

LA DISCRIMINATION « À RAISON DU SEXE » AU SENS DE LA LEG : UN CONCEPT EN VOIE D'ÉVOLUTION ?

Prof. Dr. Karine Lempen

Résumé des thèses présentées dans le rapport *Repenser la discrimination « à raison du sexe » au sens de la loi fédérale sur l'égalité (LEg) à la lumière de la CEDEF*

in Revue de droit suisse 2021 II 191 (ZSR 2021 II 191)

1. Afin d'améliorer l'efficacité de la LEg, la notion de discrimination « à raison du sexe » (art. 3 LEg) devrait être interprétée de manière à mieux prendre en considération la façon dont ce concept s'est développé depuis le début des années 1990. Les jurisprudences récentes du Comité CEDEF, de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne témoignent de cette évolution, caractérisée notamment par une attention croissante accordée aux conséquences nocives des stéréotypes de genre (art. 5 CEDEF) sur l'ensemble de la société.
2. Une compréhension plus fine de la discrimination « à raison du sexe » implique d'inclure dans le champ d'application de la LEg les discriminations dues au fait qu'une personne ne répond pas aux exigences d'une masculinité ou une féminité « standard », notamment en raison de son physique, de son apparence, de son comportement ou de son orientation affective et sexuelle (p. ex. un homme harcelé par ses collègues qui le jugent « efféminé » du fait de sa corpulence fluette ou de la façon dont il investit son rôle de père ou encore de son orientation homosexuelle).
3. Lors de l'analyse d'une discrimination *directe* en raison du sexe, il sied d'examiner l'existence d'un lien de causalité entre la mesure litigieuse (p. ex. un refus de promotion) et le critère « sexe » sans se limiter à comparer les personnes de sexe biologique féminin avec celles de sexe masculin. Le fait de s'extraire de la logique binaire permet d'appréhender, par exemple, la discrimination salariale entre femmes liée à la maternité ou celle vécue par les personnes transgenres en raison de leur identité. De même, lors de l'examen d'une discrimination *indirecte*, il faut se souvenir que l'impact discriminatoire d'une mesure apparemment neutre sous l'angle du genre peut exister même lorsqu'il n'est pas possible d'établir un écart considérable entre les proportions de femmes (respectivement d'hommes) au sein des groupes concernés par la mesure. Une analyse *qualitative* (plutôt que quantitative) permet de mettre en évidence, par exemple, l'effet discriminatoire d'un règlement interdisant le port de tout couvre-chef dans l'entreprise. Il se peut en effet que cette réglementation concerne, sur le plan quantitatif, autant de femmes que d'hommes mais qu'elle entraîne, sur le plan qualitatif, des conséquences particulièrement graves pour les femmes d'une certaine religion ou origine ethnique.
4. A notre connaissance, une discrimination multiple n'a encore jamais été invoquée dans les procès relatifs à la LEg. Le caractère multiple de la discrimination pourrait être pris en considération, par exemple, lors de la fixation des indemnités prévues par l'art. 5 LEg, dont le montant doit être arrêté « compte tenu de *toutes les circonstances* ». Par ailleurs, une travailleuse discriminée à la fois en raison de son genre et d'un handicap peut se prévaloir d'un droit à des aménagements raisonnables au sens de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), l'aménagement pouvant par exemple consister dans la mise à disposition d'un local d'allaitement qui soit accessible aux employées en chaise roulante.
5. Un recours accru aux concepts de discrimination « multiple », « par association » et au « droit à des aménagements raisonnables » au sens de la CDPH, permettrait d'enrichir la jurisprudence fondée sur la LEg et d'accroître l'efficacité de cette loi.