



**Stadt Zürich**

# **LGBTI et la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)**

Assises – La diversité au travail, Atelier juridique, Genève, les 28 et 29 novembre 2014

**Aner Voloder**, juriste et chargé de projets LGBTI, Bureau de l'égalité / Ville de Zurich



# But et champ d'application (art. 1 et 2 LEg)

## But

Promouvoir l'égalité dans les faits

Mandat constitutionnel (art. 4 al. 2 aCst; art. 8 al. 3 Cst.)

Droit international, par ex.:

- CEDEF - Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
- Convention de l'OIT n° 183 sur la protection de maternité

## Champ d'application

- Vie professionnelle
- Secteurs privé et public

# Interdiction de discriminer en raison du sexe (art. 3 LEg)

Interdit la discrimination des employé(e)s en raison du **sexe**, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur **état civil** ou leur **situation familiale** ou, s'agissant des femmes, leur **grossesse** (art. 3 al. 1)

L'interdiction de discriminer une personne à raison du sexe s'applique à tous les aspects de la relation de travail : embauche, attribution des tâches, aménagement des conditions de travail, salaire, promotion, formation, licenciement, etc. (art. 3 al. 2)

# Le harcèlement sexuel (art. 4 LEg)

Une discrimination particulièrement grave. La partie employeuse doit prendre les mesures pour le prévenir et pour y mettre fin.

Définition légale: comportement discriminatoire, importun, de caractère sexuel ou sexiste, portant atteinte à la dignité de la personne (aussi entre personnes de même sexe).

Exemples: plaisanteries sexistes, remarques embarrassantes sur l'apparence physique, le comportement sexuel ou l'orientation sexuelle de collègues, matériel pornographique, chantage sexuel, etc.

# Les droits découlant d'une discrimination (art. 5 LEg)

Quiconque subit ou risque de subir une discrimination peut requérir du tribunal ou de l'autorité administrative :

- de l'interdire (action en interdiction)
- de la faire cesser, si elle persiste (action en cessation)
- de constater son existence (action en constatation)
- d'ordonner le paiement du salaire dû / des indemnités spéciales.

Sont réservés aussi les prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.

# Autres dispositions

- Allègement du fardeau de la preuve (art. 6)
- Droit d'action des organisations (art. 7)
- Protection contre le licenciement (art. 10)
- Aides financières (art. 14)

*Les aides financières du BFEG peuvent être attribuées à des projets déposés par les associations de défense des personnes LGBTI, pour autant que ces projets remplissent les conditions générales d'une telle attribution.*

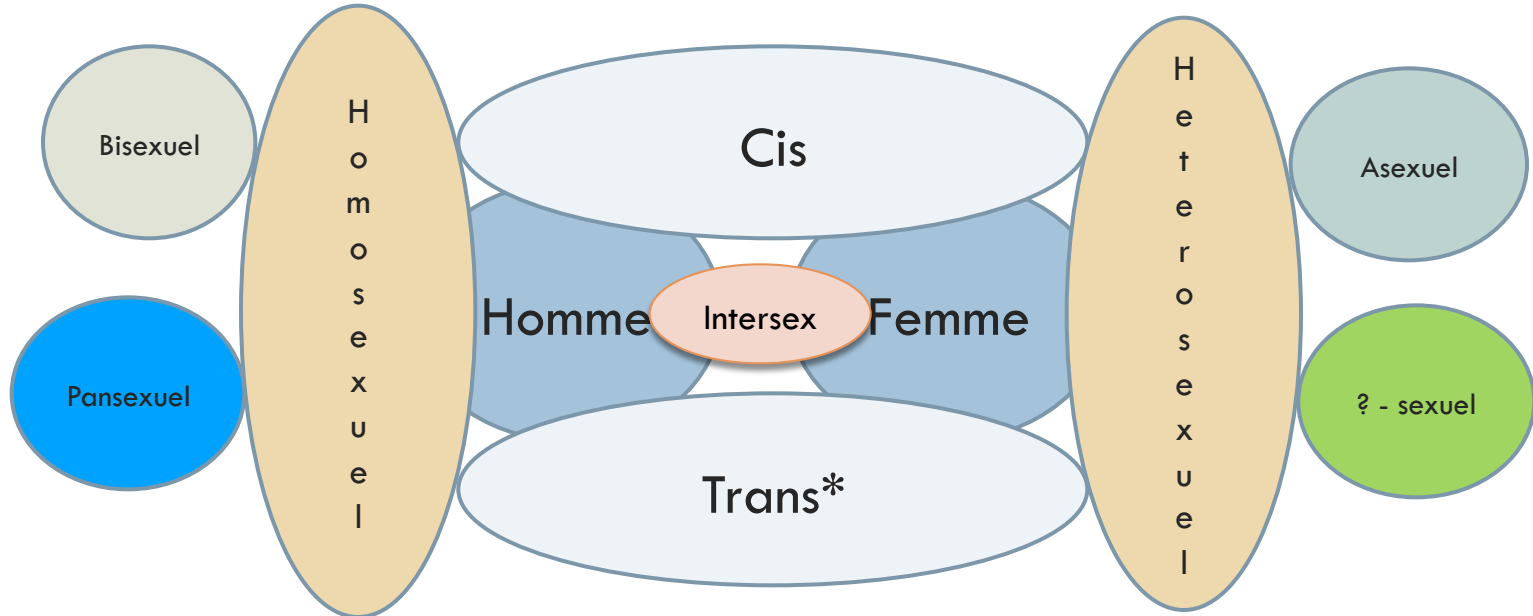
- Procédure de conciliation et les autorités paritaires (art. 197ss CPC)
- Absence de frais judiciaires (art. 113ss CPC)

## TABLEAU COMPARATIF

TYPE DE DISCRIMINATION	PRÉPARATION DU DOSSIER (voir p. 20)	DÉLAI POUR AGIR EN JUSTICE	SANCTIONS En plus des dommages-intérêts et du tort moral
<b>DISCRIMINATION À L'EMBAUCHE</b>	Demander à l'employeur de motiver le refus d'embauche par écrit	3 mois depuis le refus d'embauche (lettre, avis oral)	Maximum 3 mois de salaire prévu pour la fonction à titre d'indemnité LEg
<b>DISCRIMINATION EN COURS D'EMPLOI</b> (attribution des tâches, promotion, formation, etc.)	Etablir un dossier (demandes, réponses, lettres, mails, comparatif entre les sexes, etc.)	Tant que le préjudice dure ou dans les 10 ans après la mesure discriminatoire	Interdiction, cessation, constatation du comportement discriminatoire Eventuellement salaire dû (salaire plus élevé que la victime aurait obtenu si elle avait été promue, formée, etc.)
<b>DISCRIMINATION SALARIALE</b>	Etablir un dossier (échelle des salaires, demandes d'augmentation, fiches de salaire de collègues, tableau comparatif entre les fonctions, etc.)	5 ans dès le dernier salaire discriminatoire	Salaire dû + différentiel sur 5 ans
<b>LICENCIEMENT DISCRIMINATOIRE</b> (discrimination dans la résiliation des rapports de travail)	Demander à l'employeur les motifs du congé par écrit Déterminer la durée du délai de congé (cf. contrat, règlement d'entreprise, convention collective) <b>► S'opposer par écrit au licenciement pendant le délai de congé</b>	<b>► Dans les 180 jours depuis la fin du contrat de travail (fin du délai de congé)</b>	Maximum 6 mois de salaire à titre d'indemnité LEg
<b>HARCÈLEMENT SEXUEL</b>	Informers l'employeur du harcèlement dans la mesure du possible Etablir un dossier (liste des faits, traces écrites, témoins, etc.)	Dans les 10 ans à partir du dernier acte incriminé	Maximum 6 mois de salaire moyen suisse à titre d'indemnité LEg
<b>CONGÉ REPRÉSAILLES</b> (après s'être plainte d'une discrimination)	Demander les motifs du congé par écrit Chercher le lien entre la plainte pour discrimination et le congé Etablir un dossier	<b>► Dans le délai de congé</b>	Réintégration ou maximum 6 mois de salaire à titre d'indemnité (336a CO)

# Art. 3 LEg interdit la discrimination en raison du **sexe**

Mais qu'est-ce que c'est le **SEXE** ?





## LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Le Conseil Fédéral dans son *Message sur l'interdiction de discriminer selon art. 3 LEg* (FF 1993 I 1211):

«Les trois critères auxquels il est fait référence à l'art. 3 sont purement exemplatifs. D'autres critères pourraient être ajoutés à cette liste, par exemple celui des préférences sexuelles, dans la mesure où un tel critère est propre à désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe. »

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Elisabeth Freivogel sur l'art. 3 LEg dans: *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz* (Kaufmann/Steiger-Sackmann, Basel 2009, p. 17):

- Discrimination à cause de l'homosexualité = l'attribution réprouvée de rôle de genre = discrimination directe fondée sur le sexe;
- Discrimination en raison de « changement de sexe\* » = discrimination directe fondée sur le sexe.

\*Correctement il faut parler de *l'ajustement* ou de *l'adaptation de sexe*.

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Claudia Kaufmann sur l'art. 4 LEg dans: *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz* (Kaufmann/Steiger-Sackmann, Basel 2009, p. 59):

De plus, le harcèlement sexuel entre les personnes de même sexe peut constituer une discrimination en raison du sexe. La réflexion porte sur des cas où des individus sont harcelés en raison de leur orientation sexuelle qui en soi représente l'abandon de leur rôle (sexuel) traditionnel. Cette discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est dans ce cas une discrimination indirecte en vertu de l'art. 3 al. 1 LEg.

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Jakob Überschlag dans: *Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Zurich 2009, p. 53)*:

Affirmatif à la question de savoir si la notion de sexe au sens de la LEg comprend cit. „les hermaphrodites et les transsexuels“ mais nie que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle puisse généralement être subsumée sous la discrimination fondée sur le sexe, estimant qu'elle n'est pas conforme à la *ratio legis* de la LEg.

Cit. „Les hommes et les femmes peuvent être gays. Selon, il en manque la spécificité nécessaire de la notion de sexe.“

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Karine Lempen et Monique Cossali Sauvan sur l'art. 1 et l'art. 3 LEg dans:  
«Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité» (Genève 2011, p. 26 et 35s.):

En résumé : le traitement inégal de personnes transgenres sur le lieu de travail relève clairement de l'interdiction de la discrimination de la LEg. Elle n'offre pas *a priori* une protection contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle, à moins que cela n'inclut le comportement sexospécifique socialement dominant des personnes touchées.

Cit. « «lorsqu'une personne homosexuelle est discriminée, sur le plan professionnel, parce qu'elle ne se comporte pas conformément à ce qui est attendu d'une personne de son sexe»

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Les services de conciliation en Suisse alémanique sur **l'identité de genre**:

*AG 2007, cas 39 – Licenciement discriminatoire d'un homme trans\*.*

*ZH 2008, cas 165 – Non-engagement discriminatoire d'une femme trans\*.*

*TG 2009, cas 17 – Licenciement discriminatoire d'une femme trans\*.*

*ZH 2011, cas 226 – Discrimination en raison de l'identité de genre.*

*BE 2011, cas 83 – Licenciement discriminatoire d'une femme trans\*.*

[www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Le service de conciliation du canton de Zurich sur **l'homosexualité**:

*ZH 2002, cas 71 – Non-engagement discriminatoire d'un homme gay.*

*La question sur l'orientation sexuelle lors de l'entretien d'embauche était inadmissible et discriminatoire au sens de la LEg.*

*Compromis extrajudiciaire + dédommagement de 4'000.-*

*ZH 2010, cas 218 – Discrimination d'un informaticien à cause de son homosexualité*

*Le service de conciliation affirme sa compétence et l'application de la LEg. Cependant, il n'y a pas de procédure d'arbitrage dû au fait que la partie employeuse n'a pas comparu.*

[www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch)

# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Conclusion sur l'application de la LEg aux questions LGBTI:

La majorité de **la doctrine** approuve l'application de la LEg. Alors qu'elle est entièrement incontestée pour les identités transgenres et intersex, quelques auteur(e)s expriment a priori leurs réserves quant à l'application de l'art. 3 LEg pour les cas où la cause de la discrimination est l'orientation sexuelle des personnes concernées.

Dans **la pratique**, l'application de la LEg a déjà été confirmée à plusieurs reprises. Cependant, elle est limitée à des cas ayant été traités par les autorités de conciliation instaurées par la LEg. Selon les connaissances actuelles, aucun jugement n'est rendu par le pouvoir judiciaire.



# LGBTI et la LEg – Doctrine et pratique

Discussion:

*Serait-elle encore à la mode, la définition de sexe au sens de la LEg, étant si étroitement conçue, que selon elle, il n'y a que deux sexes et toute personne est par nature de sexe masculin ou féminin?*

*Dans quelle mesure la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut être interprétée comme fondée sur le sexe? Requier-t-elle un ancrage spécial au sein de notre droit positif?*

voir:

*Laura Adamietz, *Geschlecht als Erwartung* (« Sexe comme attente »), Baden-Baden, 2011.*

# Cas pratique

Alain travaille comme cuisinier dans un restaurant zurichois et vit en partenariat enregistré avec Daniel. Depuis six mois, le couple s'occupe du petit Robert (5) comme parents nourriciers.

Alain est ouvert en ce qui concerne son orientation sexuelle et il en parle librement au travail. Il y a déjà un certain temps qu'Alain est au courant de plusieurs remarques blessantes concernant le fait que lui et son mari sont parents nourriciers du petit Robert. Peter, son collègue de restaurant, se sent dégoûté et il ne le cache pas, de plus, il l'exprime sans retenue en utilisant des mots comme: tapettes, tantouses, pédo, etc. Alain s'en révolte, pourtant Peter continue d'en parler aux collègues et même aux quelques client(e)s du restaurant.

Alain se plaint auprès de sa cheffe qui ne le prend pas au sérieux et qui ne fait rien pour le protéger. Une semaine après, elle refuse de lui accorder un jour de congé pour qu'il puisse s'occuper de Robert, étant tombé malade, en disant que le petit n'est pas son fils et que, d'ailleurs, l'on ne peut pas être parents et homosexuels en même temps.

Que peut faire Alain?



**Stadt Zürich**

**Je vous remercie de votre  
attention.**

