zuordnung von Geschlechtsidentität, sexueller Orientierung und Intergeschlechtlichkeit ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat Reflexwirkungen auf den einfachgesetzlichen Diskriminierungsschutz und damit auf die Rechtsansprüche, die Diskriminierungsbetroffenen zustehen. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot richtet sich an den Staat; Private werden dadurch nur dann verpflichtet, wenn sie staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV).

⁵² So bei BIAGGINI, Art. 8 N 24; DUBEY, Rz. 3301; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1895 ff.; MALINVERNI et al., Rz. 1196; MÜLLER/SCHEFER, 737; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 Abs. 2 N 93; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 71a, 96. Dass Männer und Frauen in einem biologischen Sinne gemeint sind, wird dabei zumeist nicht spezifiziert. Gerade aus dieser fehlenden Spezifikation lassen sich aber Rückschlüsse auf das Verständnis von Geschlecht ziehen: Es handelt sich um ein Alltagsverständnis von Geschlecht als «natürliche» Eigenschaft (siehe dazu ADAMIETZ, 62 ff.). Anders nun BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 97a, der auf den amtlichen Geschlechtseintrag abstellt.

⁵³ So CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 76 ff., 113, und mit eingehender Begründung JOLLER, 356 ff.

⁵⁴ Siehe dazu FÄSSLER, 31 ff.

⁵⁵ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1838; MALINVERNI et al., Rz. 1210; MÜLLER/SCHEFER, 729; ZIEGLER/BUENO, Rz. 48.

⁵⁶ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 85; siehe auch WALDMANN, 609 f., 667 ff., 715 f.

⁵⁷ HOTZ, 11 ff.; CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 112; zustimmend dazu SGK BV-KÄGI DIENER, Art. 8 Abs. 3 N 168. Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive BÜCHLER/COTTIER, 409–516. In Bezug auf das GIG siehe K GIG-KAUFMANN, Art. 3 N 5–13; in der Voraufgabe auch bereits K GIG 2009-FREIVOGL, Art. 3 N 24; LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, 86. Siehe hierzu unten, Abschn. V.B.

Auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten ist das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot – mit Ausnahme des Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV – nicht direkt anwendbar; seine normative Kraft beschränkt sich dort auf die indirekte Horizontalwirkung⁵⁸. Zudem vermag das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot dort keinen Schutz zu bieten, wo staatliches Handeln der richterlichen Kontrolle durch Gesetz entzogen wird. Dies ist etwa in Art. 34 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes (BPG⁵⁹) der Fall: Diese Bestimmung sieht vor, dass abgewiesene Stellenbewerber*innen keinen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung haben⁶⁰, sodass gegen eine diskriminierende Nicht-Anstellung der Beschwerdeweg grundsätzlich nicht offensteht⁶¹.

In Bezug auf die Geschlechtsdiskriminierung werden diese Lücken ein Stück weit⁶² durch das Gleichstellungsgesetz gefüllt. Dieses verbietet die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben (Art. 3 und 4 GlG) und gilt sowohl für private wie für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (Art. 2 GlG). Es vermittelt den Betroffenen verschiedene Rechtsansprüche im Falle einer diskriminierenden Behandlung (Art. 5 GlG),

⁵⁸ Siehe dazu statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 190 ff.

⁵⁹ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BGP; SR 172.220.1).

⁶⁰ Art. 34 Abs. 3 BPG wurde im Zuge der Revision des BGP von 2013 (AS 2013 1493) eingefügt. Die Bestimmung war im Entwurf des Bundesrats noch nicht enthalten, sondern wurde aufgrund des Antrags einer Minderheit der staatspolitischen Kommission im Nationalrat angenommen (AB 2012 N 1446). Im Ständerat war ein entsprechender Antrag zunächst noch gescheitert, der Ständerat schloss sich in der Folge aber dem Beschluss des Nationalrats an (AB 2023 S 1036). Die Befürwortenden des Antrags argumentierten, dass kein Anspruch auf eine Stelle beim Bund bestehe und zur Vermeidung aufwendiger Beschwerdeverfahren der Rechtsweg ausgeschlossen werden solle. Die Gegnerschaft machte dagegen zu Recht geltend, dass zwar kein Anspruch auf eine Anstellung bestehe, sehr wohl jedoch ein Anspruch auf rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Behandlung im Bewerbungsverfahren. Die Vereinbarkeit von Art. 34 Abs. 3 BPG mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV war in der parlamentarischen Debatte kein Thema. Die Verfassungskonformität von Art. 34 Abs. 3 BPG erscheint fraglich, da Art. 29a BV einen Ausschluss der Rechtsweggarantie nur in begründeten Ausnahmefällen zulässt. Das Bundesgericht hat die Verfassungskonformität von Art. 34 Abs. 3 BV allerdings nicht in Frage gestellt (vgl. BGE 145 II 153, E. 1.3; BGer 8C_596/2017 vom 1. März 2018, E. 6.1, 8.3).

⁶¹ Allenfalls kann auf dem Weg der Staatshaftungsklage eine Entschädigung verlangt werden (vgl. BGer 8C_596/2017 vom 1. März 2018, E. 5.3.4, 9.2.2).

⁶² Siehe zu den Limitierungen des GlG etwa HOTZ, 4 ff.; LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, 82 ff.

namentlich auch bei einer Anstellungsdiskriminierung (Art. 5 Abs. 2, 8, 13 GlG)⁶³. Das Gleichstellungsgesetz sieht ausserdem eine Beweislast-erleichterung vor, die es Diskriminierungsbetroffenen erleichtert, ihre Ansprüche geltend zu machen (Art. 6 GlG)⁶⁴. Ferner enthält auch die Zivilprozessordnung verschiedene Sonderregeln für Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz; insbesondere werden in Verfahren nach dem Gleichstellungsgesetz keine Gerichtskosten erhoben (Art. 113 und 114 ZPO), es gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO) und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO)⁶⁵.

Ausserhalb des Anwendungsbereichs des Gleichstellungsgesetzes müssen sich Personen, die von Diskriminierung durch Subjekte des Privatrechts betroffen sind, mit unspezifischen Bestimmungen wie dem Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB), der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden (Art. 328 OR) oder dem Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 OR) behelfen⁶⁶. Allerdings hat sich in der Rechtsprechung noch keine gefestigte Praxis zu diesen Bestimmungen als Normen zum Schutz vor Diskriminierung entwickelt. Die betroffene Person trägt zudem die volle Beweislast für die erlittene Diskriminierung (Art. 8 ZGB) und, je nach Streitgegenstand und Streitwert, das volle Kostenrisiko. Die Anrufung dieser

⁶³ Ausserhalb des Anwendungsbereichs des GlG ist die Anfechtung einer diskriminierenden Nicht-Anstellung bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber auf dem Beschwerdeweg mit hohen Hürden verbunden (siehe dazu BGer 8C_596/2017 vom 1. März 2018) bzw. auf Bundesebene aufgrund von Art. 34 Abs. 3 BPG ausgeschlossen.

⁶⁴ Dem Wortlaut von Art. 6 GlG nach gilt die Beweislast-erleichterung bei der diskriminierenden Nicht-Anstellung und der sexuellen Belästigung nicht. In einem neuen Urteil hat das Bundesgericht Art. 6 GlG nun allerdings ausdrücklich auch auf die Anstellungsdiskriminierung zur Anwendung gebracht (BGer 1C_581/2024 vom 4. März 2025, E. 2.2). Es ist unklar, ob es sich dabei um eine Praxisänderung oder einen Lapsus des Bundesgerichts handelt (siehe die Kommentierung von ROSEMARIE WEIBEL im Newsletter Gender Law 2025#2).

⁶⁵ Sogenannte gemässigte (soziale) Untersuchungsmaxime; siehe dazu BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 3 ff.; NYDEGGER, 17 f.

⁶⁶ Siehe dazu etwa FÄSSLER, 211 f.; NAGUIB, *Diskriminierende Verweigerung*, 1005 ff.; PÄRLI, Rz. 1253 ff.

Normen ist daher für Betroffene von Diskriminierung mit grossen Unwägbarkeiten und einem hohen Prozess- und Kostenrisiko verbunden⁶⁷.

Im Bereich des Erwerbslebens sind Personen, deren Diskriminierungserfahrungen unter den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fallen, rechtlich somit bessergestellt als diejenigen Personen, die von anderen Diskriminierungserfahrungen betroffen sind⁶⁸. Der Anwendungsbereich des gleichstellungsrechtlichen Diskriminierungsverbots von Art. 3 GlG ist auf Diskriminierungen «aufgrund des Geschlechts» beschränkt. Von der Auslegung des Begriffs des Geschlechts hängt somit ab, welche Diskriminierungserfahrungen vom Diskriminierungsschutz des Gleichstellungsgesetzes erfasst sind.

⁶⁷ Siehe dazu auch KÄLIN/LOCHER, 97 f. sowie *passim*.

⁶⁸ Die Vorteile, die das GlG bietet, werden freilich dadurch relativiert, dass sich die Instrumente des GlG in der Praxis nicht immer bewähren. So zeigten Evaluationen der kantonalen Rechtsprechung zum GlG, dass die Beweislast erleichterung von Art. 6 GlG nicht immer greift, weil teilweise nicht zwischen dem reduzierten Beweismass von Art. 6 GlG und dem Vollbeweis unterschieden wird (LEMPEN/VOLODER, *Analyse*, 23; LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, 83 f.; vgl. auch HOTZ, 7 f.). Auch werden Lohnunterschiede oft durch Faktoren wie Dienstalter, Ausbildung, berufliche Anforderungen usw. gerechtfertigt, ohne dass hinreichend bedacht würde, dass es sich um eine indirekte Diskriminierung handeln könnte, die darin besteht, dass Erfahrungen, die sich aus weiblichen Lebensmustern ergeben, nicht berücksichtigt werden (BIGLER-EGGENBERGER, 77).

IV. Der Begriff des Geschlechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

A. Geschlecht als «biologischer Unterschied»

Das Bundesgericht hat sich bisher nur selten ausdrücklich mit dem Begriff des Geschlechts befasst. In der Rechtsprechung erscheint Geschlecht primär als «biologischer Unterschied», das heisst als natürliche Eigenschaft von Frauen und Männern. In der Rechtsordnung haben Frauen und Männer laut einer vielfach verwendeten Formulierung «als gleich zu gelten»⁶⁹; eine unterschiedliche Behandlung sei lediglich dann zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende «biologische oder funktionale Unterschiede» eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen⁷⁰. Was mit «funktionalen Unterschieden» gemeint ist, hat das Bundesgericht dabei nie spezifiziert⁷¹; praktisch relevant war bisher einzig der Rechtfertigungsgrund der «biologischen Unterschiede»⁷².

Als «biologischer Unterschied», den das Recht berücksichtigen darf, gilt in der Rechtsprechung typischerweise die Mutterschaft⁷³. Schwangerschaft

⁶⁹ BGE 116 V 198, E. II/2/a/bb; aus der jüngeren Rechtsprechung siehe etwa BGer 2C_405/2022 vom 17. Januar 2025 (zur Publikation vorgesehen), E. 8.2, mit weiteren Hinweisen.

⁷⁰ Grundlegend: BGE 108 Ia 22, E. 5a.

⁷¹ Das Bundesgericht hat lediglich klargestellt, dass gesellschaftliche Unterschiede, die auf traditionellen Rollenverständnissen von Mann und Frau beruhen, kein zulässiger rechtlicher Anknüpfungspunkt für geschlechtsbezogene Differenzierungen seien (BGE 116 V 198, E. II.2.a.cc; aus der neueren Rechtsprechung siehe BGE 140 I 305, E. 4, mit weiteren Hinweisen). Was stattdessen mit «funktionalen Unterschieden» gemeint sein könnte, hat das Bundesgericht dabei offen gelassen.

⁷² Siehe etwa Bundesgericht, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 10. Oktober 1986, in: ZBl 88 (1987), 306–314, 311 f.; BGer 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010, E. 7.1 f.

⁷³ So schon BGE 108 Ia 22, E. 5a (unter Hinweis auf die Materialien); vgl. auch etwa BGE 140 I 305, E. 8.1 und aus jüngster Zeit BGer 2C_405/2022 vom 17. Januar 2025 (zur Publikation vorgesehen), E. 8.2. Eine Legaldefinition von «Mutterschaft» findet sich in Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1): Mutterschaft umfasst demnach Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter. Ausgeblendet bleibt dabei die Stillzeit.

betrifft nach bisheriger Auffassung des Bundesgerichts nur Frauen⁷⁴; es handle sich um ein Kriterium, «das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann»⁷⁵. Die Prämisse, wonach nur Frauen schwanger werden und ein Kind gebären können, setzt voraus, dass Geschlecht rein biologisch über die Keimdrüsen und die Funktion bei der Fortpflanzung definiert wird. Dies widerspricht allerdings der heutigen Rechtslage. Für trans Personen ist eine Angleichung des amtlichen Geschlechts an ihr Identitätsgeschlecht seit 2022 auf bloße Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt möglich (Art. 30b Abs. 1 ZGB); bereits davor durfte für die Angleichung des amtlichen Geschlechts an die Geschlechtsidentität keine vorgängige Sterilisation verlangt werden⁷⁶. Dementsprechend können auch trans Männer Kinder gebären; denkbar waren zudem schon früher Schwangerschaften intergeschlechtlicher Personen mit männlichem Geschlechtseintrag⁷⁷. Rechtlich wird ein trans Mann, der ein Kind gebärt, allerdings automatisch zur «Mutter» – und nicht etwa zum «Vater»⁷⁸.

B. Geschlecht als binäre Kategorie

Aus den oben zitierten Formulierungen wird auch deutlich, dass das Bundesgericht in weiten Teilen der Rechtsprechung von der unhinterfragten

⁷⁴ BGE 146 V 210, E. 5.2.

⁷⁵ Vgl. BGE 145 II 153, E. 4.5.1. Im Bereich des Erwerbslebens darf eine Schwangerschaft deshalb nicht als Anknüpfungspunkt für eine Benachteiligung herangezogen werden; eine solche Benachteiligung gilt als direkte Diskriminierung wegen des Geschlechts (vgl. K. GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 20, 43 ff.). Ganz anders die Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot: Dort argumentiert das Bundesgericht teilweise, die Geschlechtergleichheit sei bei rechtlichen Regelungen zur Mutterschaft von vornherein nicht betroffen, da sich bei Männern kein vergleichbarer Sachverhalt verwirklichen könne (BGE 144 V 184, E. 5.2; BGE 146 V 378, E. 4.3; siehe aber BGE 140 I 305, E. 8.1, 8.2).

⁷⁶ Das Erfordernis der Sterilisation als Voraussetzung für die Angleichung des amtlichen Geschlechts an die Geschlechtsidentität hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als Verletzung von Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) qualifiziert (EGMR vom 6. April 2017, Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13, *A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich*, § 135).

⁷⁷ ROSENTHAL, Fn. 11.

⁷⁸ Siehe dazu SCHNYDER/CAPPAUL, 206 ff.

Annahme ausgeht, dass zwei (und nur zwei) Geschlechter bestehen. Geschlecht wird in der Regel ohne Weiteres als gleichbedeutend mit den binären Geschlechtskategorien Frau und Mann verwendet. Ein direkter Geschlechtsbezug wird dementsprechend dann bejaht, wenn an ein Kriterium angeknüpft wird, das nur «von einem der *beiden* Geschlechter» erfüllt werden kann.

Mit der Tatsache, dass die binären Geschlechtskategorien Frau und Mann schon in biologischer Hinsicht nicht eindeutig abgrenzbar sind, sah sich das Bundesgericht im Fall der südafrikanischen Athletin Caster Semenya⁷⁹ konfrontiert (BGE 147 III 49)⁸⁰. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil aus, jede binäre Unterscheidung zwischen Männern und Frauen führe notwendigerweise zu gewissen Klassifikationsschwierigkeiten; sie sei mit der Notwendigkeit verbunden, Unterscheidungskriterien und Grenzwerte festzulegen⁸¹. Die vom Bundesgericht ansonsten als selbstverständlich vorausgesetzte natürliche Zweigeschlechtlichkeit wurde hier also zum Definitionsproblem, das schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft⁸².

Nicht um die körperlichen Geschlechtsmerkmale, sondern um die Geschlechtsidentität ging es in BGE 150 III 34. In Streit stand die Frage, ob die in Deutschland erfolgte Streichung des Geschlechtseintrags der beschwerdegegnerischen Person A.B. (Geschlechtseintrag in Deutschland: «leer») in der Schweiz anerkannt werden konnte. Das Bundesgericht verneinte dies⁸³ mit der Begründung, dass die Streichung des Geschlechtseintrags mit

⁷⁹ Caster Semenya ist eine Frau mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung, eine, wie sie selber sagt, «*different kind of woman*» (CASTER SEMENYA, Running in a Body That's My Own, The New York Times, 21. Oktober 2023, <https://www.nytimes.com/2023/10/21/opinion/running-body-semenya.html>, besucht am 22. Juli 2025).

⁸⁰ Siehe dazu auch EGMR vom 10. Juli 2025, Nr. 10934/21, *Semenya gegen die Schweiz*, § 194 f. Für einen raschen Überblick über den Fall siehe die Zusammenfassung der SMRI unter : <https://www.isdh.ch/de/infportal/menschenrechte-im-ueberblick/alle-egmr-urteile-betreffend-die-schweiz/egmr-semenya-gegen-die-schweiz-2025> (besucht am 22. Juli 2025).

⁸¹ BGE 147 III 49, E. 9.8.3.3 (auf S. 61).

⁸² JOLLER, 318.

⁸³ Anders noch OGer AG, Entscheid vom 29. März 2021, veröffentlicht in FamPra 4/2021, 763 ff.; siehe dazu LOACKER/CAPAU, 771 ff.

Art. 40 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG⁸⁴) nicht vereinbar sei, weil sie gegen die schweizerischen Grundsätze der Registerführung verstosse⁸⁵. Für das Bundesgericht ist die Dualität der Angaben zum Geschlecht im Personenstandsregister «für die rechtliche Organisation notwendig» und stellt gar «deren grundlegendes Element» dar⁸⁶ – eine ziemlich gewagte Aussage angesichts des Umstands, dass das amtliche Geschlecht in der Schweiz rechtlich kaum noch eine Rolle spielt⁸⁷.

⁸⁴ Bundesgesetz vom 18. Dezember 19817 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

⁸⁵ Das Bundesgericht misst dabei der Botschaft des Bundesrats vom 6. Dezember 2019 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs betreffend die Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (BB1 2020 799) grosses Gewicht bei. Dass ein leerer Geschlechtseintrag oder die Eintragung eines anderen Geschlechts als der der binären Optionen weiblich/männlich gegen die schweizerischen Grundsätze über die Registerführung verstösst, ergab sich zum Zeitpunkt des Urteils weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV; SR 211.112.2). In der Lehre wird die Möglichkeit der Nachbeurkundung eines im Ausland gültig erfolgten Eintrages eines dritten Geschlechts oder einer Nichtangabe des Geschlechts denn auch bejaht (so etwa von LOACKER/CAPPAUL, 771 ff.; siehe auch die weiteren Literaturhinweise in BGE 150 III 34, E. 3.3.2). Inzwischen wurde Art. 8 lit. b ZStV vom Bundesrat dahingehend angepasst, dass ausdrücklich nur die Kategorien weiblich und männlich zur Verfügung stehen. Bedauerlicherweise hat es das Bundesgericht unterlassen, die Frage der Zulässigkeit der Anerkennung der ausländischen Streichung des Geschlechtseintrags auch unter dem Aspekt einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 40 IPRG zu prüfen (kritisch zum Urteil auch etwa BUCHER, 647 ff.; siehe insb. 648 ff. zur registerrechtlichen Einordnung des Falls).

⁸⁶ BGE 150 III 34, E. 3.6.5.

⁸⁷ Als rechtliche Hindernisse für eine «dritte Option» beim Geschlechtseintrag im Zivilstandsregister werden insbesondere die verfassungsrechtlichen Regelungen der Militär- und Zivilschutzpflicht in Art. 59 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 3 BV genannt (kritisch dazu JOLLER, 347 ff.). Nur noch punktuell von Belang ist das amtliche Geschlecht im Familienrecht: Zwar regelt das ZGB die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter und zum zweiten Elternteil unterschiedlich (Art. 252 ff. ZGB). Allerdings ist der Rechtsbegriff der Mutter nicht an das amtliche Geschlecht, sondern an den Geburtsvorgang geknüpft: Auch ein trans Mann, der ein Kind gebärt, wird rechtlich automatisch zur Mutter. Eine direkte Rolle spielt das amtliche Geschlecht hingegen bei der Entstehung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil: Während die Vaterschaft des Ehemannes vermutet wird, ganz egal, auf welchem Weg das Kind entstanden ist, gilt die Ehefrau der gebärenden Person nur dann als der andere Elternteil, wenn das Kind nach den Bestimmungen des Bundesgesetz vom 16. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG; SR 810.11) durch eine Samenspende gezeugt wurde

C. Geschlecht im Gleichstellungsgesetz: Sexuelle Orientierung nicht erfasst, Intergeschlechtlichkeit und Geschlechtsidentität schon?

Im eingangs erwähnten BGE 145 II 153 setzte sich das Bundesgericht erstmals im Kontext des Gleichstellungsgesetzes ausführlich mit dem Begriff des Geschlechts auseinander. Das Bundesgericht hatte die Frage zu beurteilen, ob die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 GlG darstellt. Dies verneint das Bundesgericht. Das Gleichstellungsgesetz bezwecke die tatsächliche Gleichstellung «von Frau und Mann»⁸⁸. Im Falle einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung fehle es an der erforderlichen «Geschlechtsspezifität», da «sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein könnten»⁸⁹. Eine direkte Diskriminierung liege nicht vor, da nicht an die Geschlechtszugehörigkeit oder an ein Kriterium angeknüpft werde, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden könne⁹⁰. Ebenso wenig handle es sich um eine indirekte Diskriminierung wegen des Geschlechts. Eine solche falle nur in Betracht, wenn die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts benachteilige, was nicht geltend gemacht worden sei⁹¹. Das Bundesgericht setzt sich zwar mit den Lehrmeinungen auseinander, die auf die mit dem Geschlecht verknüpfte Erwartung der Heterosexualität hinweisen und Diskriminierungen wegen nicht geschlechtsrollenkonformen Verhaltens als Geschlechtsdiskriminierung betrachten; es qualifiziert diese Auffassungen allerdings als nicht überzeugend⁹².

(Art. 255a ZGB). Die Einführung einer «dritten Option» würde allerdings nicht zu unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser – antidiskriminierungsrechtlich ohnehin problematischen – Bestimmungen führen.

⁸⁸ BGE 145 II 153, E. 4.5.1.

⁸⁹ BGE 145 II 153, E. 4.4.2, 4.5.1. Das Bundesgericht stützt sich dabei auf die Meinung von UEBERSCHLAG, *Diss.*, Rz. 37, 53.

⁹⁰ BGE 145 II 53, E. 4.5.1.

⁹¹ BGE 145 II 53, E. 4.5.2.

⁹² BGE 145 II 53, E. 4.4.1, 4.5.1.

Die Geschlechtsidentität und Intergeschlechtlichkeit werden in BGE 145 II 153 ebenfalls erwähnt⁹³. Das Bundesgericht lässt – ohne diese Frage ausdrücklich zu klären – durchblicken, dass Diskriminierungen von trans und intergeschlechtlichen Menschen wegen ihrer Geschlechtsidentität bzw. ihrer körperlichen Geschlechtsmerkmale als Diskriminierungen «wegen des Geschlechts» zu sehen seien. Durch den Einbezug von trans und intergeschlechtlichen Menschen werden indessen die Engführungen und Inkohärenzen des herkömmlichen Verständnisses dessen deutlich, wann eine benachteiligende Handlung einen Geschlechtsbezug aufweist: Wird «Geschlechtsspezifität» in dem Sinne vorausgesetzt, dass ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen «eines der beiden Geschlechter» benachteiligt werden, so fällt eine Geschlechtsdiskriminierung bei Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität und Intergeschlechtlichkeit genauso wenig in Betracht wie bei Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung. Genau wie Homosexualität kann trans Identität und Intergeschlechtlichkeit nämlich Männer, Frauen und nicht binäre Personen betreffen⁹⁴.

V. Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung und Intergeschlechtlichkeit als Diskriminierung «wegen des Geschlechts»

A. Ein rechtsvergleichender Seitenblick in die USA: das Urteil *Bostock vs. Clayton County*

Dass es selbst bei einem verengenden Verständnis von Geschlecht als biologische Eigenschaft möglich ist, Diskriminierung «wegen der sexuellen Orientierung» als Diskriminierung «wegen des Geschlechts» zu fassen, zeigt

⁹³ BGE 145 II 53, E. 4.3.6. Das Bundesgericht verwendet «Geschlechtsidentität» dabei als Oberbegriff für Intergeschlechtlichkeit und trans Identität. Dies ist nicht korrekt (siehe Fn. 9).

⁹⁴ Eingehend JOLLER, 314 f.

die Argumentation des US Supreme Court in *Bostock v. Clayton County*⁹⁵. Für Richter Neil Gorsuch, der die Mehrheitsmeinung des Gerichts verfasste, war der Fall klar: «*Today, we must decide whether an employer can fire someone simply for being homosexual or transgender. The answer is clear. An employer who fires an individual for being homosexual or transgender fires that person for traits or actions it would not have questioned in members of a different sex. Sex plays a necessary and undisguisable role in the decision*»⁹⁶.

Dabei stellte Richter Gorsuch das herkömmliche Verständnis von Geschlecht nicht in Frage; seine Argumentation war vielmehr einer originalistischen und textualistischen Gesetzesauslegung verpflichtet. Dem englischen Begriff «sex» in Title VII des US-amerikanischen Civil Rights Acts mass er die folgende Bedeutung bei: «‘sex’ [...] referred to ‘status as either male or female [as] determined by reproductive biology’»⁹⁷.

Ausschlaggebend sei die Frage, ob das so verstandene Geschlecht eine notwendige Ursache («*but-for cause*») der nachteiligen Behandlung sei. Dies wurde von Richter Gorsuch bejaht: «*An individual’s homosexuality or transgender status is not relevant to employment decisions. That’s because it is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex. Consider, for example, an employer with two employees, both of whom are attracted to men. The two individuals are, to the employer’s mind, materially identical in all respects, except that one is a man and the other a woman. If the employer fires the male employee for no reason other than the fact he is attracted to men, the employer discriminates against him for traits or actions it tolerates in his female colleague. Put differently, the employer intentionally*

⁹⁵ *Bostock vs. Clayton County*, 590 U.S. (2020); Urteil des US Supreme Court vom 15. Juni 2020 (zit.: *Bostock vs. Clayton County*). Das Urteil betraf auch die Fälle *Altitude Express, Inc. vs. Zarda* und *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc. vs. Equal Employment Opportunity Commission*. Im letzteren ging es um eine Diskriminierung aufgrund der trans Identität der Beschwerdeführerin. Das Gericht argumentierte dabei analog wie bei der sexuellen Orientierung.

⁹⁶ *Bostock vs. Clayton County*, Opinion of the Court (Gorsuch), Einleitung.

⁹⁷ *Bostock vs. Clayton County*, Opinion of the Court (Gorsuch), Abschnitt II.A.

singles out an employee to fire based in part on the employee's sex, and the affected employee's sex is a but-for cause of his discharge»⁹⁸.

Dass es keine Rolle spielen kann, ob Frauen und Männer von diskriminierenden Praxen zum Nachteil von homosexuellen oder trans Menschen unterschiedlich betroffen sind, machte Richter Gorsuch anhand eines einleuchtenden Beispiels deutlich: «*Nor is it a defense for an employer to say it discriminates against both men and women because of sex. [...] So an employer who fires a woman, Hannah, because she is insufficiently feminine and also fires a man, Bob, for being insufficiently masculine may treat men and women as groups more or less equally. But in both cases the employer fires an individual in part because of sex*»⁹⁹.

Ebenso wenig überzeugte Richter Gorsuch das Argument, dass Geschlecht und sexuelle Orientierung zwei unterschiedliche Konzepte seien. Unter Rückgriff (unter anderem) auf einen Diskriminierungsfall im Zusammenhang mit Mutterschaft zeigte Gorsuch auf, dass eine nachteilige Behandlung im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung dennoch eine Diskriminierung «wegen des Geschlechts» beinhaltet: «*In Phillips v. Martin Marietta Corp. [...], a company allegedly refused to hire women with young children, but did hire men with children the same age. [...]. In Phillips, the employer could have accurately spoken of its policy as one based on 'motherhood'. In much the same way, today's employers might describe their actions as motivated by their employees' homosexuality or transgender status. But just as labels and additional intentions or motivations didn't make a difference in [...] Phillips, they cannot make a difference here. When an employer fires an employee for being homosexual or transgender, it necessarily and intentionally discriminates against that individual in part because of sex*»¹⁰⁰.

Anders als die Argumentation des Bundesgerichts in BGE 145 II 153 ist die Argumentation des Supreme Court in sich logisch und stringent: Sowohl die Benachteiligung von Arbeitnehmenden wegen ihrer sexuellen Orientierung als auch diejenige wegen trans Identität verstossen gegen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung, weil eine solche Benachteiligung notwendiger-

⁹⁸ *Bostock vs. Clayton County*, Opinion of the Court (Gorsuch), Abschnitt II.B.

⁹⁹ *Bostock vs. Clayton County*, Opinion of the Court (Gorsuch), Abschnitt II.A.

¹⁰⁰ *Bostock vs. Clayton County*, Opinion of the Court (Gorsuch), Abschnitt II.C.

weise an das Geschlecht der betroffenen Person anknüpft. Dennoch greifen die Erwägungen zu kurz: Sie beschränken die Bedeutung von Geschlecht auf eine (vermeintlich klare) biologische Kategorisierung und lassen die gesellschaftliche Konstruiertheit der Geschlechterdifferenz ausser Acht. Die Geschlechterdifferenz wird mit anderen Worten naturalisiert und damit ihrer kulturellen Bedingtheit und historischen Gewordenheit entzogen¹⁰¹. Dies wiederum trägt dazu bei, die mit den Geschlechtskategorien verbundenen Zuschreibungen und Erwartungen zu perpetuieren und geschlechtliche Hierarchien zu stützen.

B. Sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und Körpergeschlecht als Elemente von Geschlecht

Die Geschlechterforschung hat die «Annahme einer historisch und geografisch konstanten, biologisch eindeutigen Zweigeschlechtlichkeit»¹⁰² brüchig werden lassen¹⁰³. Die historische Rekonstruktion zeigt die kulturelle Bedingtheit und geschichtliche Gewordenheit von Geschlechterkonzepten auf und führt damit deren Kontingenz und Veränderbarkeit vor Augen¹⁰⁴. Geschlecht wird heute vornehmlich als soziale Konstruktion begriffen, die durch alltägliche zwischenmenschliche Interaktionen (*doing gender*) bzw. diskursiv durch die Anrufung von Geschlechternormen hergestellt wird¹⁰⁵. Auch in der rechtswissenschaftlichen Geschlechterforschung wird der Begriff des Geschlechts zunehmend geöffnet und von biologischen Bezügen gelöst¹⁰⁶.

¹⁰¹ Vgl. KUSTER, 4.

¹⁰² ADAMIETZ, 84.

¹⁰³ Siehe dazu etwa ADAMIETZ, 69 ff.; LEMBKE, 47 f.

¹⁰⁴ KUSTER, 4.

¹⁰⁵ Zu den unterschiedlichen Erklärungsansätzen über die Art und Weise der sozialen Konstruktion der Geschlechter siehe ADAMIETZ, 85 ff.; vgl. auch KUSTER, 9.

¹⁰⁶ Vgl. BÜCHLER/COTTIER, 409 ff.; HOTZ, 11; GlG- Komm.-KAUFMANN, Art. 3 N 12; LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, 87; ROSENTHAL, 13; SATTIVA SPRING, 11; STEFFANINI, 190; Komm. CEDAW-WYTENBACH, Art. 5, Allgemein, N 16. Aus der deutschen und österreichischen Lehre siehe etwa ADAMIETZ, 250 ff.; BAER, *Sexuelle Selbstbestimmung*, 91, 110 ff.; ELSUNI, 39 ff.; CHEBOUT, *passim*; HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis*, 459 sowie *passim*; HOLZLEITHNER, *Intersektionale Diskriminierung*, Rz. 84; LEMBKE, 48 f.; LIEBSCHER et al., 206 f.

Postkategoriale Ansätze¹⁰⁷ sehen Geschlecht weniger als biologische Gegebenheit denn als hinweisgebend auf vielfältige gesellschaftliche Prozesse der Hierarchisierung¹⁰⁸. Dies beruht auf einer Analyse der Geschlechterverhältnisse als vielgestaltige gesellschaftliche Machtverhältnisse¹⁰⁹, wodurch nicht nur die hierarchische Struktur des Mann/Frau-Dualismus¹¹⁰ herausgearbeitet wird, sondern auch die konstitutive Verwobenheit dieser binären Oppositionierung mit einem System von Geschlechternormen¹¹¹, in dessen Rahmen vielfältige Erwartungen¹¹² gestellt werden und infolgedessen Anerkennung¹¹³ für die individuelle geschlechtliche Existenzweise¹¹⁴ erteilt oder auch versagt wird. Ferner ermöglicht die machtanalytische Perspektive mit der Kategorie der hegemonialen Männlichkeit¹¹⁵ eine «Binnen-differenzierung von Maskulinität»¹¹⁶ und setzt Geschlecht in Bezug zu weiteren Kategorisierungen (wie etwa Rasse, Klasse und Behinderung)¹¹⁷.

Anders als es der Gesetzgeber bei Erlass des Gleichstellungsgesetzes und auch das Bundesgericht in weiten Teilen der Rechtsprechung unhinterfragt voraussetzt(e), sind «Geschlecht» sowie «Frau und Mann» somit keine eindeutigen, aus der Natur der Menschen sich selbsterklärende Begriffe. Mehr noch: Die Geschlechterforschung hat gezeigt, dass die Naturalisierung von geschlechtlicher Differenz selbst einen Mechanismus zur Etablierung und

¹⁰⁷ Siehe dazu etwa BAER, *Kategorienproblem*; LEMBKE/LIEBSCHER, 261 ff.; NAGUIB, *Postkategoriale Gleichheit*, 179 ff. Vgl. auch JOLLER, 245 ff.

¹⁰⁸ BAER, *Kategorienproblem*, Rz. 87. Grundlegend zu Geschlechtsdiskriminierung als Hierarchisierung BAER, *Würde oder Gleichheit*, 221 ff. Anschaulich auch etwa LEMBKE, 48 f.

¹⁰⁹ KUSTER, 4.

¹¹⁰ Vgl. dazu BAER, *Würde oder Gleichheit*, 208 f., 235 ff.

¹¹¹ HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis* (459) spricht von einem «Normengeflecht»; grundlegend dafür BUTLER, 21 und dazugehörige Anmerkung 6, 37 ff. sowie *passim*.

¹¹² Begriffsprägend ADAMIETZ.

¹¹³ Siehe dazu HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis*, 459 sowie *passim*. Vgl. auch FRASER, 30 f.

¹¹⁴ Titelgebend bei MAIHOFFER.

¹¹⁵ Grundlegend CONNELL; siehe dazu auch SCHOLZ, 419 ff.

¹¹⁶ KUSTER, 9.

¹¹⁷ Die Vielschichtigkeit der Machtverhältnisse und die daraus sich ergebenden Diskriminierungserfahrungen «an der Kreuzung» unterschiedlicher Diskriminierungsgründe werden mit dem Konzept der Intersektionalität adressiert (siehe dazu CRENSHAW, *passim*; HOLZLEITHNER, *Intersektionale Diskriminierung*, *passim*).

Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Machtstrukturen darstellt¹¹⁸. Die «Natur» der Geschlechter bleibt unhinterfragt, womit sich auch die damit verbundenen hierarchisierenden Zuschreibungen¹¹⁹ zäh halten. Die Beibehaltung eines biologistischen¹²⁰, ontologisierenden Geschlechtsbegriffs im Antidiskriminierungsrecht und die damit verbundene Negierung oder Vernachlässigung von gesellschaftlichen Konstruktionsprozessen – über die sich die Bedeutung und Funktionsweise von Geschlecht in der Gesellschaft erst verstehen lässt – trägt damit dazu bei, die Benachteiligungen, die eigentlich bekämpft werden sollen, aufrechtzuerhalten.

Es bestehen somit gute Gründe, die Kategorie Geschlecht im Recht aus biologistischen Engführungen zu lösen und sie aus einer konstruktivistischen und machtanalytischen Perspektive zu begreifen¹²¹. Damit öffnet sich der Blick nicht allein für die hierarchische Struktur des Frau/Mann-Dualismus, sondern auch für die normativen Grundannahmen, die für die zweigeschlechtliche Ordnung konstitutiv sind¹²²: dass sich nämlich zwei (und nur zwei) natürliche, sich fundamental unterscheidende und komplementär beschaffene Geschlechter gegenüberstehen, und dass folglich zwischen anatomisch-physiologischem Geschlechtskörper, der Geschlechtsidentität und geschlechtlichem Begehren ein untrennbarer Zusammenhang besteht¹²³. Der Blick richtet sich mit anderen Worten auf *Sexismus* als gesellschaftliches

¹¹⁸ BUBLITZ, 369 ff.; zur Historizität des Geschlechtskörpers MAIHOFFER, 21 ff.

¹¹⁹ Im Diskurs der Geschlechterdifferenz lässt sich eine schier unendliche Kette binärer, «männlich-weiblich» konnotierter Oppositionierungen ausmachen. Männer sind demnach unter anderem aktiv, autonom, rational und repräsentieren Kultur; Frauen hingegen sind passiv, beziehungsorientiert, gefühlsbetont und repräsentieren Natur. Die Oppositionierungen sind dabei nicht neutral gefasst, sondern drücken eine unterschiedliche Wertigkeit aus (vgl. MAIHOFFER, 100 f.).

¹²⁰ Das Adjektiv «biologistisch» deutet hier auf einen scheinbar wissenschaftlichen (weil in der Biologie fundierten) Geschlechtsbegriff, der aber grundlegende Erkenntnisse der interdisziplinären Geschlechterforschung ausser Acht lässt und daher in Tat und Wahrheit *unwissenschaftlich* ist (vgl. ADAMIETZ, 249; siehe zur Bezeichnung als «biologistisch» auch ROSENTHAL, 7).

¹²¹ Siehe zu den zahlreichen Fallstricken kategorialer Ansätze im Antidiskriminierungsrecht BAER, *Kategorienproblem*, Rz. 38 ff.

¹²² Vgl. BUBLITZ, 370.

¹²³ BUTLER hat für dieses Raster den Begriff der «heterosexuellen Matrix» geprägt (siehe S. 21 und dazugehörige Anmerkung 6).

System der Dominanz und Unterdrückung¹²⁴, dessen hierarchisierende Dynamik in zweifacher Weise wirkt: Einerseits durch die Sexualisierung und Abwertung des Weiblichen in der binären Oppositionierung von «weiblich» und «männlich»; andererseits durch an die Geschlechtskategorien geknüpften Erwartungen und die Missachtung und den Ausschluss all jener, die diesen Erwartungen nicht entsprechen.

Der Fokus des Rechts zur Gleichstellung der Geschlechter sollte demnach nicht auf (biologischen) Unterschieden zwischen Menschen liegen, sondern auf geschlechtlichen Hierarchien, ungleichen Machtverhältnissen und der ungleichen Verteilung von Anerkennung und Ressourcen. Wie ULRIKE LEMBKE treffend formuliert, ist Intergeschlechtlichkeit in einer Gesellschaft, in der der Glaube an zwei eindeutige biologische Geschlechter stark verankert ist, kein «Unterschied», sondern ein schwerwiegender Nachteil. Das gleiche gilt für trans Personen, die mit starken Erwartungen an ein stabiles Geburtsgeschlecht und konformes Verhalten konfrontiert sind, ebenso wie für gleichgeschlechtliche Liebe und Beziehungen in einem heteronormativen Umfeld¹²⁵.

Wie Geschlecht aus einer konstruktivistischen und machtanalytischen Perspektive rechtlich thematisiert werden könnte, hat die deutsche Rechtswissenschaftlerin SUSANNE BAER folgendermassen formuliert: «als Aktualisierung hierarchischer Geschlechterverhältnisse mit ganz konkreten Folgen», «einschliesslich der Problematik der Körper, der sexualisierenden Praxen und der Heteronormativität»¹²⁶. Sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität und Körpergeschlecht erscheinen dann als «Elemente einer geschlechtlichen Existenz»¹²⁷, die in ein System von hierarchisierenden Geschlechternormen eingebettet sind und durch diese konstituiert werden. Geschlecht als Rechtsbegriff verweist auf alle diese Elemente. Ein Geschlechtsbezug ist dann gegeben, wenn eine nachteilige Behandlung hierarchische Geschlechterverhältnisse aktualisiert und (re-)produziert.

¹²⁴ Siehe dazu JOLLER, 271 ff.

¹²⁵ Zum Ganzen: LEMBKE, 48.

¹²⁶ BAER, *Kategorienproblem*, Rz. 91.

¹²⁷ KUSTER, 8; vgl. auch HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis*, 459.

VI. Der Begriff des Geschlechts im Gleichstellungsgesetz

A. Ein Blick zurück: entstehungsgeschichtliche Betrachtung

«Wie jedes Gesetz ist auch das GlG ein Gesetz seiner Zeit»¹²⁸. Dies zeigt sich nicht zuletzt am Verständnis von Geschlecht, das in der Botschaft und in der parlamentarischen Beratung des Gleichstellungsgesetzes zum Ausdruck kommt: Während Geschlecht heute Gegenstand heftiger gesellschaftlicher Kontroversen ist und die Geschlechtsidentität, die sexuelle Orientierung und Intergeschlechtlichkeit – im Guten oder im Bösen – unweigerlich Bestandteil dieser Debatten bilden¹²⁹, findet sich in den Materialien zum Gleichstellungsgesetz keine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Geschlechts. Die binären Geschlechtskategorien Frau und Mann werden in ihrem festen Bestand nicht hinterfragt und als keiner Erklärung bedürftig vorausgesetzt. Die sexuelle Orientierung findet in der Botschaft nur am Rande Erwähnung, und zwar als separates Kriterium, dessen Verwendung sich diskriminierend auswirken kann, wenn sie «geeignet ist, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts zu benachteiligen»¹³⁰. Die Geschlechtsidentität und Intergeschlechtlichkeit werden in den Materialien gar nicht erwähnt¹³¹. Darin ist keine bewusste Entscheidung für eine bestimmte Konzeption von Geschlecht zu sehen; vielmehr erklärt sich dies durch den entstehungs-

¹²⁸ K GlG-KAUFMANN, Art. 1 N 14.

¹²⁹ Dies zeigt sich etwa an der Entstehungsgeschichte des neuen kantonalen Gleichstellungsgesetzes vom 10. Januar 2024 zu Geschlecht und sexueller Orientierung des Kantons Basel-Stadt (BS SG 140.100). Der Einschluss der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung und der Intergeschlechtlichkeit in den Anwendungsbereich des kantonalen Gleichstellungsgesetzes war heftig umstritten und wurde nicht nur von konservativer und rechtsnationaler Seite bekämpft, sondern auch von gewissen Feministinnen vehement abgelehnt (siehe die Webseite: <https://justitia-ruft.ch>, zuletzt besucht am 15. Juli 2025).

¹³⁰ BUNDESRAT, Botschaft vom 24. Februar 1993 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei (BBl 1993 I 1248) (zit.: Botschaft GlG, BBl 1993 I), 1297.

¹³¹ Vgl. K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 3.

geschichtlichen Kontext von Art. 8 Abs. 3 BV resp. Art. 4 Abs. 2 aBV¹³², zu dessen Umsetzung das Gleichstellungsgesetz geschaffen wurde, und durch den Umstand, dass die Infragestellung der binären Geschlechtskategorien als «materielle Gegebenheit»¹³³ – obgleich geschlechtertheoretisch bereits diskutiert¹³⁴ – in der breiten Gesellschaft beim Erlass des Gleichstellungsgesetzes noch kaum ein Thema war.

B. Divergierende Meinungen in Rechtsprechung, Lehre und Politik

Eignet sich nun das Gleichstellungsgesetz für ein offenes Verständnis von Geschlecht? Die Meinungen dazu sind geteilt. In der neueren Lehre wird mehrheitlich für ein offenes, zeitgemässes Verständnis von Geschlecht im Gleichstellungsgesetz plädiert¹³⁵, und die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die sexuelle Orientierung nicht unter den Begriff des Geschlechts subsumiert werden kann, ist überwiegend kritisch aufgenommen worden¹³⁶. Der Bundesrat zeigt sich unter Hinweis auf den Willen des historischen Gesetzgebers und den Zweck des Gleichstellungsgesetzes, die

¹³² Siehe dazu die Botschaft vom 14. November 1979 über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» (BBl 1980 I 69), 74 ff.; vgl. auch JOLLER, 40 ff.

¹³³ HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis*, 459.

¹³⁴ Grundlegend BUTLER, *passim*, WYTTIG, 29 sowie *passim*.

¹³⁵ Siehe etwa K GlG 2009-FREIVOGEL, Art. 3 N 17; HOTZ, 11; K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 12; LEMPEN/VOLODER, *Aktuelle Entwicklungen*, 87; ROSENTHAL, 13; SATTIVA SPRING, 11; STEFFANINI, 190 f. UEBERSCHLAG, *Diss.*, Rz. 40 ff. will das GlG zwar auf Diskriminierungen im Zusammenhang mit Intergeschlechtlichkeit und trans Identität angewendet sehen, nicht aber auf Diskriminierungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung. Seine Argumentation weist dabei ähnliche Inkonsistenzen auf wie diejenige des Bundesgerichts in BGE 145 II 153 (siehe oben, Abschn. IV.C): Bei trans Identität bejaht er die Anwendbarkeit des GlG mit der Begründung, dass trans Menschen von den an ein bestimmtes Geschlecht gestellten *Erwartungen* abweichen; bei der sexuellen Orientierung verneint er sie mit dem Argument, dass «sowohl Männer als auch Frauen homosexuell sein können» (Rz. 53). Eher ablehnend gegenüber der Anwendung des GlG auf die Ausgrenzung von LGBTIQ-Personen: BERTSCHI, 372 ff.

¹³⁶ Vgl. etwa LEMPEN/SHEYBANI, 89; GEISER, 1190; K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 7 ff.; SATTIVA SPRING, 10 ff.; STEFFANINI, 189 ff. Eher zustimmend hingegen etwa BERTSCHI, 372 ff.; SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 17.

tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern (Art. 1 GIG¹³⁷) hingegen skeptisch¹³⁸. Laut dem Bundesrat würde eine «Ausdehnung» des Geltungsbereichs des Gleichstellungsgesetzes auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität die «spezialgesetzliche Ausrichtung» des Gleichstellungsgesetzes verändern. Angesicht der nach wie vor bestehenden Ungleichbehandlung von Frauen und Männern in der Gesellschaft und insbesondere im Erwerbsleben sei der Fokus des Gleichstellungsgesetzes auf die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann gerechtfertigt. Das Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund ihres Geschlechts in Art. 3 Abs. 1 GIG dient in dieser Optik einer Angleichung der Stellung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt und ist nicht auf Benachteiligungen im Zusammenhang mit nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen zugeschnitten.

C. Der Frau/Mann-Dualismus als ökonomisches Strukturprinzip

Frau und Mann sind sozial bedeutungsvolle Identitäten. Der Frau/Mann-Dualismus bildet eine der grundlegendsten, möglicherweise *die* fundamentale Strukturierung der symbolischen Welt¹³⁹. Er ist nicht zuletzt ein «grundlegendes Organisationsprinzip für das Wirtschaftssystem der kapitalistischen Gesellschaft»¹⁴⁰. Einerseits strukturiert er «die fundamentale Unterscheidung zwischen bezahlter, weil ‘produktiver’ Arbeit und unbezahlter, weil ‘reproduktiver’ Hausarbeit»¹⁴¹, wobei die Verantwortung für letztere gesellschaftlich auch heute noch in erster Linie den Frauen zugewiesen wird. Andererseits strukturiert er ebenso «eine Unterteilung innerhalb der bezahlten Arbeit, nämlich die zwischen besser bezahlten, männlich dominierten, herstellenden und professionalisierten Beschäftigungen einerseits und

¹³⁷ Siehe dazu Botschaft GIG, BBl 1993 I 1292.

¹³⁸ Stellungnahme des Bundesrates zur Motion Nationalrat Melanie Mettler, Geschäft Nr. 23.3238.

¹³⁹ KUSTER, 4.

¹⁴⁰ FRASER, 32.

¹⁴¹ FRASER, 32 f.

schlechter bezahlten, weiblich dominierten und als ‘pink collar’ etikettierten Beschäftigungen andererseits [...]»¹⁴².

Diese wirtschaftlichen Strukturen waren es, die der Gesetzgeber bei Erlass des Gleichstellungsgesetzes im Blick hatte¹⁴³. Das Gleichstellungsgesetz wurde vor dem Hintergrund grosser Ungleichheiten zwischen Frauen und Männern namentlich hinsichtlich der Teilnahme am Erwerbsleben¹⁴⁴, dem Lohn¹⁴⁵, den Arbeitszeitmodellen und Arbeitsbedingungen¹⁴⁶, sowie der Stellung im Beruf¹⁴⁷ geschaffen. Diese Ungleichheiten haben sich in den letzten Jahrzehnten zwar tendenziell verringert, doch gehören sie keineswegs der Vergangenheit an. Nach wie vor sind es überwiegend die Frauen, die die Betreuungs- und Hausarbeit übernehmen und deswegen Teilzeit arbeiten oder gar nicht erwerbstätig sind¹⁴⁸; die Lohngleichheit ist nicht erreicht¹⁴⁹; Berufe, in denen überwiegend Frauen tätig sind, sind oftmals schlecht bezahlt¹⁵⁰ und

¹⁴² FRASER, 32 f. Empirisch zeigt sich diese Unterteilung in der Schweiz etwa daran, dass zwei Drittel der Personen, die in einer Tieflohnstelle beschäftigt sind, Frauen sind (BFS, Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2016, Tieflöhne in der Schweiz, abrufbar unter <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnstruktur.assetdetail.9066125.html> (besucht am 31. Juli 2025)). Siehe zur horizontalen und vertikalen Segregation des Arbeitsmarkts in der Schweiz auch etwa UEBERSCHLAG, *Anstellung*, 67 f.

¹⁴³ Botschaft GlG, BBl 1993 I 1251 ff., insb. 1257 ff.

¹⁴⁴ Botschaft GlG, BBl 1993 I 1251 ff.

¹⁴⁵ Botschaft GlG, BBl 1993 I 1254 f.

¹⁴⁶ Botschaft GlG, BBl 1993 I 1255 ff.

¹⁴⁷ Botschaft GlG, BBl 1993 I 1257 ff.

¹⁴⁸ BFS, *Familien in der Schweiz*, 27 f., 33 ff.

¹⁴⁹ Gemäss dem Bundesamt für Statistik verdienten Frauen 2022 im Durchschnitt 16.2 % weniger als Männer, wobei 48,2 % dieser Differenz nicht durch objektive Faktoren wie Stellung im Beruf, Branche und Ausbildung erklärt werden können (BFS, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohnstruktur/lohnunterschied.html>, besucht am 18. August 2025).

¹⁵⁰ Als Beispiel sei die Betreuung von Vorschulkindern in Kindertagesstätten und Tagesfamilien genannt, die weit überwiegend von Frauen geleistet wird (vgl. die Angaben des Branchenverbands Kibesuisse unter <https://www.kibesuisse.ch/branche/geschlechtergemischte-teams/maenner-in-der-kinderbetreuung>, besucht am 18. August 2025) und die trotz überaus grosser Verantwortung und anspruchsvollen Arbeitsbedingungen sehr bescheiden entlöhnt wird.

werden nicht selten unter prekären Bedingungen ausgeübt¹⁵¹; in hohen Leitungspositionen sind Frauen trotz steigender Tendenz nach wie vor stark unterrepräsentiert¹⁵². Diese hartnäckigen Ungleichheiten haben den Gesetzgeber in jüngerer Zeit wieder zum Tätigwerden veranlasst, namentlich durch die Einführung einer Pflicht zur Durchführung von Lohngleichheitsanalysen in grösseren Unternehmen (Art. 13a ff. GlG) und einer Rechenschaftspflicht für Unternehmen, bei denen der Frauenanteil¹⁵³ im strategischen Leitungsorgan und in der Geschäftsleitung bestimmte Prozentsätze unterschreitet (Art. 734f OR¹⁵⁴)¹⁵⁵.

¹⁵¹ Zum Beispiel bei der 24-Stunden-Betreuung von betagten Menschen in Privathaushalten durch Pendelmigrantinnen. Immerhin hat das Bundesgericht 2021 entschieden, dass die 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten dann, wenn ein Dreiparteienverhältnis zwischen vermittelnder Betreuungsorganisation, betreuender Person und zu betreuender Person vorliegt, unter den betrieblichen Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) fällt und folglich die arbeitsgesetzlichen Höchstarbeits- und Ruhezeitvorschriften einzuhalten sind (BGE 148 II 203, E. 3 f.).

¹⁵² Vgl. Botschaft vom 26. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts – Aktienrecht (BBl 2017 399; im Folgenden: Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 2017), 452 ff.; Schilling-Report 2025, abrufbar unter <https://www.schillingreport.ch/de/schillingreport-2025> (besucht am 2. August 2025).

¹⁵³ Die Regelung ist geschlechtsneutral formuliert, doch ist angesichts der realen Geschlechterverhältnisse klar, dass es faktisch um die Förderung von *Frauen* geht (Botschaft Revision Aktienrecht, BBl 2017 452 ff.).

¹⁵⁴ Bundesgesetzes vom 30. März 1911 zur Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹⁵⁵ Den Regelungen ist anzumerken, dass den Bedenken der Privatwirtschaft hinsichtlich griffiger Gleichstellungsmassnahmen recht weitgehend Rechnung getragen wurde. So ist ein Unternehmen gemäss Art. 734f OR erst dann rechenschaftspflichtig, wenn der Frauenanteil in der Geschäftsleitung 20 % unterschreitet; die Rechenschaftspflicht entfällt somit bereits dann, wenn eins von fünf Geschäftsleitungsmitgliedern eine Frau ist. Bei einer Unterschreitung dieses Anteils drohen dem Unternehmen zudem keine weiteren Konsequenzen, als dass im Vergütungsbericht die Gründe für die Untervertretung von Frauen und die geplanten Massnahmen zu deren Förderung anzugeben sind.

D. Die heteronormative Zweigeschlechtlichkeit als Statusordnung

Die Grenzziehung zwischen normativen und nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen ist strukturell nicht in der gleichen Weise wirksam wie der Frau/Mann-Dualismus. Ein grundlegendes ökonomisches Strukturprinzip lässt sich hier nicht ausmachen. Der Analyse von NANCY FRASER folgend, betrifft die Norm der Heterosexualität, der cis Identität und der Endogeschlechtlichkeit¹⁵⁶ primär die Ebene der Anerkennung¹⁵⁷: Heterosexistische Wertmuster ordnen homo- und bisexuelle, trans und intergeschlechtliche Menschen einer abweichenden, pathologischen und verächtlichen Abart von Geschlechtlichkeit zu und unterwerfen sie so einer geschlechtsspezifischen Form der Statushierarchie¹⁵⁸. Die Benachteiligungen, denen LGBTIQ-Personen ausgesetzt sind, sind mit anderen Worten in der gesellschaftlichen Statusordnung verwurzelt und nicht in der Wirtschaftsstruktur¹⁵⁹. Die Schädigungen, die durch die Statushierarchie verursacht werden, beinhalten indessen auch ökonomische Benachteiligungen¹⁶⁰. Die Statushierarchie hat mit anderen Worten «Nebeneffekte» distributiver Natur.

E. Für eine grundrechtskonforme Auslegung von Art. 3 GlG

Die Auffassung, wonach das Gleichstellungsgesetz ausschliesslich auf den Mann/Frau-Dualismus als ökonomisches Strukturprinzip zugeschnitten ist, findet in den historischen Materialien insofern eine Stütze, als es zweifellos die Benachteiligung von (cis) *Frauen* im Erwerbsleben war, die der Gesetzgeber bei Erlass des Gleichstellungsgesetzes im Blick hatte. Sie lässt

¹⁵⁶ Siehe zu diesen Begriffen oben, Fn. 9.

¹⁵⁷ Siehe dazu HOLZLEITHNER, *Anerkennungsverhältnis*, 460 ff.

¹⁵⁸ FRASER, 30 f. (in Bezug auf die sexuelle Orientierung). Eine Statushierarchie verortet FRASER im Übrigen auch im Frau/Mann-Dualismus; das soziale Geschlecht ist für sie eine zweidimensionale soziale Unterscheidung, die in der Wirtschaftsstruktur und der Statusordnung gleichermaßen verankert ist (32 f.).

¹⁵⁹ FRASER, 29; siehe auch Fn. 25 auf S. 39, mit weiteren Hinweisen.

¹⁶⁰ FRASER, 39.

aber einerseits ausser Acht, dass sich die gesellschaftlichen Diskurse zu Geschlecht in den letzten 30 Jahren tiefgreifend gewandelt haben. Andererseits trägt sie den Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 35 BV zu wenig Rechnung. Der Grundrechtsverwirklichungsauftrag von Art. 35 BV umfasst die Pflicht der rechtsanwendenden Behörden zur *grundrechtskonformen Auslegung* des einfachen Gesetzesrechts¹⁶¹. Dieser Auftrag erstreckt sich auch auf das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV¹⁶², das unbestrittenermassen vor Diskriminierung im Zusammenhang mit trans Identität, Nonbinarität, Intergeschlechtlichkeit, Homo- und Bisexualität und anderen nicht normativen geschlechtlichen Existenzweisen schützt¹⁶³. Art. 8 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 35 BV gebieten es also, das Gesetz dort, wo Wortlaut und Normsinn es gestatten, so auszulegen, dass das Verbot der Diskriminierung von Menschen mit nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen tatsächlich verwirklicht werden kann.

Wenn das Gesetz Menschen in unterschiedlichen gleichheitsrechtlichen Gefährdungslagen nicht den gleichen Schutz bietet, obgleich vergleichbare Schutzbedürfnisse bestehen, ist dies grundrechtlich problematisch. Es kann diesfalls von einer Hierarchisierung von Ungleichheiten gesprochen werden, die selbst als Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung zu werten ist¹⁶⁴. Die Ungleichheit der Ungleichheiten ist in der Schweiz geltendes Recht und kann auch durch eine noch so grosszügige Auslegung bestehender Normen nicht beseitigt werden. Art. 8 Abs. 2 BV gebietet es aber immerhin, das Gesetz so auszulegen, dass die Ungleichheit der Ungleichheiten möglichst verringert werden kann¹⁶⁵. Es kann folglich argumentiert werden, dass rechtsanwendende Behörden dort, wo sie bestehenden Auslegungsspielraum nicht zu Gunsten eines möglichst weitgehenden Diskriminierungsschutzes nutzen, nicht nur die objektiv-

¹⁶¹ Statt vieler: TSCHANNEN, Rz. 295; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 34, 46.

¹⁶² CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 103; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 91. Vgl. auch PETERS, Rz. 91; TSCHANNEN, Rz. 303 f.

¹⁶³ Siehe oben, Abschn. III.C.

¹⁶⁴ Siehe oben, Abschn. III.A.

¹⁶⁵ In diese Richtung auch CR Cst.-MARTENET, Art. 8 N 104.

rechtliche Dimension des Diskriminierungsverbots missachten, sondern dessen subjektiv-rechtlichen Gehalt verletzen.

Das Diskriminierungsverbot von Art. 3 GlG ist für die Bekämpfung von Benachteiligungen im Zusammenhang mit nicht normativen Geschlechtsidentitäten, Geschlechtskörpern und sexuellen Orientierungen im Erwerbsleben grundsätzlich ebenso geeignet wie für die Bekämpfung der Benachteiligung von Frauen. Cis Frauen, trans Frauen, trans Männer, nicht binäre Personen, intergeschlechtliche Menschen, gleichgeschlechtlich liebende und bisexuelle Menschen machen in vielerlei Hinsicht unterschiedliche Diskriminierungserfahrungen, doch sind diese in rechtlich relevanten Punkten vielfach auch vergleichbar: Anstellungsdiskriminierung aufgrund von Zuschreibungen, Stereotypen und hasserfüllten Einstellungen, ein feindseliges Arbeitsklima und sexuelle Belästigung, Benachteiligung bei der Zuweisung von Arbeiten und bei Beförderungen, Kündigungen aus geschlechtsspezifischen Gründen¹⁶⁶ – dies sind Diskriminierungserfahrungen, die allen genannten Gruppen gemein sind. Das Diskriminierungsverbot von Art. 3 GlG ist also geeignet, Menschen mit nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen ebenso zugute zu kommen wie Frauen.

Der Wortlaut des Gleichstellungsgesetzes steht einem weiten Verständnis von Geschlecht nicht entgegen. Zwar verwendet das Gleichstellungsgesetz vielfach die binären Formulierungen «Frau und Mann» oder «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer», zuvorderst im Zweckartikel von Art. 1 GlG. Erweist sich Geschlecht als auslegungsbedürftig, so gilt dies freilich auch für «Frauen» und «Männer». Was ist ausschlaggebend, damit eine Person als «Frau» oder als «Arbeitnehmerin» im Sinne des Gesetzes gilt? Die körperlichen Geschlechtsmerkmale und wenn ja, welche? Der amtliche Geschlechtseintrag? Die Geschlechtsidentität? Die gelebte Geschlechtsrolle? Die weibliche Sozialisation in Kindheit und Jugend? Wenn z.B. Geschlechtseintrag und/oder Geschlechtsidentität ausschlaggebend sein sollten, kann sich dann ein schwangerer trans Mann, der im Zusammenhang mit der Schwangerschaft benachteiligt wird, nicht auf das Diskriminierungsverbot von Art. 3 Abs. 1 GlG berufen, weil er nicht als «Arbeitnehmerin» im Sinne

¹⁶⁶ Bei cis Frauen oft: Schwangerschaft; bei LGBTIQ-Personen zum Beispiel: Coming out.

des Gleichstellungsgesetzes gilt? Und wenn umgekehrt ausschliesslich biologische Geschlechtsmerkmale entscheidend sein sollten, gilt dann ein trans Mann als Frau, selbst wenn seine Geschlechtsidentität und sein amtliches Geschlecht männlich sind, er als Mann lebt und von aussen als Mann wahrgenommen wird? Würde eine intergeschlechtliche Frau¹⁶⁷, die z.B. aufgrund ihres äusseren körperlichen Erscheinungsbilds weiblich gelesen wird, aber einen «männlichen» XY-Chromosomensatz hat, gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes herausfallen, weil sie *biologisch* weder eindeutig Frau noch eindeutig Mann ist?¹⁶⁸

Diese Fragen zeigen: Frau- und Mannsein umfasst viele Facetten und kann nicht auf einzelne Aspekte reduziert werden, ohne unbeabsichtigte Ausschlüsse und Inkonsistenzen zu riskieren. Auch das Begriffspaar «Frau und Mann» ist folglich keine eindeutige Formulierung, sondern bedarf im jeweiligen gesetzlichen Kontext der Auslegung. Es kann in Art. 1 und 3 GLG grundrechtskonform als hinweisgebend auf geschlechtsbezogene Hierarchisierungen verstanden werden, die sowohl im Frau/Mann-Dualismus wie auch in der Grenzziehung zwischen normativen und nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen wirksam sind.

¹⁶⁷ Es gilt hier nochmals zu betonen, dass Intergeschlechtlichkeit und Geschlechtsidentität analytisch auseinandergehalten werden sollten (siehe oben, Fn. 9). Intergeschlechtliche Menschen können eine nicht binäre Geschlechtsidentität haben, vielfach identifizieren sie sich aber als Frau oder als Mann. Eine intergeschlechtliche Frau ist demnach eine Person mit einer weiblichen Geschlechtsidentität, deren körperliche Geschlechtsmerkmale in bestimmten Aspekten aber gemeinhin dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden.

¹⁶⁸ Siehe zum Begriff «Frau» auch JOLLER, 338 f. Dass der Begriff «Frau» rechtlich umstritten sein kann, zeigt das Urteil des Obersten Gerichtshofs des Vereinigten Königreichs UKSC/2024/0042 vom 16. April 2025, *For Women Scotland Ltd (Appellant) v The Scottish Ministers (Respondent)*. Der Gerichtshof hatte darin die Frage zu beurteilen, ob der Begriff «Woman» im Equality Act 2010 vom 8. April 2010 (EA 2010, c. 15) auch trans Frauen mit einem sogenannten Gender Recognition Certificate umfasse, oder ob er ausschliesslich auf das biologische Geschlecht verweise.

F. Die Auswirkungen eines offenen Geschlechtsbegriffs im Gleichstellungsgesetz

Abschliessend soll noch kurz skizziert werden, wie sich ein weiter Geschlechtsbegriff in Art. 3 GlG rechtlich konkret auswirkt.

1. Direkte Diskriminierung

Als *direkte* Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 GlG gelten bei einem weiten Geschlechtsbegriff nicht allein Benachteiligungen, die direkt an das Frau- oder Mannsein einer Person anknüpfen, sondern auch solche, die an trans Identität, Nonbinarität, Intergeschlechtlichkeit oder sexuelle Orientierung anknüpfen. Dabei ist nicht erforderlich, dass solche Benachteiligungen ausschliesslich oder überwiegend Frauen oder Männer treffen; mit der Anknüpfung an die Geschlechtsidentität, die sexuelle Orientierung oder Intergeschlechtlichkeit ist ein Geschlechtsbezug gegeben.

Dass die Benachteiligung im Zusammenhang mit einer (geplanten) Schwangerschaft und der Geburt eines Kindes stets als direkte Diskriminierung zu werten ist¹⁶⁹, ändert sich bei der Anwendung eines erweiterten Geschlechtsbegriffs nicht. Wird die Geschlechtsidentität und das amtliche Geschlecht berücksichtigt, lässt sich der direkte Geschlechtsbezug zwar nicht mehr damit begründen, dass Schwangerschaft nur Frauen betrifft¹⁷⁰; auch trans und intergeschlechtliche Männer können unter Umständen schwanger werden und ein Kind gebären. Der direkte Geschlechtsbezug lässt sich aber durch verschiedene Argumentationsstränge dennoch aufzeigen: Erstens bleibt der Geschlechtskörper als Element einer geschlechtlichen Existenzweise auch bei einem weiten Geschlechtsbegriff von Relevanz, und Schwangerschaft ist ein körperlicher Vorgang, der sich nur bei Personen mit bestimmten, dem weiblichen Geschlecht zugeordneten körperlichen Attributen realisieren kann. Zweitens betrifft Schwangerschaft zwar nicht ausschliesslich Frauen, aber ausschliesslich Frauen und gewisse nonbinäre Personen, trans und

¹⁶⁹ Siehe dazu K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 20, 43 ff.; SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Art. 3 N 14.

¹⁷⁰ So BGE 146 V 210, E. 5.2

intergeschlechtliche Männer¹⁷¹; endo-geschlechtliche cis Männer können nicht schwanger werden. Schwangerschaft betrifft somit nur Personen, die von der cis männlichen Norm abweichen und in der hierarchischen Geschlechterordnung benachteiligt sind. Drittens hängt die Benachteiligung aufgrund von Schwangerschaft im Erwerbsleben mit der Trennung und geschlechtlichen Zuweisung von privater und öffentlicher Sphäre zusammen, wobei Schwangerschaft der privaten, «weiblichen» Sphäre, Erwerbsarbeit aber der öffentlichen, «männlichen» Sphäre zugewiesen wird (mit der Folge, dass Schwangerschaft – und generell Elternschaft – in der Arbeitswelt auch heute noch nicht selbstverständlich mitgedacht wird)¹⁷². Die getrennten Sphären und die damit verbundene Unsichtbarmachung von weiblicher Reproduktionsarbeit bilden einen Aspekt von geschlechtlicher Hierarchisierung. Der direkte Geschlechtsbezug bleibt somit auch bei einem erweiterten Geschlechtsbegriff offenkundig; mehr noch, die konstruktivistische und machtanalytische Herangehensweise stellt Benachteiligungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft in den Kontext von gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Strukturen und macht damit den systemischen Charakter dieser Benachteiligungen erst sichtbar.

2. Indirekte Diskriminierung

Indirekte Diskriminierungen¹⁷³ aufgrund der Geschlechtsidentität, der sexuellen Orientierung oder der Intergeschlechtlichkeit sind ebenfalls denkbar. Eine indirekte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung könnte z.B. dann diskutiert werden, wenn eine nachteilige Behandlung an die Inanspruchnahme von Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung anknüpft, da solche Verfahren für homosexuelle Paare oftmals die einzige

¹⁷¹ Gemeint sind hier Personen, denen bei der Geburt aufgrund ihres äusseren Erscheinungsbilds das männliche Geschlecht zugewiesen wurde und die sich als Männer identifizieren, die aber aufgrund ihrer inneren Fortpflanzungsorgane schwanger werden können.

¹⁷² Siehe zur Trennung von privater und öffentlicher Sphäre etwa KÜNZEL, Rz. 45 ff.; WAPLER, 118 ff. Vgl. mit Bezug auf die Mutterschaftsentschädigung auch JOLLER, 422 ff.

¹⁷³ Siehe zum Begriff der indirekten Diskriminierung K. GIG-KAUFMANN, Art. 3 N 28 ff.; SHK GIG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 23 ff.

Möglichkeit darstellen, genetisch mit einem Elternteil verwandte Kinder zu zeugen. Homosexuelle Paare mit Kinderwunsch sind daher (im Verhältnis zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung) wesentlich stärker von solchen Benachteiligungen betroffen als heterosexuelle Paare mit Kinderwunsch. Die Benachteiligung der Person, die schwanger werden will, im Zusammenhang mit solchen Verfahren stellt im Übrigen aus den obengenannten Gründen auch eine *direkte* Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

Gruppenvergleiche zwischen Männern und Frauen, um eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung zu belegen¹⁷⁴, bleiben auch bei einem erweiterten Geschlechtsbegriff ein zentrales Element des Gleichstellungsrechts¹⁷⁵. Insbesondere schafft ein solcher Geschlechtsbegriff keinen Anlass, die Rechtsprechung zur geschlechtsbezogenen Lohndiskriminierung durch schlechtere Entlohnung von typischen Frauenberufen zu modifizieren¹⁷⁶. Ein erweiterter Geschlechtsbegriff bedeutet nicht, dass quantitative Vergleiche entlang der binären Geschlechterlinien nicht mehr zulässig wären; er hat vielmehr zur Folge, dass *zusätzlich* auch andere Gruppenvergleiche möglich werden, um eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu belegen.

3. Sexuelle Belästigung

Der Einbezug von Geschlechtsidentität, sexueller Orientierung und Intergeschlechtlichkeit in den Tatbestand der sexuellen Belästigung gemäss Art. 4 GlG erscheint unproblematisch¹⁷⁷. Die Bestimmung schützt allgemein vor Beeinträchtigungen der Würde durch Belästigungen sexueller Natur, einschliesslich verbaler Belästigungen¹⁷⁸. Dazu sind auch verächtliche,

¹⁷⁴ Vgl. dazu statt vieler K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 31 ff.

¹⁷⁵ Siehe zur Bedeutung solcher Gruppenvergleiche trotz aller Ambivalenz GG Komm.-BAER/MARKARD, Art. 3 Abs. 2, 3 N 431; JÖLLER, 384 ff.

¹⁷⁶ Siehe dazu aus der Rechtsprechung statt vieler BGE 141 II 411, E. 6.1.2 ff.; vgl. auch SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Art. 3 N 33, mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁷ Für den Einbezug von LGBTIQ-Personen in den Tatbestand der sexuellen Belästigung auch etwa K GlG-KAUFMANN, Art. 4 N 64, 68; Comm. LEg-LEMPEN, Art. 4 N 18; LEUBA, 129; VÖGELI, 58 f.

¹⁷⁸ Vgl. K GlG-KAUFMANN, Art. 4 N 34 f.; zur Kasuistik siehe dieselbe, a.a.O., N 61 f. auch etwa LEUBA, 131 f.

herabsetzende Äusserungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung, dem Geschlechtsausdruck oder der Geschlechtsidentität einer Person zu zählen, ebenso wie anzügliche Bemerkungen und Fragen zu gleichgeschlechtlichen sexuellen Praktiken oder der Beschaffenheit der Genitalien einer Person.

4. Weitere Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes und in konnexen Erlassen

Der Einbezug von nicht normativen Geschlechtsidentitäten, Geschlechtskörpern und sexuellen Orientierungen in das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Art. 3 GlG bedeutet im Übrigen nicht, dass bei allen Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes und in konnexen Erlassen ein solcher Geschlechtsbegriff angewendet werden müsste. Es ist vielmehr jeweils zu prüfen, ob sich die fragliche Bestimmung für den Einbezug von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität und Intergeschlechtlichkeit eignet, oder ob sie spezifisch auf das Verhältnis zwischen den binären Geschlechtern zugeschnitten ist. So dient beispielsweise die Lohnanalyse gemäss Art. 13a ff. GlG der Feststellung, ob in einem Unternehmen systematische Unterschiede zwischen den *Frauen- und Männerlöhnen* bestehen¹⁷⁹. Für die Durchführung der Lohnanalyse wurden spezifische Methoden entwickelt, die nicht auf die Feststellung von Lohndiskriminierungen im Zusammenhang mit sexueller Orientierung, trans Identität und Intergeschlechtlichkeit zugeschnitten sind¹⁸⁰. Die Pflicht zur Lohnanalyse bezieht sich somit spezifisch auf den Frau/Mann-Dualismus als ökonomisches Strukturprinzip.

¹⁷⁹ BUNDESRAT, Botschaft vom 5. Juli 2017 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (BB1 2017 5507), 5508, 5512 ff.

¹⁸⁰ Dies gilt schon allein aufgrund des Umstands, dass die verschiedenen Personenkategorien des LGBTIQ-Spektrums jeweils einen viel geringeren Anteil an der Gesamtbevölkerung (und damit auch an der Gesamtheit der Arbeitnehmenden) ausmachen als Männer und Frauen, sodass es anspruchsvoll ist, aussagekräftige Lohnvergleichsanalysen durchzuführen. Ausserdem sind viele LGBTIQ-Personen am Arbeitsplatz nicht «out», was die Untersuchung zusätzlich erschwert. Die vertiefte und Schweiz-spezifische Erforschung von Lohnungleichheiten im Zusammenhang mit nicht normativen Geschlechtskörpern, Geschlechtsidentitäten und sexuellen Orientierungen wäre zu begrüssen.

Komplett unpraktikabel wäre es auch, zu verlangen, dass in der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 200 Abs. 2 ZPO sämtliche Personen-kategorien aus dem LGBTIQ-Spektrum vertreten sein müssen; die gesetzliche Vorgabe, dass die Geschlechter paritätisch vertreten sein müssen, meint dort eine paritätische Vertretung von *Frauen und Männern*¹⁸¹.

Das Verbandsbeschwerderecht gemäss Art. 7 GlG ist hingegen auch Verbänden zuzusprechen, die sich statutarisch für die Rechte von LGBTIQ-Personen einsetzen¹⁸². Da LGBTIQ-Personen besonders in ländlichen Gegenden auch heute noch stark marginalisiert sind¹⁸³, ist die Organisation in Vereinen für die Durchsetzung ihrer Rechte besonders wichtig.

Dass der Bund gestützt auf Art. 14 GlG Finanzhilfen an Organisationen gewährt, die Programme zur Gleichstellung von LGBTIQ-Personen durchführen, erscheint zulässig. Wird der Begriff «Frauen» in Art. 15 lit. a GlG als hinweisgebend auf Gruppen verstanden, die in der geschlechtlichen Hierarchie benachteiligt werden, sind auch Finanzhilfen an entsprechende Beratungsstellen denkbar¹⁸⁴. Problematisch ist dies jedoch dann, wenn die finanzielle Unterstützung von LGBTIQ-Förderprogrammen und -beratungsstellen zulasten der Finanzierung von Programmen und Institutionen geht, die im Bereich der «klassischen» Gleichstellung von Frauen und Männern tätig sind¹⁸⁵. Diesfalls können sich Widersprüche zum historisch intendierten Zweck des Gleichstellungsgesetz auf tun, die Benachteiligung von Frauen abzubauen. Zu bedenken ist allerdings, dass die Förderung der Gleichstellung

¹⁸¹ Diversität erscheint aber auch bei den Schlichtungsbehörden als erstrebenswertes Ziel. Fragen im Hinblick auf die paritätische Vertretung der Geschlechter können sich insbesondere dann stellen, wenn nicht binäre oder trans Personen als Mitglieder der Schlichtungsbehörden bestellt werden bzw. sich auf ein solches Amt bewerben; es würde den Rahmen dieses Beitrags allerdings sprengen, auf diese Fragen vertieft einzugehen.

¹⁸² Gleicher Meinung K GlG-VÖGELI GALLI, Art. 7 N 46; kritisch hingegen SHK GlG-SUTTER, Art. 7 N 6.

¹⁸³ Eindrücklich dazu die persönlichen Geschichten von queeren Jugendlichen, die CHRISTINA CAPREZ im Buch «Queer Kids» aufgezeichnet hat.

¹⁸⁴ Siehe zur Einstellung der Finanzhilfen nach Art. 15 GlG K GlG-MEYLAN/THENTZ, Art. 15 N 9 ff.

¹⁸⁵ Da die Nachfrage nach Finanzhilfen den zur Verfügung stehenden Kredit seit jeher übersteigt (K GlG-MEYLAN/THENTZ, Art. 14 N 19), erscheinen entsprechende Befürchtungen gerechtfertigt.

der binären Geschlechter und die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen nicht zu stark als Gegensatz ausgespielt werden sollten. Wo die gesellschaftlichen Erwartungen an Geschlecht abnehmen, lockern sich auch die Handlungszwänge, denen Frauen und Männer aufgrund von gesellschaftlichen Rollenzuweisungen ausgesetzt sind¹⁸⁶; wenn die normativen Grundannahmen der zweigeschlechtlichen Ordnung ins Wanken geraten, bröckelt auch das Fundament der eingewurzelten männlichen Vormachtstellung. Insofern können Programme zur Gleichstellung von LGBTIQ-Personen auch zum Abbau der Benachteiligung von Frauen beitragen.

VII. Fazit

In diesem Beitrag wurde der Frage nachgegangen, ob es mit dem Wortlaut und dem Normsinn von Art. 1 und 3 GlG vereinbar ist, das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben auf Benachteiligungen im Zusammenhang mit nicht normativen Geschlechtsidentitäten, Geschlechtskörpern und sexuellen Orientierungen anzuwenden. Diese Frage kann bejaht werden. Termini wie «Geschlecht», «Frau und Mann» sowie «Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer» erweisen sich angesichts der Erkenntnisse der Geschlechterforschung als auslegungsbedürftig. Eine Öffnung des Geschlechtsbegriffs in Art. 3 GlG entspricht einer grundrechtskonformen Auslegung und trägt dazu bei, das Problem der rechtlichen Ungleichheit von Ungleichheiten zu verringern. Ein Widerspruch zum ursprünglich intendierten Ziel des Gleichstellungsgesetzes, die Benachteiligung von Frauen im Erwerbsleben abzubauen, lässt sich nicht ausmachen; es ist nicht ersichtlich, inwiefern es der Gleichstellung von Frauen schaden sollte, wenn das Gleichstellungsgesetz auch gegen Diskriminierungen im Zusammenhang mit trans Identität, Nonbinarität, sexueller Orientierung und Intergeschlechtlichkeit angerufen werden kann. Es ist daher sehr zu bedauern, dass das Bundesgericht im eingangs genannten Urteil einem offenen Geschlechtsbegriff zumindest im Hinblick auf die sexuelle Orientierung einen

¹⁸⁶ Der Abbau von gesellschaftlichen Stereotypen und Rollenzuweisungen bildet eine der wesentlichen Zielsetzungen des GlG. Vgl. etwa K GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 12; LEMPEN/SHEYBANI, 89; SATTIVA SPRING, 11.

Riegel geschoben (und damit auch entsprechende Praxen kantonaler Schlichtungsstellen¹⁸⁷ unterbunden) hat. Dem Gesetzgeber bietet sich mit der Motion 23.3238 Melanie Mettler die Möglichkeit, dieses Urteil durch eine Präzisierung von Art. 3 Abs. 1 GlG zu korrigieren.

Literaturverzeichnis

ADAMIETZ LAURA, Geschlecht als Erwartung, Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Diss. Berlin 2010, Baden-Baden 2011.

AKSOY CEVAT GIRAY et al., Gay Glass Ceilings: Sexual Orientation and Workplace Authority in the UK, IZA Discussion Paper No. 11574, IZA – Institute of Labor Economics, Mai 2018.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, Genf 2011 (zit.: Comm. LEg-NAME).

BADGETT M.V. LEE/CARPENTER CHRISTOPHER S./SANSONE DARIO, LGBTQ Economics, in: Journal of Economic Perspectives 2/2021 (35), 141 ff.

BAER SUSANNE, Würde oder Gleichheit?, Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Diss. Frankfurt am Main 1995, Baden-Baden 1995 (zit.: *Würde oder Gleichheit*).

BAER SUSANNE, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Klein/Menke (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, 15 Jahre Wiener Weltmenschenrechtskonferenz, Berlin 2008, 421 ff. (zit.: *Ungleichheit der Gleichheiten*).

¹⁸⁷ Vgl. dazu BGE 145 II 153, E. 4.4.3.

BAER SUSANNE, «Sexuelle Selbstbestimmung»? Zur internationalen Rechtslage und denkbaren Konzeptionen von Recht gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung, in: Lohrenscheit (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht*, Baden-Baden 2009, 89 ff. (zit.: *Sexuelle Selbstbestimmung*).

BAER SUSANNE, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, Tübingen 2022, 223 ff. (zit.: *Kategorienproblem*).

BERTSCHI SUSANNE, Gleichstellungsrecht in Bewegung, in: AJP 3/2023, 371 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Art. 4 Abs. 2/Art. 8 Abs. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?, in: ZBl 106 (2005), 57 ff.

BUBLITZ HANNELORE, Diskurstheorie: zur kulturellen Konstruktion der Kategorie Geschlecht, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), *Handbuch interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Wiesbaden 2019, 369 ff.

BUCHER ANDREAS, Nur Männlein und Weiblein?, in: FamPra 3/2024, 647 ff.

BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien*, Eine kommentierte Quellensammlung, Zürich/St. Gallen 2012.

BUTLER JUDITH, *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt am Main 1991.

CANNOOT PIETER/GANTY SARAH, Protecting trans, non-binary and intersex persons against discrimination in EU law, in: *European equality law review* 1/2022, 37 ff.

CAPREZ CHRISTINA, *Queer Kids*, Zürich 2024.

CHEBOUT LUCY, *Queering International Law*, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht, in: Lembke (Hrsg.), *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden 2014, 132 ff.

CONNELL RAEWYN, *Der gemachte Mann, Konstruktion und Krise von Männlichkeiten*, 4. Aufl., Opladen 2015.

CRENSHAW KIMBERLÉ, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, in: University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.

DRYDAKIS NICK, Sexual Orientation and Earnings, A Meta-Analysis 2012–2020, IZA Discussion Paper No. 14496, IZA – Institute of Labor Economics, Juni 2021.

DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Band II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018.

EHRENZELLER BERNHARD et al., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit.: SGK BV-NAME).

ELSUNI SARAH, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen, Diss. Frankfurt am Main 2007, Baden-Baden 2011.

FACINCANI NICOLAS et al., Gleichstellungsgesetz, Genf/Zürich/Basel/Bern 2022 (zit.: SHK GlG-NAME).

FÄSSLER STÉPHANIE, Das Recht auf sexuelle Orientierung – und seine Bedeutung im Migrationsrecht, Diss. Zürich 2014.

FRASER NANCY, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, Umverteilung, Anerkennung und Beteiligung, in: Fraser/Honneth (Hrsg.), Umverteilung oder Anerkennung?, Eine politisch-philosophische Kontroverse, Frankfurt am Main 2003, 13 ff.

GEIJTENBEEK LYDIA/PLUG ERIK, Is There a Penalty for Becoming a Woman? Is There a Premium for Becoming a Man? Evidence from a Sample of Transsexual Workers, IZA Discussion Paper No. 9077, IZA – Institute of Labor Economics, Mai 2025.

GEISER THOMAS, Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht, in: AJP 11/2019, 1186 ff.

HÄFELIN ULRICH et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

HÄSSLER TABEA/EISNER LÉILA, Swiss LGBTIQ+ Panel – 2020 Summary Report, <https://doi.org/10.31234/osf.io/kdrh4>, zuletzt geprüft am 1. September 2025.

HOLZLEITHNER ELISABETH, Geschlecht als Anerkennungsverhältnis, Perspektiven einer Öffnung der rechtlichen Kategorie im Zeichen des Prinzips gleicher Freiheit, in: Baer et al. (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 67, Tübingen 2019, 457 ff. (zit.: *Anerkennungsverhältnis*).

HOLZLEITHNER ELISABETH, Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, 543 ff. (zit.: *Intersektionale Diskriminierung*).

HOLZLEITHNER ELISABETH, Sexuality, gender, and the law: Queer perspectives in legal philosophy, in: Ziegler/Lysander Fremuth/Hernández-Truyol (Hrsg.), The Oxford Handbook of LGBTI Law, Oxford 2024 (zit.: *Oxford Handbook*).

HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, in: SJZ 1/116 (2020), 3 ff.

HUBER PETER M./VOSSKUHLE ANDREAS (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2018 (zit.: GG Komm.-NAME).

JOLLER ELISABETH, Das verfassungsrechtliche Verbot der Geschlechtsdiskriminierung als Verbot der sexistischen Diskriminierung, Eine Studie über Art. 8 Abs. 2 und 3 der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2024.

KÄLIN WALTER, Ausländerdiskriminierung, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen (SZ) 1998, 561 ff.

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte SKMR, Bern, Juli 2015, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gleichstellung/diskriminierungs-schutz/berichte-studien.html>, zuletzt geprüft am 1. September 2025.

KAPOTAS PANOS, Comparators and comparison in EU gender equality law, in: European equality law review 2023, 21 ff.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit.: K GlG 2009-NAME).

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2022 (zit.: K GlG-NAME).

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

KROH MARTIN et al., Einkommen, soziale Netzwerke, Lebenszufriedenheit: Lesben, Schwule und Bisexuelle in Deutschland, in: DIW Wochenbericht 35/2017, 687 ff.

KÜNZEL ANNEGRET, Feministische Theorien und Debatten, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Ein Studienbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, 52 ff.

KUSTER FRIEDERIKE, Mann – Frau: die konstitutive Differenz der Geschlechterforschung, in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), Handbuch interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 3 ff.

LEMBKE ULRIKE, Tackling sex discrimination to achieve gender equality? Conceptions of sex and gender in EU non-discrimination law and policies, in: European equality law review 2/2016, 46 ff.

LEMBKE ULRIKE/LIEBSCHER DORIS, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Philipp et al. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden 2014, 261 ff.

LEMPEN KARINE/SHEYBANI ROXANE, La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux, Guide, Lausanne 2020.

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, in: Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (Hrsg.), Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2015), Bern Juni 2017, <https://www.ebg.admin.ch/de/publikationen-gleichstellung>, zuletzt geprüft am 1. September 2025 (zit.: *Analyse*).

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, in: SJZ 4/114 (2018), 81 ff. (zit.: *Aktuelle Entwicklungen*).

LEUBA AUDREY, Harcèlement sexuel: plaidoyer pour une application raisonnable de la loi, in: Bolle (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Basel 2000, 125 ff.

LGBTIQ HELPLINE (Hrsg.), Hate Crime Bericht 2025, Bericht über das Monitoring LGBTQ-feindlicher Diskriminierung & Gewalt in der Schweiz 2024, Bern 8. Mai 2025.

LIEBSCHER DORIS et al., Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, in: KJ 2/45 (2012), 204 ff.

LOACKER LEANDER D./CAPAUL GIAN ANDRI, Nr. 37, Obergericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, Entscheid vom 29. März 2021, in: FamPra 4/2021, 763 ff.

MAIHOFFER ANDREA, Geschlecht als Existenzweise, Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, Habil. Frankfurt am Main 1995.

MALINVERNI GIORGIO et al., *Droit constitutionnel suisse*, Band II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021.

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Basel 2021 (zit.: CR Cst.-NAME).

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

NAGUIB TAREK, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, in: AJP 8/2009, 993 ff. (zit.: *Diskriminierende Verweigerung*).

NAGUIB TAREK, Postkategoriale «Gleichheit und Differenz». Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien Denken!?, in: Ast et al. (Hrsg.), *Gleichheit und Universalität, Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*

(IVR) im September 2010 in Halle (Saale) und im Februar 2011 in Luzern, Stuttgart 2012, 179 ff. (zit.: *Postkategoriale Gleichheit*).

NYDEGGER CHRISTINA, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, Masterarbeit Bern 2017, Zürich/St. Gallen 2019.

PARINI LORENA, «Etre LGBT au travail»: Résultats d'une recherche en Suisse, Institut des Etudes Genre, Université de Genève, Genf 2014, <https://diversite-au-travail.ch/publications/etude-etre-lgbt-au-travail>, zuletzt geprüft am 3. Juli 2025 (zit.: *LGBT au travail*).

PARINI LORENA, Faire et défaire le genre au travail: parcours professionnels de personnes trans en Suisse, in: *Revue internationale du Travail* 3/161 (2022), 445 ff. (zit.: *RIT* 2022).

PARINI LORENA/LOREN ANOUK, Discriminations envers les homosexuel-le-s dans le monde du travail en Suisse, in : *Travail, genre et sociétés* 2/38 (2017), 151 ff.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009.

PETERS ANNE, § 211, Diskriminierungsverbote, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Heidelberg 2007, 255 ff.

ROSENTHAL DAVID J., Der Geschlechterbegriff im schweizerischen Gleichstellungsgesetz: Die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung als direkte Geschlechterdiskriminierung, in: *cognitio* 2022/LGS, 1 ff.

SACKSOFSKY UTE, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Aufl., Baden-Baden 1996.

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, in: *Newsletter DroitDuTravail.ch*, Juli 2019.

SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTEBACH JUDITH (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015 (zit.: Komm. CEDAW-NAME).

SCHNYDER ANTON K./CAPAUL GIAN ANDRI, Elternschaft von Transmenschen, in: Arnet et al., Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 201 ff.

SCHOLZ SYLKA, Männlichkeit: die Hegemonie des Konzeptes «hegemoniale Männlichkeit», in: Kortendiek/Riegraf/Sabisch (Hrsg.), Handbuch interdisziplinäre Geschlechterforschung, Wiesbaden 2019, 419 ff.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024 (zit.: BSK ZPO-NAME).

STEFFANINI FEDERICA, 12. ATF 145 II 153–167 (5.4.2019/a ; 8C_594/2018), in : RDAF 2020, 186 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.

UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG), Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: *Diss.*).

UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellung im Umfeld des Geschlechtergleichheitskontexts, in: Anwaltsrevue 2/2024, 67 ff. (zit.: *Anstellung*).

VÖGELI NICOLE C., Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 1996.

DE VRIES LISA/STEINMETZ STEPHANIE, Sexual Orientation, Workplace Authority and Occupational Segregation: Evidence from Germany, in: Work, Employment and Society 38 (3) 2023, 852 ff.

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, Habil. Freiburg 2003, Bern 2003.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2025 (zit.: BSK BV-NAME).

WAPLER FRIEDERIKE, «Die Frau ist frei geboren» – Feministische Perspektiven in der Rechts- und Sozialphilosophie, in: RphZ 2/2016, 115 ff.

WEIBEL ROSEMARIE, Jurisprudence concernant la loi sur l'égalité (LEg) – Rechtsprechung zum Gleichstellungsgesetz (GlG), in: FRI, Newsletter Gender Law 2025#2, 1. Juni 2025.

WYTTIG MONIQUE, Man kommt nicht als Frau zur Welt (1980), in: Beier (Hrsg.), Materialistischer Queer Feminismus, Theorien zu Geschlecht und Sexualität im Kapitalismus, 2. Aufl., Münster 2024, 27 ff.

ZIEGLER ANDREAS R./BUENO NICOLAS, Der verfassungsrechtliche Schutz von Lesben und Schwulen, in : Ziegler/Montini/Copur (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2015, 35 ff.

Postface

*Stéphanie Lachat**

« La timide loi sur l'égalité aura quand même fait peur », écrivait le journaliste Willy Boder le 18 mars 1994 dans les colonnes du *Nouveau Quotidien*. Les débats parlementaires étaient alors marqués par de fortes oppositions. Trente ans plus tard, cette ambivalence demeure : la loi sur l'égalité (LEg) est à la fois critiquée pour son ambition et ses lacunes. Pourtant, elle aura sans conteste marqué durablement le paysage juridique et social suisse. Plus de 1200 affaires judiciaires y font désormais référence. Leur recensement systématique est d'ailleurs en cours auprès de la Conférence suisse des délégué·e·s à l'égalité. Au-delà de la jurisprudence, il ne faut pas non plus sous-estimer les discussions internes dans les entreprises et les organisations, en amont de toute judiciarisation : cela témoigne aussi de son influence.

Les indicateurs relatifs à la participation des femmes au marché de l'emploi en Suisse montrent une progression régulière : la proportion de femmes dans la population active est passée de 33,9 % en 1970 à 46,7 % en 2023, selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique (OFS). La LEg a sans doute favorisé cette progression, en consolidant les bases constitutionnelles de l'égalité et en fixant des repères clairs : la discrimination en raison du sexe n'a pas sa place dans la sphère professionnelle en Suisse. La LEg participe ainsi à créer des conditions d'emploi durables pour toutes et tous.

Cette dimension est centrale dans un contexte où les politiques de diversité font parfois l'objet de contestations. Il convient alors de rappeler que la promotion de l'égalité contribue à la fois à la protection du personnel et à la performance des entreprises. Les recherches scientifiques sont nombreuses à démontrer le lien entre la diversité – qui s'entend au-delà du genre et concerne également l'origine, l'âge, l'état de santé, etc. – et l'efficacité organisationnelle : meilleure rentabilité, croissance durable, capacité

* Docteure ès sciences économiques et sociales, Co-directrice du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

d'innovation et attractivité sur un marché de l'emploi concurrentiel (Université de Saint-Gall, Advance, McKinsey, etc.).

La lutte contre le harcèlement sexuel illustre également l'importance de la LEg. Les résultats de l'étude menée en 2024 par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) sont préoccupants : un tiers des personnes interrogées déclarent avoir subi du harcèlement sexuel dans leur vie professionnelle (44 % des femmes et 17 % des hommes). La LEg offre une base indispensable pour prévenir et sanctionner ces comportements, contribuant ainsi à un environnement professionnel plus sûr et plus productif.

En matière d'égalité salariale entre femmes et hommes, la Suisse est reconnue internationalement pour son engagement, notamment grâce à l'outil d'analyse Logib que la Confédération met gratuitement à disposition des entreprises, tant privées que publiques. Cela est inscrit dans la LEg. La loi fédérale sur les marchés publics, elle, prévoit des contrôles de l'égalité salariale pour les entreprises actives dans ce domaine. Toutefois, malgré une baisse récompensant ces efforts, l'écart salarial moyen entre femmes et hommes en Suisse demeure : 16,2 % en équivalent plein temps. A cela s'ajoute que la différence effective des revenus du travail entre femmes et hommes sur l'ensemble de la vie active s'élève à 43,2 %, toujours selon l'OFS. Ces chiffres rappellent que les inégalités persistent, avec des conséquences économiques et sociales importantes : la dépendance financière expose en effet les femmes à des risques de pauvreté et de violence, tout au long de la vie active, et même une fois arrivées à la retraite.

La récente évaluation intermédiaire de la LEg par l'Office fédéral de la justice a montré que près de la moitié des employeuses et employeurs ne respectent pas tout ou partie des dispositions concernant l'analyse de l'égalité salariale, sa vérification et l'information y relative (art. 13a-h). Ce constat alimente les débats : certaines et certains plaident pour un renforcement de la loi, avec notamment des sanctions en cas de non-respect, tandis que d'autres tentent d'en réduire la portée, par exemple en introduisant de nouveaux facteurs explicatifs des différences salariales tels que l'état civil ou la parentalité. Or, la LEg interdit explicitement de telles justifications (art. 3 al. 1 LEg), car elles masqueraient des discriminations structurelles persistantes.

L'avenir de la LEg se joue sans doute ici : la Suisse souffre d'un déficit d'intégration des femmes sur son marché de l'emploi – particulièrement après la maternité et bien plus qu'ailleurs en Europe et dans le monde. Au-delà des infrastructures de garde extrafamiliale des enfants et du partage du travail non rémunéré, l'anniversaire de la LEg invite à questionner l'articulation entre choix individuel et contraintes structurelles. Les possibilités offertes aux femmes et aux hommes de combiner vie professionnelle et vie privée sont-elles réellement équitables ? Les conséquences sont-elles satisfaisantes pour l'économie en recherche de main-d'œuvre, pour les finances publiques et pour les personnes concernées ? En effet, occuper un emploi dans des conditions durables est un apport à la prospérité économique du pays, à l'autonomie financière et à l'épanouissement personnel.

Entre timidité et force, la LEg demeure un instrument central : elle incarne l'ambition d'une Suisse où les femmes et les hommes disposent, à parts égales, de conditions d'emploi et de vie équitables.

Berne, février 2026.

Karine Lempen / Anne-Sylvie Dupont (édit.)

30 ans de Loi fédérale sur l'égalité

Paru à l'occasion du colloque « 30 ans de Loi fédérale sur l'égalité », organisé le 5 février 2026 à l'Université de Genève, cet ouvrage reflète trente années d'expérience dans la réalisation de l'égalité entre les genres au niveau professionnel. Il réunit les contributions d'expertes et d'experts issus du milieu académique, de l'avocature ou de l'administration fédérale.

Après avoir analysé les développements récents du droit antidiscriminatoire aux échelles internationale et européenne, l'ouvrage s'intéresse à l'influence des technologies de recrutement sur les pratiques d'embauche, en particulier aux risques de discrimination liés à l'usage de l'intelligence artificielle. Il met en lumière les formes de discrimination les plus fréquemment portées devant les tribunaux — telles que les inégalités salariales, les licenciements en lien avec la grossesse ou encore le harcèlement sexuel — tout en attirant l'attention sur d'autres manifestations, plus rarement contestées en justice malgré leur prévalence, comme la répartition inégale des tâches ou les conditions de travail discriminatoires. L'ouvrage aborde également les enjeux procéduraux liés à l'application de la loi sur l'égalité, tant dans les relations de travail de droit privé que dans celles régies par le droit public. Enfin, il ouvre des perspectives d'évolution législative, en esquissant des pistes de réforme, notamment en matière de contrôle de l'égalité salariale et d'interdiction explicite des discriminations fondées sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle.

Madame la Conseillère fédérale Elisabeth Baume-Schneider, Cheffe du Département fédéral de l'intérieur, et Monsieur le Conseiller fédéral Beat Jans, Chef du Département fédéral de justice et police, nous ont fait l'honneur de rédiger la préface à l'ouvrage. Ce dernier a été dirigé par Karine Lempen et Anne-Sylvie Dupont, professeures à la Faculté de droit de l'Université de Genève et co-directrices, avec leur collègue Stéphanie Dagron, du Pôle Berenstein pour le droit du travail et de la sécurité sociale.

