



Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse

Avis de droit

DOMAINE DROIT

Département fédéral de l'intérieur DFI
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



TITRE

Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse

EDITEUR

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG

AUTEURES

Prof. Anne-Sylvie Dupont, Dre Zoé Seiler

DIFFUSION

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG
Schwarztorstrasse 51, 3003 Berne
ebg@ebg.admin.ch
www.bfeg.admin.ch

Ce rapport a été réalisé sur mandat du BFEG. Ses appréciations et interprétations ne reflètent pas forcément le point de vue du mandant.

Avis de droit sur mandat du
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG)

Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse

Genève, le 24 juin 2021
Prof. Anne-Sylvie Dupont et Dre Zoé Seiler

Table des matières

Table des abréviations.....	VI
Bibliographie.....	XIII
Résumé.....	XVI
Synthèse.....	XVII
I. Introduction.....	1
1. Considérations générales sur les notions d'égalité, de différence et de discrimination.....	1
2. Approche analytique.....	4
II. Recension des dispositions légales pertinentes.....	6
1. Etat – peuple – autorités.....	6
1.10 Constitution fédérale.....	6
1.10.1 Règles en matière de défense nationale.....	6
1.10.3 Règles en matière d'assurance-maternité.....	11
1.10.5 Règles en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.....	12
1.13.1 Confédération et Cantons.....	13
131.212 Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993.....	13
131.219 Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004.....	13
131.222.2 Constitution du canton de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984.....	14
131.223 Constitution du canton de Schaffhouse, du 17 juin 2002.....	14
131.229 Constitution de la République et canton du Tessin, du 14 décembre 1997....	14
131.231 Constitution du Canton de Vaud, du 14 avril 2003.....	14
131.234 Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst.-GE).....	14
131.235 Constitution de la République et canton du Jura, du 20 mars 1977.....	15
142.20 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI).....	15
142.31 Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi).....	16
151.1 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg).....	17
151.3 Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand).....	19
151.31 Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand).....	19
172.212.1 Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (Org DFI).....	20
172.213.1 Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP).....	20

172.220.1 Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)	20
172.220.111.3 Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers).....	21
172.220.111.31 Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers).....	21
172.220.141.1 Règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC)	22
172.220.142.1 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour le personnel du domaine des EPF (RP-EPF 1) 22	
172.220.142.2 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour les professeurs des EPF (RP-EPF 2)	22
Synthèse	23
2. Droit privé - Procédure civile - Exécution.....	24
210 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)	24
211.111.1 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation).....	30
211.112.2 Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC)	31
220 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations).....	31
232.22 Loi fédérale du 25 mars 1954 concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge.....	34
281.1 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)	35
291 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).....	35
Synthèse	36
3. Droit pénal - Procédure pénale - Exécution.....	38
311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937.....	38
311.039.7 Ordonnance du 13 novembre 2019 sur les mesures visant à prévenir et à combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique).....	47
321.0 Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM).....	49
Synthèse	49
4. École - Science - Culture	51
415.022 Ordonnance du 18 décembre 2020 sur l'octroi aux clubs de sports d'équipe professionnels et semi-professionnels de contributions à fonds perdu et de prêts visant à atténuer les conséquences de l'épidémie de COVID-19 (Ordonnance COVID-19 sports d'équipe)	51
420.111 Ordonnance du DEFR du 9 décembre 2013 relative à l'ordonnance sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (O-LERI-DEFR).....	51
Synthèse	52

5. Défense nationale	53
510.10 Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM)	53
510.107.0 Règlement de service de l'armée (RSA) du 22 juin 1994	54
510.30 Ordonnance du 30 mars 1949 de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'armée (OAdma)	54
510.32 Ordonnance du 26 octobre 1994 concernant les pouvoirs de police de l'armée (OPoA)	54
512.21 Ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi)	54
520.1 Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi)	55
520.11 Ordonnance du 11 novembre 2020 sur la protection civile (OPCi)	56
Synthèse	56
6. Finances.....	58
661 Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO)	58
661.1 Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEQ)	58
Synthèse	58
7. Travaux publics - Énergie - Transports et communications.....	59
748.01 Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv)	59
Synthèse	60
8. Santé - Travail - Sécurité sociale	61
810.11 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)	61
810.21 Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation)	63
810.30 Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH)	64
810.301 Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques (Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain, ORH)	65
810.31 Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, LRCS) ..	65
813.12 Ordonnance du 18 mai 2005 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides (Ordonnance sur les produits biocides, OPBio)	66
814.01 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE)	66
814.501 Ordonnance du 26 avril 2017 sur la radioprotection (ORaP)	66

817.022.104 Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (OBNP)	67
818.102 Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19)	68
818.311 Ordonnance du 28 octobre 2009 sur la protection contre le tabagisme passif (Ordonnance concernant le tabagisme passif, OOTP)	68
822.11 Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr)	68
822.111 Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1)	69
822.111.52 Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité)	73
822.113 Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé)	73
822.21 Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (Loi sur la durée du travail, LDT)	73
823.20 Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét)	74
824.0 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (LSC)	74
830.1 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)	74
831.10 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)	75
831.101 Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)	77
a. Rente de veuve et de veuf	77
b. Âge de départ à la retraite	79
831.111 Ordonnance du 26 mai 1961 concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative (OAF)	85
831.20 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI)	85
831.301 Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI)	85
831.40 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)	85
831.441.1 Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)	88
831.461.3 Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)	89
832.10 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)	90
832.102 Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal)	90

832.102.4 Ordonnance du 23 juin 1999 sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie	90
832.112.31 Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS)	91
832.20 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)	91
832.311.12 Ordonnance du 15 avril 2015 sur la sécurité des travailleurs lors de travaux en milieu hyperbare.....	92
832.321 Ordonnance du 25 août 1999 sur la protection des travailleurs contre les risques liés aux microorganismes (OPTM).....	92
834.1 Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG).....	93
834.11 Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG)	95
836.1 Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)	101
836.2 Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières aux organisations familiales (Loi sur les allocations familiales, LAFam)	102
836.21 Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam).....	102
837.0 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI)	103
837.02 Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI).....	103
857.5 Loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse	104
857.51 Ordonnance du 12 décembre 1983 sur les centres de consultation en matière de grossesse	104
Synthèse	105
9. Économie - Coopération technique.....	108
916.161 Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, OPPh)	108
951.25 Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME	108
Synthèse	108
III. Conclusions	110
1. Catégorie 1.....	110
2. Catégorie 2.....	112
3. Catégorie 3.....	113
Annexe : Tableau récapitulatif.....	115

Table des abréviations

aCst.	ancienne Constitution fédérale
AI	Assurance-invalidité
al.	Alinéa
APG	Allocation pour perte de gain
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BNS	Banque nationale suisse
BFEG	Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
BO	Bulletin officiel
c.	considérant
CAJ CN	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CDE	Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
cf.	<i>confer</i>
CFQF	Commission fédérale pour les questions féminines
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CN	Conseil National
CNE	Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)
COFF	Commission fédérale pour les questions familiales
CourEDH	Cour européenne des droits de l’homme
COVID-19	Coronavirus Disease 2019
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927
CR CC I	Commentaire romand du Code civil, volume I
CR CP II	Commentaire romand du Code pénal, volume II
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
CVS	Commission de visite sanitaire
DEFR	Département fédéral de l’économie, de la formation et de la recherche
DFI	Département fédéral de l’intérieur
disp. trans.	disposition(s) transitoire(s)
EAM	Journée d’examen médical et d’appréciation médicale
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
FF	Feuille fédérale
FNS	Fonds national suisse de la recherche scientifique
IFSN	Inspection fédérale de la sécurité nucléaire
Ip	Interpellation
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l’assurance-accidents
LAAM	Loi fédérale du 3 février 1995 sur l’armée et l’administration militaire

LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières aux organisations familiales
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants
LChim	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail
LDT	Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration
let.	lettre
LF	loi fédérale
LFA	Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture
LHand	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération

LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LPPCi	Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile
LRaP	Loi du 22 mars 1991 sur la radioprotection
LRCS	Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires
LRH	Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain
LSC	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil
LTEO	Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir
LTR	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce
mSv	millisievert
N	numéro marginal
O-LERI-DEFR	Ordonnance du DEFR du 9 décembre 2013 relative à l'ordonnance sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
OAdma	Ordonnance du 30 mars 1949 de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'armée
OAF	Ordonnance du 26 mai 1961 concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative
OAFam	Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie

OBNP	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers
OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil
OFEC	Office fédéral de l'état civil
OFJ	Office fédéral de la justice
OHand	Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées
OIT	Organisation internationale du travail
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail
OLT 3	Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail
OMi	Ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation mondiale des Nations Unies
O-OPers	Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération
OPAS	Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie
OPBio	Ordonnance du 18 mai 2005 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides
OPC-AVS/AI	Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité
OPCi	Ordonnance du 11 novembre 2020 sur la protection civile
OPers	Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération
OPoA	Ordonnance du 26 octobre 1994 concernant les pouvoirs de police de l'armée
OPP 2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

OPP 3	Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance
OPPh	Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires
OPTM	Ordonnance du 25 août 1999 sur la protection des travailleurs contre les risques liés aux microorganismes
OPTP	Ordonnance du 28 octobre 2009 sur la protection contre le tabagisme passif
ORaP	Ordonnance du 26 avril 2017 sur la radioprotection
Org DFI	Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur
Org DFJP	Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police
ORH	Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques
OSAV	Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires
OSAv	Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation
OTEO	Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir
P-Cst.	Projet de Constitution
p.	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
Po	Postulat
PRN	Pôles de recherche nationaux
RAPG	Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants
REAS	Responsabilité et assurances (= HAVE)
RO	Recueil officiel

RP-EPF 2	Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour les professeurs des EPF
RP-EPF 1	Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour le personnel du domaine des EPF
RPEC	Règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS GE	Recueil systématique du droit genevois
RSA	Règlement de service de l'armée du 22 juin 1994
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
TF	Tribunal fédéral
tit. fin.	Titre final
ZBI	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>

Bibliographie

AUBRY-GIRARDIN Florence in DUNAND Jean-Philippe, MAHON Pascal (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

BERSET DUFT Sophie in AMARELLE Cesla, NGUYEN Minh Son (édit.), *Code annoté de droit des migrations, volume IV Loi sur l'asile*, Berne 2015.

BIAGGINI Giovanni, *BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich 2017.

BONDOLFI Sibilla, *Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung*, Zurich 2012.

BÜCHLER Andrea, CLAUSEN Sandro in BÜCHLER Andrea, RÜTSCHÉ Bernhard (édit.), *Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG)*, Berne 2020.

COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FAMILIALES (COFF), Congé parental – Allocations parentales, Un modèle de la COFF pour la Suisse, 2010 ; <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-35872.html>, consulté le 22 juin 2021.

COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE POUR LA MÉDECINE HUMAINE (CNE), « La procréation médicalement assistée, considérations éthiques et propositions pour l'avenir. Prise de position n° 22/2013 », <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html>, consulté le 22 juin 2021.

CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse, volume I*, Berne 2010.

COSSALI SAUVAIN Monique in AUBERT Gabriel, LEMPEN Karine (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011.

FAVRE Christian, MUNOZ Charles, TOBLER Rolf A., *Le contrat de travail code annoté*, Lausanne 2010.

FLÜCKIGER Thomas in GÄCHTER Thomas, GEISER Thomas, SCHNEIDER Jacques-André (éd.), *Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)*, Berne 2010.

FLUDER Robert, SALZGEBER Renate, VON GUNTEN Luzius, KESSLER Dorian, FANKHAUSER Regine, *Ecart de rentes en Suisse - Différences entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes - Rapport final*, 27 février 2015 / 9 octobre 2015, <https://arbor.bfh.ch/6267/>, consulté le 22 juin 2021.

GARIBIAN Sévane in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

GRAF Roman D. in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

GUILLOD Olivier in PICHONNAZ Pascal, FOËX Bénédict (éd.), *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle 2010 (cité : CR CC I-AUTEUR).

HRUSCHKA Constantin in SPESCHA Marc (éd.), *Migrationsrecht Kommentar*, Zurich 2019.

HURTADO POZO José, ILLANEZ Federico in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

HÜRZELER Marc, CADERAS Claudia, *Bundesgesetz über die Unfallversicherung*, Berne 2018.

MADER Luzius, HÜRZELER Marc, *Die schweizerische Bundesverfassung*, St-Gall 2014.

MEIER Philippe, STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, Zurich 2019.

MEYLAN Patricia, GANDOUY Aurélie in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

PAYCHERE François in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

PERRENOUD Stéphanie, *Prévoyance professionnelle et égalité des sexes : états des lieux et perspectives*, REAS 2020, p. 3 ss (cité : PERRENOUD, Prévoyance).

PERRENOUD Stéphanie, *Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?*, PJA 2014, p. 1652 ss (cité : PERRENOUD, Congé de maternité).

PERRENOUD Stéphanie, *La rente de conjoint survivant à l'épreuve de l'égalité entre les sexes : valse-hésitation et musique d'avenir*, in LENDFERS Miriam, GÄCHTER Thomas, MOSIMANN Hans-Jakob (éd.), *Allegro con moto – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser*, Saint-Gall 2020, p. 443 ss (cité : PERRENOUD, Rente).

POSSE-OUSMANE Samah, PROGIN-THEUEKAUF Sarah, *Code annoté de droit des migrations, volume IV Loi sur l'asile*, Berne 2015.

QUELOZ Nicolas, ILLANEZ Federico in MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

RUBIN Boris, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Zurich 2014.

SATTIVA SPRING Christine, in DUNAND Jean-Philippe, LEMPEN Karine, MAHON Pascal (éd.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail / Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt - 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg / 1996–2016 : 20 Jahre Gleichstellungsgesetz*, Zurich 2016.

SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, SECO, *Commentaire de la LTr ad art. 35 al. 1 et 35a LTr*, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html>, consulté le 22 juin 2021.

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, SECO, Commentaire de l'OLT 1 ad art. 60 al. 1 et 2 OLT 1, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>, consulté le 22 juin 2021.

SPESCHA Marc *in* SPESCHA Marc (éd.), *Migrationsrecht Kommentar*, Zurich 2019.

VIREDAZ Baptiste, CHANSON François *in* MACALUSO Alain, MOREILLON Laurent, QUELOZ Nicolas (éd.), *Commentaire romand, Code pénal II*, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR).

WYLER Rémy, *Loi sur le travail*, Berne 2005.

Résumé

La présente étude recense les différences formelles de traitement des femmes et des hommes dans le droit fédéral, en identifie les causes et se prononce sur leur justification, afin d'identifier les discriminations directes entre femmes et hommes.

Plusieurs de ces différences reposent directement sur des motifs biologiques et physiologiques, à l'instar des règles de protection de la maternité (particulièrement dans le droit du travail et des assurances sociales). De telles différences sont considérées comme justifiées et ne soulèvent pas de critique.

De même, la loi tend parfois à favoriser les femmes dans l'optique d'atteindre une égalité des sexes dans les faits et de compenser les discriminations et violences diverses dont elles sont victimes. Ainsi, la protection des femmes réfugiées (LAsi) ou incarcérées (CP) ou encore victimes de violences (Convention d'Istanbul) reposent sur des motifs justifiés.

À l'opposé, l'étude a identifié plusieurs règles de droit fédéral opérant des différences de traitement entre femmes et hommes qui ne sont pas, ou pas suffisamment, justifiées ou justifiables par des motifs biologiques ou physiologiques, voire qui ne le sont pas du tout, et qui ne reposent pas sur un objectif de réalisation de l'égalité de fait.

La différence biologique entre les femmes et les hommes ne suffit ainsi pas – ou plus – pour justifier l'existence de règles différentes en matière de filiation, de viol, de procréation médicalement assistée ou encore d'armée. Quant aux discriminations existant dans le domaine des assurances sociales (différences en matière de rentes de veuve et de veuf ou d'âge de départ à la retraite), elles sont le fruit de considérations historiques, notamment la répartition traditionnelle des tâches entre femmes et hommes, et leur justification est aujourd'hui remise en question.

Il ressort toutefois de l'analyse que le débat national, juridique et social, autour de ces discriminations n'a pas la même importance selon les sujets. Si l'inégalité de traitement en matière de service obligatoire est peu remise en question, celles qui touchent la rente de veuve ou de veuf, l'âge de départ à la retraite ou la définition du viol suscitent davantage de discussions. Le débat relatif à l'âge de la retraite est actuellement le plus vif, car à l'inégalité formelle s'ajoutent nombre d'inégalités matérielles résultant du partage historique des tâches entre femmes et hommes et des discriminations dans le monde du travail, qui confèrent au débat un caractère émotionnel intense. De manière générale, la protection sociale semble concentrer ainsi une part importante des inégalités formelles (et matérielles), la rectification des unes n'entraînant pas forcément celle des autres.

Synthèse

Afin de permettre un aperçu du contenu des différents volumes du droit interne fédéral en matière de distinctions opérées entre les femmes et les hommes, les synthèses concluant l'analyse de chaque volume sont ici reproduites. Un tableau récapitulatif figure à la fin de l'avis de droit¹.

VOLUME I

Le premier volume du droit fédéral comporte diverses distinctions entre les femmes et les hommes, dont la plupart n'appelle pas de commentaires particuliers.

Plusieurs de ces règles opèrent en effet des distinctions entre femmes et hommes qui sont justifiées par des différences physiologiques (catégorie 1 selon l'analyse adoptée dans le présent avis de droit²), telles que les règles en matière de maternité/paternité et d'assurance-maternité/congé de paternité (art. 41, 116 Cst. et de nombreuses constitutions cantonales ; art. 40, 40a O-OPers) et de procréation médicalement assistée (art. 119 Cst.).

En tant que telle et sous l'angle des règles contenues dans la Constitution, la protection de la maternité n'appelle pas de remarques plus détaillées dans la mesure où la règle est générale et d'ordre programmatique, sans indications spécifiques relatives à sa concrétisation.

Quelques lois distinguent les femmes des hommes en visant la promotion de l'égalité de fait et la prise en compte des besoins particuliers des femmes dans ce cadre (art. 53a LEI ; art. 3, 17 LAsi ; art. 3, 15 LEg ; art. 5, 21 LHand ; art. 5 Org DFI ; art. 7 Org DFJP ; art. 5 OPers). Il s'agit là encore d'un motif justifié de distinction (catégorie 1).

Il faut toutefois s'attarder sur les règles relatives au service obligatoire (militaire, civil, etc.) (art. 59, 61 Cst.), imposé uniquement aux hommes. La distinction opérée entre femmes et hommes peut être considérée comme problématique et injustifiée. Le fait qu'elle figure dans la Constitution permet à la jurisprudence de la considérer comme légalement valide (cf. art. 190 Cst.). L'absence de véritable débat sur ce point et d'alternative satisfaisante permet au *statu quo* de s'imposer pour l'instant. Cette différence doit ainsi être considérée comme de catégorie 2.

Enfin, des distinctions relatives au système de retraite en vigueur sont opérées dans le cadre de l'emploi du personnel fédéral (art. 41a LPers ; RPEC ; RP-EPF 1 ; RP-EPF 2). Ainsi que cela est développé dans le volume 8 du droit interne, il s'agit de distinctions non justifiées qui soulèvent de nombreuses critiques (catégorie 3).

VOLUME II

Le deuxième volume du droit interne comporte également des distinctions entre les femmes et les hommes.

¹ Cf. annexe.

² Pour la description des trois catégories, cf. I.1.

En matière de filiation, le droit opère des distinctions en matière d'établissement de la maternité et de la paternité (art. 109, 252, 255-263, 270a, 295, 298a, 298c CC ; art. 9c OEC ; art. 81, 83 LDIP). Si ces distinctions résultent très probablement autant de la tradition que de considérations physiologiques en matière de conception d'enfants, il est permis de douter aujourd'hui de ce qu'une différence physiologique justifie absolument de ne pas adopter de règles plus égalitaires ou identiques. Toutefois, les critiques relatives à ces règles en matière d'égalité entre femmes et hommes sont peu importantes, de sorte que ces règles peuvent être classifiées dans les catégories 1 ou 2.

D'autres différences sont opérées entre femmes et hommes pour des raisons physiologiques (art. 7 Loi sur la stérilisation) et sont ainsi justifiées (catégorie 1).

Le Code des obligations (art. 324a, 328a, 329b, 329f, 329g, 336c CO) procède à des distinctions dans la mesure où il traite des congés en matière de maternité et de paternité qui reposent initialement sur une distinction justifiée (essentiellement d'ordre physiologique en lien avec la maternité).

Ces distinctions ne suscitent actuellement pas de débats particuliers sous l'angle de l'égalité entre les femmes et les hommes (catégorie 2), bien que cette approche doive être nuancée par l'analyse de la maternité sous l'angle des assurances sociales. Il convient en particulier de se référer aux lois suivantes :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ; **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **834.1** Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)) ; **834.11** Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG).

Il sied enfin de mentionner une protection particulière des femmes ayant récemment accouché (art. 2 loi traitant de l'emblème et du nom de la Croix-rouge). S'agissant d'une norme déclarative, il ne s'agit pas d'une véritable distinction opérée par la loi. Quelques dispositions transitoires de la LP (art 2. dispositions transitoires modification du 16 décembre 1994) distinguent les femmes et les hommes, mais dans un souci de cohérence du droit qui s'estompera.

VOLUME III

Le volume trois du droit interne comporte lui aussi des différences entre femmes et hommes.

Plusieurs différences sont liées à ou motivées par les différences physiologiques entre femmes et hommes, notamment la maternité (art. 116, 118-120 CP). Ces différences peuvent être considérées comme appartenant à la catégorie 1. S'agissant des mutilations génitales (art. 124 CP), les normes ne protégeant spécifiquement que les femmes s'inscrivent dans une volonté de promouvoir l'égalité de fait ou à tout le moins de lutter contre une discrimination répétée tout en se basant sur une différence physiologique et les conséquences graves que les mutilations génitales ont sur les femmes (il s'agit dès lors également de différences de

catégorie 1). Les normes en matière de répression d'actes graves (art. 260bis, 264a, 264e CP), de conditions de détention, de prévention de la violence à l'encontre des femmes (Convention d'Istanbul, Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique) s'inscrivent dans les mêmes logiques (promotion de l'égalité de fait et protection de la maternité).

En revanche, les distinctions opérées entre les femmes et les hommes en matière de viol (art. 190 CP, art. 109, 112a, 154 CPM) ne sont pas justifiées – et ont été abandonnés par d'autres législations. Ces distinctions font l'objet de nombreuses critiques, tant de la part de la société civile que des associations ou de membres de l'Assemblée fédérale (catégorie 3).

VOLUME IV

Nous relevons la quasi-absence de toute distinction entre les femmes et les hommes en matière d'éducation, de science et de culture. Les art. 2, 8 et 9 Ordonnance COVID-19 sports d'équipe et l'art. 8 O LERI DEFR reflètent des distinctions minimales et justifiées par la promotion de l'égalité de fait (catégorie 1).

VOLUME V

Les distinctions opérées dans le volume cinq entre les femmes et les hommes, en matière de défense nationale, découlent des règles contenues dans la Constitution.

Ainsi, les art. 2, 3, 8 LAAM, 3 RSA, 11, 42, 87 OMi, 29, 33 LPPCi et 5 OPCi doivent-ils être considérés, tout comme les règles constitutionnelles en la matière, comme appartenant à la catégorie 2, soit comme des règles créant des distinctions entre les femmes et les hommes injustifiées, mais qui ne sont que peu critiquées.

Pour le surplus, il convient de se référer aux considérations y relatives dans le chapitre consacré au premier volume du droit interne³.

VOLUME VI

Les distinctions opérées entre les femmes et les hommes dans le volume six, en matière de finance et de taxation (LTEO et OTEO), découlent des règles contenues dans la Constitution relativement à la défense nationale et appartiennent à la catégorie 2. Il convient dès lors également de se référer aux considérations y relatives dans le chapitre consacré au premier volume du droit interne⁴.

VOLUME VII

Le volume sept ne comprend qu'une seule distinction entre les femmes et les hommes, à savoir l'interdiction pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent de travailler en service de vol (art. 34-36 OSAv). Cette interdiction qui découle directement des règles de

³ Cf. *infra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

⁴ Cf. *infra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

protection de la santé de la femme dans le cadre de la maternité et des différences physiologiques entre femmes et hommes appartient à la catégorie 1.

VOLUME VIII

Le volume huit du droit interne suisse est le siège de l'essentiel des différences formelles que la loi établit entre les femmes et les hommes.

En premier lieu, le volume huit contient de nombreuses règles différenciant femmes et hommes pour des motifs justifiés, à savoir essentiellement pour des motifs tenant à la protection de la maternité (règles de catégorie 1).

L'on peut ainsi mentionner les règles :

- relatives au don d'embryons et à la maternité de substitution (art. 4 (s'agissant du don d'embryons et de la maternité de substitution), 29-31 LPMA),
- relatives à la transplantation et à la recherche sur l'être humain (art. 37, 39, 69 Loi sur la transplantation ; art. 26, 27, 39 LRH ; art. 44, 45 ORH ; art. 3, 24 LRCS),
- sur l'environnement et la protection contre certains produits notamment pour les femmes enceintes (art. 21 OPBio ; art. 13 LPE ; art. 53, 57, 58, 142 ORaP ; art. 6 OPTP),
- sur les informations contraignantes devant figurer sur les produits pour nourrissons qui s'adressent uniquement aux femmes sans raison, mais ne sont en réalité contraignantes que pour les fabricants de produits et ne créent pas véritablement de différences (art. 22a OBNP),
- sur la promotion du sport dans la Loi COVID-19 (art. 12b),
- sur la protection de la maternité au travail (art. 35-35b, 59 LTr ; art. 13, 43, 60-66 OLT 1 ; Ordonnance sur la protection de la maternité ; art. 34, 171 OLT 3 ; art. 2 LDét ; art. 16 Ordonnance sur la sécurité des travailleurs en milieu hyperbare ; art. 11, 14a OPTM),
- sur la prise en charge de la maternité par l'assurance obligatoire des soins en matière de maladie (art. 29, 30 LAMal ; art. 33, 96, 104 OAMal ; art. 5 Ordonnance sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie ; art. 13 ss OPAS),
- sur les femmes au chômage élevant des enfants (art. 19 LAFam ; art. 10, 16a OAFam ; art. 13, 14 LACI ; art. 13 OACI),
- sur les centres de consultation en matière de grossesse dans lesquels les femmes enceintes peuvent se rendre (art. 1 de la Loi et art. 1 de l'Ordonnance sur les centres de consultation en matière de grossesse),

- sur le congé de maternité et de paternité (art. 16b-16m LAPG ; art. 4, 5, 24-35 RAPG ; art. 10 LFA).

Il est à noter toutefois que si l'existence d'un congé de maternité n'est pas débattue, l'aspect minimaliste du congé de paternité est davantage susceptible de l'être. Si l'on peut discuter du fait qu'il constitue une inégalité formelle dans la loi, il entraîne une importante inégalité dans les faits, reportant encore les charges de famille essentiellement sur les femmes. L'état du droit en la matière est loin de satisfaire globalement et les discussions ont toujours cours à ce sujet.

Ensuite, le volume huit contient des règles qui ne peuvent être justifiées au regard de l'égalité entre femmes et hommes mais qui ne sont que peu critiquées (catégorie 2).

Il en va ainsi de l'autorisation du don de sperme alors que le don d'ovules est interdit (art. 4 LPMA - (s'agissant du don d'ovules) ne repose pas sur des considérations physiologiques, bien que telle soit la justification donnée à ces règles. Au contraire, il apparaît que ce sont des valeurs d'ordre sociétales qui ont été privilégiées par rapport au principe d'égalité.

Les règles relatives au service civil (art. 15 LSC) font également partie de cette catégorie, tout comme l'ensemble de celles relatives au service militaire⁵.

La distinction opérée en matière de rente de veuf et de veuve (art. 23-24a, f dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 46 RAVS ; art. 29, 32 LAA) est contraire au droit supérieur et ne repose, d'un point de vue strictement juridique, sur aucune justification. Si elle n'est pas immédiatement au centre des discussions actuelles en matière de révision de la LAVS, cette règle appelle une modification prochaine.

Finalement, le volume huit contient, comme cela a été mentionné des règles qui ne peuvent être considérées comme conforme au postulat d'égalité contenu dans la Constitution et qui génèrent des discussions et un débat important au cœur des institutions comme de la société civile (catégorie 3).

La différence en matière d'âge de la retraite des femmes et des hommes (art. 3-5, 21, 39, 40, c et d dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 6^{quater}, c dispositions finales RAVS ; art. 13a OAF ; art. 2 LAI ; art. 45 OPC-AVS/AI ; art. 13, 14, 16, 24, 95, b, c, e dispositions transitoires 03.10.2003 LPP ; art. 62a-62c OPP 2 ; disposition finale OPP 3) est un sujet complexe qui n'a pas encore trouvé d'aboutissement, malgré le fait que les inégalités entre les sexes soient identifiées depuis longtemps⁶. L'élimination de l'inégalité formelle opérée par la loi se heurte à l'argument des nombreuses inégalités subies par les femmes durant toute leur carrière, qui ont un impact sur le montant de leurs retraites. Certes, la suppression de cette différence permet d'assurer un traitement formellement égal par la loi des femmes et des hommes. Cependant, un tel traitement n'aura pas pour effet de diminuer l'inégalité de fait dans l'AVS, qui découle d'une multitude de facteurs, notamment les différences de salaire et le temps

⁵ Cf. volumes I et V (RS 1.19 et 510.10, 520.1).

⁶ Cf. FF 1986 I 1217. Le Conseil fédéral prévoyait une égalité absolue des droits en la matière lors des révisions prévues dans les années 1990.

partiel des femmes. Cette imbrication des inégalités de fait et d'une inégalité formelle est unique et probablement la plus complexe parmi les différences identifiées dans la présente étude. À ce jour, aucune solution satisfaisante ou de compromis ne semble avoir été trouvée, alors que le Parlement se penche sur la réforme AVS 21.

Force est ainsi de constater qu'en matière de protection sociale le droit suisse comporte plusieurs différences de traitement entre femmes et hommes, qui ne sont pas du tout ou pas totalement justifiées. Les inégalités de fait existantes, notamment dans le domaine de l'emploi, s'ajoutent à ce constat et renforcent la discrimination touchant les femmes, rendant délicate toute tentative de réforme.

VOLUME IX

Le volume neuf contient deux distinctions entre les femmes et les hommes, qui assurent :

- une coordination en matière de protection de la maternité dans les rapports de travail (art. 3 OPPh), en accord avec la LTr, l'OLT 1, l'Ordonnance sur la protection de la maternité et l'OLT 3) et
- la mise en œuvre des objectifs de la Confédération en matière de promotion de l'égalité de fait (art. 2 Loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME).

Il s'agit de différences de catégorie 1, pleinement justifiées aux yeux de la loi.

I. Introduction

L'étude a pour but d'identifier les différences entre les femmes et les hommes dans l'ensemble du droit fédéral interne, soit les volumes 1 à 9 du Recueil systématique du droit fédéral, dans leurs versions à jour au 30 juin 2021, puis de déterminer s'il s'agit d'une discrimination. L'étude n'a pas vocation à examiner le droit cantonal, mais peut signaler cas échéant si des règles de droit fédéral entraînent de potentielles discriminations dans le cadre de leur mise en œuvre en droit cantonal.

Cet avis de droit est destiné à servir de base à un rapport que le Conseil fédéral doit établir en réponse à un postulat du 19 septembre 2019 (Po Caroni 19.4092, « Droit fédéral et inégalités de traitement des femmes et des hommes ») et à une interpellation du 5 juin 2019 (Ip Caroni 19.3548 « Quelles sont les dispositions du droit fédéral qui instaurent directement un traitement différent des femmes et des hommes ? »).

L'avis de droit est rédigé selon la méthode suivante :

- Identification des bases légales topiques ;
- Reproduction des bases légales topiques identifiées comme induisant une différence directe entre les femmes et les hommes ;
- Rassemblement des sources jurisprudentielles pertinentes et cas échéant des interventions ou discussions parlementaires ;
- Rédaction, dans la mesure nécessaire, de brèves notices explicatives mentionnant, s'ils existent, les principaux avis jurisprudentiels et doctrinaux émis à leur propos ;
- Rédaction d'une conclusion comprenant la synthèse des travaux.

L'avis de droit reprendra la classification opérée par le droit fédéral, soit les neuf volumes du recueil systématique. Les dispositions légales identifiées feront l'objet d'une analyse dans la mesure utile. Des renvois seront également effectués lorsqu'une thématique est reprise dans divers volumes (par exemple la protection de la maternité ou la défense nationale). Au préalable, il convient toutefois de définir les notions sur lesquelles se base l'analyse.

1. Considérations générales sur les notions d'égalité, de différence et de discrimination

Le mandat d'avis de droit confie aux mandataires l'identification des « inégalités de traitement directes des femmes et des hommes », ainsi que l'identification des « discriminations directes » entre les représentants des deux sexes.

Les règles identifiées le sont sur la base du critère de la simple différence (ou distinction, les deux notions étant synonymes dans le cadre de cette étude). À partir du moment où une règle de droit s'applique à l'un des deux sexes uniquement ou opère un traitement différencié, il convient de la mentionner.

Dans un second temps, il est nécessaire d'approfondir la réflexion et d'identifier la nature des différences opérées entre les femmes et les hommes, ainsi que leurs motivations et leurs buts. En particulier, il s'agit d'examiner s'il s'agit d'une discrimination, quand bien même la différence opérée serait conforme au droit et au système juridique suisse et international.

S'agissant de la notion de discrimination, il y a lieu de considérer ce qui suit : en 1982, le Tribunal fédéral a été amené à cerner les contours des inégalités entre les femmes et les hommes. La Constitution alors applicable prévoyait l'égalité entre femmes et hommes dans son art. 4 al. 2. Cette règle posait, selon les juges fédéraux, le principe selon lequel l'homme et la femme devaient être traités de manière égale dans tous les domaines juridiques et sociaux, ainsi qu'à tous les niveaux étatiques⁷. Toutefois, le Tribunal fédéral, reprenant les termes du Conseil fédéral, précisait que le principe de l'égalité entre les sexes ne signifiait pas pour autant un nivellement total, de sorte que des exceptions étaient tolérées lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe excluait absolument une égalité de traitement ; tel était le cas, par exemple, de la protection de la femme enceinte ou récemment accouchée⁸. Le Tribunal fédéral précisait au surplus que la notion d'égalité des chances signifiait que les femmes et les hommes devaient formellement être placés dans la même situation juridique⁹.

La révision de la Constitution fédérale de 1999 a entraîné la refonte de l'article sur l'égalité, devenue l'art. 8, désormais formulé ainsi :

¹ Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

² Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

³ L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

En 2019, le Tribunal fédéral a rappelé la définition jurisprudentielle de la discrimination, cette fois au regard du droit aujourd'hui en vigueur. Il y a ainsi discrimination lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation¹⁰. Toujours selon la Haute Cour, « le principe de non-discrimination n'interdit pas pour autant toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible¹¹ (...). En d'autres termes, distinguer ne signifie pas nécessairement discriminer. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent cependant faire l'objet d'une justification particulière¹² (...). En matière d'égalité entre les

⁷ ATF 108 Ia 22, c. 5.

⁸ ATF 108 Ia 22, c. 5 ; FF 1980 I 146. Cf. aussi ATF 144 V 184, c. 5.2 ; FF 1980 I 146 et FF 1986 I 1138 s.

⁹ ATF 108 Ia 22, c. 5 ; FF 1980 I 124.

¹⁰ TF 4A_248/2019, 4A_398/2019 du 25 août 2019, c. 9.5. Cf. aussi ATF 140 I 2, c. 6.4.2; 138 I 205, c. 5.4; 137 V 334, c. 6.2.1.

¹¹ TF 4A_248/2019, 4A_398/2019 du 25 août 2019, c. 9.5. Cf. aussi ATF 140 I 2, c. 6.4.2; 137 V 334, c. 6.2.1.

¹² TF 4A_248/2019, 4A_398/2019 du 25 août 2019, c. 9.5. Cf. aussi ATF 137 V 334, c. 6.2.1 ; 135 I 49, c. 4.1.

sexes, un traitement distinct est possible s'il repose sur des différences biologiques excluant catégoriquement un traitement identique »¹³. Ce critère est formulé strictement et n'importe quelle différence biologique ne peut dès lors être invoquée¹⁴.

Par ailleurs, comme le relevait le Conseil fédéral dans son Rapport sur le programme législatif « Égalité des droits entre hommes et femmes » en 1986, « dans certains cas, il ne suffit pas d'énoncer le principe de l'égalité dans la loi pour éliminer les inégalités dans un délai convenable ; il peut donc s'avérer nécessaire de prévoir des solutions transitoires, qui permettent de prendre des mesures particulières en faveur de l'un des deux sexes. L'égalité de droit n'est pas un but en soi ; c'est un moyen de donner aux hommes et aux femmes les mêmes possibilités de s'épanouir au sein de notre société »¹⁵. Des mesures dites « de soutien » peuvent ainsi être mises en œuvre afin de faciliter l'égalité dans les faits (éducation, campagnes de promotion, etc.)¹⁶.

En 2004, le Tribunal fédéral s'est penché plus en détail sur certaines mesures destinées à traduire dans les faits le principe d'égalité, en l'occurrence les quotas comme mesure de promotion des femmes (mesures dites « de préférence »¹⁷). La jurisprudence distingue depuis de nombreuses années entre « l'interdiction de discriminer en raison du sexe (« *Diskriminierungsverbot* »), conçue comme un droit constitutionnel subjectif à l'égalité juridique et, d'autre part, le mandat donné au législateur de traduire dans les faits le principe d'égalité (« *Egalisierungsgebot* »), non seulement dans les domaines explicitement énumérés (famille, formation et travail), mais dans tous les domaines de l'existence et à tous les échelons de l'Etat, le cas échéant par des mesures positives en faveur des femmes »¹⁸. Ainsi, les mesures positives pouvant être prises par le législateur en vertu de l'art. 8 al. 3, 2^e phrase, Cst. ne concernent pas seulement celles qui visent à créer les conditions de base nécessaires à l'égalité des chances entre les sexes (« *Gleichheit der Startbedingungen* »), mais aussi celles qui tendent à obtenir une égalité de résultat (« *Ergebnisgleichheit* »)¹⁹. Dès lors, des règles de quotas fondées sur le critère du sexe sont admissibles, comme mesures de promotion des femmes au sens de l'art. 8 al. 3, 2^e phrase, Cst., pour autant qu'elles soient de nature à atteindre le but qu'elles visent, soit traduire dans les faits le principe d'égalité (règle d'adéquation ou d'aptitude), qu'elles constituent le moyen le moins incusif pour atteindre ce but, en particulier par rapport à la situation des hommes ou d'autres personnes également touchées dans leurs droits fondamentaux (règle de nécessité), et qu'elles se présentent comme un moyen raisonnable d'atteindre le but visé au vu des intérêts en jeu (proportionnalité au sens étroit)²⁰.

¹³ TF 4A_248/2019, 4A_398/2019 du 25 août 2019, c. 9.5. Cf. aussi ATF 126 I 1, c. 2 et les arrêts cités ; BONDOLFI, p. 42 s. Cf. également SATTIVA SPRING, p. 290.

¹⁴ BONDOLFI, p. 43 s.

¹⁵ FF 1986 I 1139 s.

¹⁶ SATTIVA SPRING, p. 291 ss.

¹⁷ SATTIVA SPRING, p. 293 s.

¹⁸ ATF 131 II 361, c. 5.2 ; ATF 123 I 152, c. 3.

¹⁹ ATF 131 II 361, c. 5.3 ; ATF 125 I 21, c. 3d/aa.

²⁰ ATF 131 II 361, c. 5.4 ; ATF 130 II 425, c. 5.2 ; BONDOLFI, p. 42 ss. Sur le sujet des quotas, cf. aussi SATTIVA SPRING, p. 295 ss.

La doctrine distingue les notions d'égalité formelle et d'égalité matérielle²¹. L'égalité formelle consiste à assurer un traitement (légal) identique des femmes et des hommes, sans tenir compte d'autres critères. À l'inverse, l'égalité matérielle prend en considération les différences dans la position occupée par les femmes et les hommes au sein de la société et y apporte un correctif permettant d'atteindre l'égalité de fait²². C'est précisément le mandat contenu dans l'art. 8 al. 3 Cst., à savoir de « créer des conditions favorables à la réalisation de l'égalité de fait entre les femmes et les hommes », soit en réalité l'obtention d'un résultat²³. C'est dans cet esprit que s'inscrit la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes qui, dans le domaine de l'emploi, a pour vocation d'aider les autorités dans l'interprétation de la loi et de favoriser une interprétation de cette dernière qui permettrait de remédier aux inégalités de fait plutôt que de réaliser une égalité purement juridique²⁴.

La présente étude approchera les différences formelles entre femmes et hommes et prendra en compte toute discrimination, sans considérer si cette personne appartient à un groupe historiquement et actuellement discriminé (soit par exemple les femmes) ou non (soit par exemple les hommes). C'est d'ailleurs cette approche qui est retenue par le Tribunal fédéral en matière d'égalité des sexes²⁵.

2. Approche analytique

Sur la base des éléments mis en exergue ci-dessus sous 1., le présent avis de droit identifiera les différences de traitement entre les hommes et les femmes puis distinguera selon qu'il s'agit :

⇒ d'une différenciation admissible (catégorie 1)

La différence est considérée comme admissible, soit parce qu'elle est motivée par une spécificité physiologique ou biologique, soit parce qu'elle est justifiée par un motif particulier tel que la recherche de l'égalité de fait entre les sexes.

⇒ d'une discrimination qui ne repose pas sur un motif justifié et dès lors inadmissible et contraire à l'art. 8 al. 3 Cst.

Dans cette hypothèse, il s'agit encore de distinguer deux situations :

- L'existence de la différence, bien qu'elle soit connue, ne suscite que peu de débats et n'est que marginalement remise en cause (catégorie 2) ;
- La différence identifiée constitue une discrimination qui ne repose pas sur un motif justifié et est dès lors inadmissible et contraire à l'art. 8 al. 3 Cst. Cette différence fait aujourd'hui l'objet de critiques, cas échéant de débats

²¹ COSSALI SAUVAIN, N 6 ss *ad* art. 1.

²² COSSALI SAUVAIN, N 7 *ad* art. 1. Cf. également SATTIVA SPRING, p. 289 s.

²³ COSSALI SAUVAIN, N 9 *ad* art. 1.

²⁴ COSSALI SAUVAIN, N 12 *ad* art. 1.

²⁵ ATF 129 I 265, c. 3.3 ; BONDOLFI, p. 32 ss.

(jurisprudentiels, institutionnels, au sein de la société civile, des organisations non gouvernementales et/ou de la part des médias), et apparaît de ce fait discutable (catégorie 3). Notre analyse mettra l'accent sur cette troisième catégorie. Pour juger de l'existence de débats ou de critiques à propos d'une différence donnée, nous nous référerons principalement à la jurisprudence, aux messages et aux rapports du Conseil fédéral ainsi que de diverses entités de l'administration fédérale, aux travaux et interventions parlementaires, aux prises de position de la société civile, aux articles de presse ainsi qu'aux rapports et communications d'organisations non gouvernementales.

L'analyse qui suit mettra en lumière les éléments qui permettent, dans chaque cas, de placer les normes dans l'une de ces trois catégories.

II. Recension des dispositions légales pertinentes

La recension opérée dans ce chapitre reprend la numérotation des chapitres du Recueil systématique, cas échéant des différents sous-chapitres, puis des différents textes de loi et d'exécution dans lesquels des dispositions pertinentes pour notre analyse ont été recensées. Pour cette raison, la numérotation des différents points de l'avis de droit n'est pas nécessairement continue.

1. Etat – peuple – autorités

1.10 Constitution fédérale

La Constitution fédérale présente peu de règles opérant une différence entre les femmes et les hommes. Trois domaines distincts toutefois comportent des différences : la défense nationale (armée et protection civile), la protection de la maternité et la procréation médicalement assistée.

1.10.1 Règles en matière de défense nationale

La Constitution fédérale comprend deux dispositions qui prévoient un traitement différent des femmes et des hommes, dans le cadre du service militaire (art. 59 Cst.) et du service civil (art. 61 Cst.). En substance, ces dispositions reprennent, en ce qui concerne les droits et obligations des femmes et des hommes, les principes prévus par le projet de Constitution qui avait été élaboré par le Conseil fédéral (art. 55 et 57 P-Cst.)²⁶.

Art. 59 Service militaire et service de remplacement

1 Tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire. La loi prévoit un service civil de remplacement.

2 Les Suissesses peuvent servir dans l'armée à titre volontaire.

3 Tout homme de nationalité suisse qui n'accomplit pas son service militaire ou son service de remplacement s'acquitte d'une taxe. Celle-ci est perçue par la Confédération et fixée et levée par les cantons.

4 La Confédération légifère sur l'octroi d'une juste compensation pour la perte de revenu.

5 Les personnes qui sont atteintes dans leur santé dans l'accomplissement de leur service militaire ou de leur service de remplacement ont droit, pour elles-mêmes ou pour leurs proches, à une aide appropriée de la Confédération; si elles perdent la vie, leurs proches ont droit à une aide analogue.

Art. 61 Protection civile

1 La législation sur la protection civile relève de la compétence de la Confédération; la protection civile a pour tâche la protection des personnes et des biens en cas de conflit armé.

2 La Confédération légifère sur l'intervention de la protection civile en cas de catastrophe et dans les situations d'urgence.

3 Elle peut déclarer le service de protection civile obligatoire pour les hommes. Les femmes peuvent s'engager à titre volontaire.

4 La Confédération légifère sur l'octroi d'une juste compensation pour la perte de revenu.

²⁶ FF 1997 I 1 ss, p. 608 s.

5 Les personnes qui sont atteintes dans leur santé dans l'accomplissement du service de protection civile ont droit, pour elles-mêmes ou pour leurs proches, à une aide appropriée de la Confédération; si elles perdent la vie, leurs proches ont droit à une aide analogue.

La différence opérée entre femmes et hommes apparaît à première vue contraire à l'obligation de traitement égal prévue à l'art. 8 al. 3 Cst. La jurisprudence fédérale a toutefois considéré à plusieurs reprises que l'art. 59 Cst. prime, en tant que *lex specialis*, le principe général d'égalité de traitement de l'art. 8 Cst. De jurisprudence constante et sans que les arrêts récents ne fournissent d'autre argument, le traitement différent des femmes et des hommes dans ce domaine est ainsi considéré comme conforme à la Constitution²⁷. Par ailleurs, la jurisprudence (quelque peu datée toutefois) a estimé que les femmes étaient biologiquement et physiologiquement en moyenne moins adaptées que les hommes pour ce type de tâches²⁸.

Le Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 précisait n'avoir pas pris en considération le service à la communauté qui était à l'étude auprès d'une commission du Parlement ; l'égalité de traitement des deux sexes, qui avait été demandée lors de la consultation, devait être discutée en rapport avec ce service²⁹.

Le Message décrit l'obligation générale de service militaire pour les hommes et concrétise le principe de l'armée de milice : « L'obligation générale de servir trouve son fondement dans la considération politique selon laquelle le fardeau du service militaire doit être réparti si possible d'égale façon, de manière que l'intérêt général pour la chose militaire soit ancré dans le sentiment populaire »³⁰. Le Message du Conseil fédéral précise que l'exemption est possible, à condition de ne pas discriminer les couches sociales et insiste sur le fait que les exceptions à l'obligation de servir doivent respecter le principe de l'égalité devant la loi³¹. L'obligation de service militaire ou de service civil de remplacement a pour corollaire le paiement d'une taxe en cas d'exemption de service. Cette dernière a aussi été considérée, en 2002, comme conforme au droit fédéral et aux principes d'égalité contenus dans la Constitution³². Enfin, le service de protection civile peut être déclaré obligatoire pour les hommes, mais pas pour les femmes, et les exceptions sont soumises au principe d'égalité³³.

Le projet n'a que très partiellement repris les requêtes de traitement égalitaire des femmes et des hommes formulées en procédure de consultation, puisqu'il a introduit la possibilité pour les femmes de faire l'armée, sans qu'elles y soient obligées. En corollaire, le service de protection civile volontaire est aussi ouvert aux femmes³⁴. Aucune explication n'est fournie quant aux raisons de ce choix et il n'apparaît pas réellement qu'il s'agisse d'une question prioritaire. Une fois intégrées volontairement dans l'armée, les femmes jouissent des mêmes

²⁷ TF, 2C_1051/2016 du 24 août 2017, c. 3.4 ; TF, 2C_170/2016 du 23 décembre 2016, c. 7.2 ; TF, 8C_232/2014 du 21 avril 2015, c. 5.2.3 et les références citées ; BIAGGINI, N 6 *ad* art. 59 Cst.

²⁸ BONDOLFI, p. 147 et les références citées (TF, 2A.433/1990 non publié et TF, 2A.47/2002 du 23 mai 2002, c. 2.2).

²⁹ FF 1997 I 238.

³⁰ FF 1997 I 242.

³¹ FF 1997 I 242.

³² TF, 2A.47/2002 du 23 mai 2002 ; BIAGGINI, N 7 *ad* art. 59 Cst.

³³ BIAGGINI, N 4 *ad* art. 61 Cst.

³⁴ FF 1997 I 243.

droits et ont les mêmes devoirs que les hommes incorporés obligatoirement, y compris en ce qui concerne la sortie ou le transfert au service civil de remplacement³⁵.

De manière générale, au vu des explications fournies dans le Message, il est difficile de percevoir quel est le but poursuivi par l'obligation de servir ne s'appliquant qu'aux hommes et non aux femmes. À première vue, il est permis d'imaginer qu'il s'agit davantage d'un état de fait et de considérations quasiment ancestrales (notamment sur la différence biologique et les rôles des femmes et des hommes), reprises telles quelles, que d'une réflexion active sur les différences qui peuvent et doivent être opérées entre les femmes et les hommes et leur opportunité. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé en 2010 que le service obligatoire des femmes n'avait jamais été mentionné dans le Message. Il n'a en réalité, semble-t-il, jamais été vraiment discuté³⁶.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution le 1^{er} janvier 2000, le service militaire obligatoire a subi diverses remises en question et s'amenuise peu à peu : sa durée est réduite et l'exécution de cette obligation est appliquée de moins en moins strictement. La différence opérée entre les femmes et les hommes ne semble toutefois pas véritablement en voie de suppression³⁷.

En 2013, une initiative visant à supprimer le service militaire obligatoire et à rendre volontaire le service civil a été refusée par votation populaire. Le contre-projet qui prévoyait un service citoyen général obligatoire pour les hommes et volontaire pour les femmes et les personnes de nationalité étrangère a été de même refusé³⁸.

Dans son étude détaillée sur la question de la discrimination entre les femmes et les hommes en ce qui concerne le service militaire, BONDOLFI relève que la perception et le contenu des tâches militaires, ainsi que du profil du soldat ont grandement évolué ces dernières décennies. Tout d'abord, le risque d'une guerre ou d'une invasion militaire semble ne plus être prioritaire, les risques naturels ou encore le terrorisme ou la cybercriminalité apparaissant comme des menaces de plus grande importance³⁹. Par ailleurs, selon BONDOLFI, les qualités exigées d'un soldat pour contrer ces nouveaux risques correspondent davantage à celles qui sont traditionnellement qualifiées de féminines (moins de combat, davantage d'aide et de service)⁴⁰. Les avancées technologiques en matière de défense justifient de moins en moins la nécessité de jouir d'une force physique importante, critère souvent mis en avant pour justifier que seuls les hommes sont incorporés dans l'armée, de sorte que l'ensemble de ces évolutions pose aussi la question de la place des femmes dans l'armée⁴¹.

Ni la Constitution, ni la loi ne distinguent de manière explicite le devoir de service du devoir de service militaire, civil de remplacement ou de protection civile. Cette distinction devient toutefois pertinente dans la mesure où les hommes sont astreints au service, leur aptitude physique ou leur conscience pouvant cas échéant les mener à effectuer un service civil de

³⁵ BIAGGINI, N 6 *ad* art. 59 Cst.

³⁶ TF, 2C_221/2009 du 21 janvier 2010, c. 7.1 ; BONDOLFI, p. 169 s.

³⁷ BIAGGINI, N 2 *ad* art. 59 Cst.

³⁸ BIAGGINI, N 1 *ad* art. 59 Cst.

³⁹ BONDOLFI, p. 52 ss.

⁴⁰ BONDOLFI, p. 57 ss.

⁴¹ BONDOLFI, p. 58 s.

remplacement, à payer une taxe d'exemption ou à intervenir dans le cadre de la protection civile. En revanche, les femmes qui sont volontairement engagées dans l'armée ne sont pas obligées à un quelconque autre service ou au paiement d'une taxe si elles sont empêchées d'accomplir leurs obligations militaires, par exemple pour des raisons de santé⁴².

L'ensemble de ces considérations mène à douter de l'absence de discrimination contenue dans les art. 59 et 61 Cst., ainsi que dans les lois d'application, dans la mesure où elles opèrent une distinction entre femmes et hommes. Du point de vue du droit interne et de *lege lata*, la question est pour l'heure résolue par le Tribunal fédéral qui n'a eu de cesse de valider cette différence et d'estimer que son statut de *lex specialis* permettait de la légitimer. BONDOLFI estime toutefois que cette distinction est discriminante et contraire tant au droit suisse qu'au droit international supérieur. Elle détaille les désavantages liés à la distinction opérée tant pour les hommes que pour les femmes (au sein de l'armée ou du fait de ne pas y être intégrées)⁴³. Après un examen approfondi des motifs qui pourraient être invoqués pour justifier les différences (de la maternité à l'économie et la politique en passant par le moral des troupes et la nature antimilitariste des femmes), BONDOLFI conclut que la discrimination ne repose sur aucune justification et ne peut contredire le droit général à l'égalité contenu dans la Constitution⁴⁴. L'argument de la *lex specialis* n'aurait, selon une telle approche, ni véritable substance ni poids, comparé à l'absence de justification matérielle à la distinction opérée entre femmes et hommes, qui serait davantage constitutive d'un conflit de valeur avec l'art. 8 Cst. que d'un conflit de règles générales et spéciales⁴⁵. L'argumentaire relatif aux différences biologiques et physiologiques ne résiste pas à un examen approfondi et aurait pour effet de violer l'interdiction d'une considération dégradante et des stéréotypes de genre davantage que de fournir une justification matérielle valable⁴⁶.

La conformité de ces principes au droit supérieur et en particulier à l'art. 14 CEDH (interdiction de la discrimination) a été aussi confirmée par le Tribunal fédéral, en 2010⁴⁷. Ces appréciations, validées par une grande partie de la doctrine, sont toutefois remises en doute par une doctrine minoritaire⁴⁸.

En 2009, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a estimé que l'application faite de la loi à un jeune homme atteint de diabète et condamné au paiement de la taxe militaire n'était pas conforme à la CEDH⁴⁹.

Dans un arrêt de 2012, le Tribunal fédéral a validé l'obligation de paiement de la taxe d'exemption de servir imposée à un jeune homme atteint d'un léger handicap, déclaré inapte au service militaire pour des raisons de santé, mais apte au service de protection civile⁵⁰. Le

⁴² BONDOLFI, p. 141 ss.

⁴³ BONDOLFI, 193 ss, p. 199 ss.

⁴⁴ BONDOLFI, p. 212 ss.

⁴⁵ BONDOLFI, p. 179 s., 269 ss.

⁴⁶ BONDOLFI, p. 246 ss, 269.

⁴⁷ TF, 2C_221/2009 du 21 janvier 2010, c. 3 ss.

⁴⁸ Cf. BONDOLFI, qui cite notamment la position critique de Bernhard WALDMANN ou encore Etienne GRISEL, alors que les approches d'Yvo HANGARTNER ou de Tarek NAGUIB sont plus conformes à celle des juges fédéraux, p. 148 ss.

⁴⁹ Affaire Glor c. Suisse du 30 avril 2009, requête n° 13444/04, jugement définitif à compter du 6 novembre 2009.

⁵⁰ TF, 2C_396/2012 du 23 novembre 2012.

CourEDH a également reconnu l'absence de conformité de cette approche avec l'art. 14 CEDH dans un arrêt définitif depuis le 12 avril 2021⁵¹.

Il sied toutefois de préciser que plusieurs modifications de la loi ont eu lieu entre 2012 et 2013, afin que le droit suisse soit conforme à la CEDH à la suite de l'arrêt *Glor c. Suisse*⁵². Toutefois, les critiques faites à la taxe d'exemption dans les deux affaires précitées ne portent pas sur la différence opérée entre les femmes et les hommes. Ainsi, l'existence d'une taxe d'exemption n'a pas en elle-même été considérée comme contraire à la CEDH dans les arrêts précités sous l'angle de l'égalité entre les sexes. Dans cette optique, il n'apparaît pas que le droit en vigueur actuellement soit remis en cause.

De plus, même s'il n'y a pas d'unanimité sur la légitimité de la distinction opérée entre les femmes et les hommes en matière de service obligatoire, il n'apparaît pas que le débat public, au sein de la société civile et des institutions politiques (Conseil fédéral, Assemblée fédérale), soit aujourd'hui particulièrement vif, si l'on excepte les quelques recours au Tribunal fédéral qui remettent régulièrement en cause la distinction faite entre hommes et femmes. Cela est vraisemblablement notamment dû au fait que l'extension du service obligatoire aux femmes semble aussi peu attrayante⁵³ que la suppression de l'armée de milice, particulièrement ancrée dans l'histoire et la tradition helvétiques. Toute modification des règles actuelles semble ainsi reléguée au second plan, malgré les difficultés intellectuelles posées par la loi en la matière.

Les principes constitutionnels examinés ci-dessus déterminent le contenu, en matière de distinctions entre femmes et hommes, de l'ensemble des lois fédérales applicables tant au service militaire, au service civil et à la protection civile, qu'à la taxe d'exemption de l'obligation de servir. Ces principes étant déjà très détaillés dans la Constitution, les lois et ordonnances fédérales ne font pour l'essentiel que les mettre en œuvre. Celles-ci seront examinées dans la mesure nécessaire et il convient de s'y référer :

- **510.10** Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM) ; **510.107.0** Règlement de service de l'armée (RSA) du 22 juin 1994.
- **520.1** Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi) ; **520.11** Ordonnance du 11 novembre 2020 sur la protection civile (OPCi).
- **661** Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO) ; **661.1** Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEEO).

⁵¹ Affaire *Ryser c. Suisse*, du 12 janvier 2021, requête n° 23040/13, jugement définitif à compter du 12 avril 2021.

⁵² Affaire *Ryser c. Suisse*, ch. 20.

⁵³ Cf. notamment à ce sujet le fait qu'en 1986, dans le cadre du programme d'égalité entre femmes et hommes, l'idée d'un service obligatoire pour les femmes ne convainquait pas le Conseil fédéral : FF 1986 I 1143.

1.10.3 Règles en matière d'assurance-maternité

La Constitution fédérale prévoit l'instauration d'une assurance-maternité, qui s'inscrit à la fois dans les buts sociaux poursuivis par la Confédération et dans le mandat qui lui est confié de prendre en considération les besoins de la famille, notamment en créant une telle assurance, et de soutenir les mesures destinées à la protéger.

Art. 41 Buts sociaux

2 La Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage.

Art. 116 Allocations familiales et assurance-maternité

1 Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille.

2 Elle peut légiférer sur les allocations familiales et gérer une caisse fédérale de compensation en matière d'allocations familiales.

3 Elle institue une assurance-maternité. Elle peut également soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance.

4 Elle peut déclarer l'affiliation à une caisse de compensation familiale et l'assurance-maternité obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes, et faire dépendre ses prestations d'une juste contribution des cantons.

Les articles reproduits reprennent de manière identique le projet de Constitution élaboré par le Conseil fédéral (art. 33 et 107 P-Cst.)⁵⁴. La compétence octroyée à la Confédération n'est pas exclusive, de sorte que les cantons sont restés compétents tant que le législateur fédéral n'avait pas concrétisé le mandat contenu dans la Constitution. Ce n'est qu'en 2005 que l'assurance-maternité fédérale est entrée en vigueur, après avoir été inscrite pour la première fois dans la Constitution en 1945⁵⁵.

Le projet n'explique pas pour quelle raison une assurance-maternité a été privilégiée et n'évoque pas la possibilité d'une autre approche (par exemple congé parental)⁵⁶. Il est toutefois expliqué qu'il s'agit de la concrétisation de l'engagement de la Suisse à accorder une protection spéciale aux mères dans le cadre de l'adhésion au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I) de l'ONU⁵⁷. En effet, selon l'art. 10 Pacte I, les Etats parties reconnaissent qu'une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants. Les mères salariées doivent bénéficier, pendant cette même période, d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates.

Les buts poursuivis par la Constitution et le législateur étaient multiples, à savoir mettre en œuvre les principes contenus dans le droit supérieur d'une part, soutenir et favoriser la famille d'autre part, et encore atténuer les conséquences possiblement négatives engendrées par la maternité pour les femmes. Si le premier et le troisième but identifiés peuvent, selon l'interprétation qui en est faite, expliquer l'existence d'une distinction entre hommes et

⁵⁴ FF 1997 I 335 ss..

⁵⁵ MADER, HÜRZELER, N 21 s.

⁵⁶ Cf. aussi BIAGGINI, N 5 *ad* art. 116 Cst.

⁵⁷ RS 0.103.1.

femmes dans la loi et l'instauration d'un congé de maternité (et non parental ou paternité), il semble plus difficile aujourd'hui de considérer que le soutien de la famille doit uniquement se concrétiser par un congé de maternité. L'examen de ces questions doit toutefois être nuancé, comme nous le verrons plus loin avec les règles relatives au contrat de travail et aux assurances sociales, plus spécifiquement :

- **220** Code des obligations.
- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ; **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **834.1** Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)) ; **834.11** Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG).

1.10.5 Règles en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique

La Constitution prévoit des règles relatives à la procréation médicalement assistée et au génie génétique.

Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain

1 L'être humain doit être protégé contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique.

2 La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants:

- a. toute forme de clonage et toute intervention dans le patrimoine génétique de gamètes et d'embryons humains sont interdites;
- b. le patrimoine génétique et germinal non humain ne peut être ni transféré dans le patrimoine germinal humain ni fusionné avec celui-ci;
- c. le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peuvent être écartés d'une autre manière, et non pour développer chez l'enfant certaines qualités ou pour faire de la recherche; la fécondation d'ovules humains hors du corps de la femme n'est autorisée qu'aux conditions prévues par la loi; ne peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains nécessaire à la procréation médicalement assistée.
- d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits;
- e. il ne peut être fait commerce du matériel germinal humain ni des produits résultant d'embryons;
- f. le patrimoine génétique d'une personne ne peut être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi;
- g. toute personne a accès aux données relatives à son ascendance.

Cette disposition porte sur des éléments propres aux femmes, soit la fécondation d'ovules et le développement d'embryons hors du corps de la femme, le don d'embryon et la maternité de substitution. Ces distinctions semblent à première vue découler directement des caractéristiques physiques des hommes et des femmes. Elles visent à réaliser le mandat général de protection de l'humain contre les abus en matière de procréation médicalement assistée et de génie génétique. Il s'agit d'une norme programmatique (« *Zweckartikel* ») qui

n'a pas pour effet, ni d'ailleurs pour ambition, de créer des compétences directes en la matière, même si le degré de précision de certaines règles peut prêter à confusion⁵⁸.

De même qu'en matière militaire, les principes constitutionnels examinés ci-dessus sont détaillés dans la Constitution et les lois et ordonnances fédérales qui en découlent ne font pour l'essentiel que les mettre en œuvre. Celles-ci font toutefois davantage l'objet d'analyses et seront examinées ci-dessous, de sorte qu'il convient de s'y référer :

- **810.11** Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA).

1.13.1 Confédération et Cantons

Le Recueil systématique prévoit la publication des constitutions des cantons, bien qu'il ne s'agisse pas en tant que tel à proprement parler de droit fédéral. Le contenu des constitutions cantonales ne sera donc pas étudié en détail. Néanmoins, par souci d'exhaustivité, parti a été pris de reproduire les dispositions qui prévoient un traitement différencié entre les femmes et les hommes.

131.212 Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993

Art. 30

1 Le canton et les communes se fixent les buts suivants:

- a. que toute personne puisse subvenir à ses besoins par un travail effectué dans des conditions raisonnables, qu'elle soit protégée des conséquences du chômage qui ne peut lui être imputé à faute et qu'elle bénéficie de vacances payées;
- b. que toute personne puisse se loger à des conditions supportables;
- c. que les femmes jouissent de la sécurité matérielle avant et après un accouchement;

131.219 Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004

Art. 33 Maternité

- 1 Chaque femme a droit à des prestations qui garantissent sa sécurité matérielle avant et après l'accouchement.
- 2 Une assurance maternité couvre la perte de gain.
- 3 Les mères sans activité lucrative reçoivent des prestations équivalant au moins au montant de base du minimum vital; celles qui ont une activité lucrative à temps partiel y ont droit proportionnellement.
- 4 L'adoption et la naissance sont mises sur pied d'égalité si l'enfant adopté n'est pas celui du conjoint et si son âge ou sa situation le justifie.

Art. 148 Droit transitoire

- 1 Les prestations cantonales dues en cas de naissance et d'adoption sont versées pendant au moins quatorze semaines.
- 2 Leur versement doit commencer au plus tard le 1er janvier 2008.
- 3 Si une assurance maternité fédérale est mise en place, le versement cessera pour celle(s) des catégories de prestations que le droit fédéral prévoit (mère avec [art. 33, al. 2] ou sans activité lucrative [art. 33, al. 3], adoption [art. 33, al. 4]).

⁵⁸ BIAGGINI, N 2, 10 *ad* art. 119 Cst.

131.222.2 Constitution du canton de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984

§ 107 Famille, jeunesse, personnes âgées

1 Le canton et les communes protègent la famille, la fonction parentale et la maternité.

131.223 Constitution du canton de Schaffhouse, du 17 juin 2002

Art. 22 Buts sociaux

2 Le canton et les communes s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage.

131.229 Constitution de la République et canton du Tessin, du 14 décembre 1997

Art. 14 Buts sociaux

1 Le canton prend des mesures pour que:

e) les femmes puissent bénéficier de la sécurité matérielle nécessaire avant et après un accouchement;

131.231 Constitution du Canton de Vaud, du 14 avril 2003

Art. 35 Maternité

Chaque femme a droit à la sécurité matérielle avant et après l'accouchement.

Art. 64 Assurance maternité et congé parental

1 En l'absence d'une assurance maternité fédérale, l'État met en place un dispositif d'assurance maternité cantonale.

2 Il encourage le congé parental.

Art. 179 Dispositions transitoires particulières

2. ad art. 64 al. 1 L'assurance maternité cantonale doit entrer en vigueur au plus tard trois ans après l'entrée en vigueur de la présente Constitution.

131.234 Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst.-GE)

Art. 205 Famille

1 L'État met en œuvre une politique familiale. Il reconnaît le rôle social, éducatif et économique des familles.

2 Il fixe les allocations familiales minimales.

3 Il garantit, en complément de la législation fédérale, une assurance de seize semaines au moins en cas de maternité ou d'adoption⁵⁹.

⁵⁹ Alors que le droit fédéral ne prévoit pas de congé d'adoption (cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20130478>, consulté le

131.235 Constitution de la République et canton du Jura, du 20 mars 1977

Art. 29 Assurances

1 Sont obligatoires les assurances en cas de maladie, d'accident et de maternité.

Art. 44

L'Etat institue le Bureau de la condition féminine dont les tâches sont notamment:

- a. améliorer la condition féminine;
- b. favoriser l'accès de la femme à tous les degrés de responsabilité;
- c. éliminer les discriminations dont elle peut faire l'objet.

Seuls quelques-uns des constituants cantonaux (8) ont prévu des règles ayant pour effet de distinguer les femmes et les hommes et de les traiter de manière distincte. Les règles identifiées portent essentiellement sur la maternité et les droits en lien avec cette dernière. En particulier, plusieurs cantons ont prévu des assurances-maternité alors que le droit fédéral ne s'en était pas chargé. Les règles identifiées découlent dès lors du mandat précédemment identifié dans la Constitution fédérale, soit le soutien de la famille et l'atténuation des conséquences possiblement négatives engendrées par la maternité pour les femmes.

Seule règle qui se distingue, celle contenue dans la Constitution jurassienne qui institue un Bureau de la condition féminine qu'il a vocation à améliorer. Il s'agit dès lors d'une concrétisation de l'égalité orientée spécifiquement vers les femmes qui trouve sa racine dans le principe d'égalité (art. 8 Cst.), mais qui ne repose pas, en soi, sur une règle distinguant explicitement les personnes des deux sexes.

142.20 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)

La loi fédérale sur les étrangers comporte une seule disposition qui distingue les femmes et les hommes.

Art. 53a Bénéficiaires

1 Le Conseil fédéral détermine quels sont les bénéficiaires de l'encouragement de l'intégration. Il entend préalablement les cantons et les associations faîtières de communes et des villes.

2 Les besoins particuliers des femmes, des enfants et des adolescents sont pris en compte dans l'encouragement de l'intégration.

En 2013, le Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi proposait des modifications de la loi qui était entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008, lesquelles visaient explicitement la question de l'intégration des personnes étrangères⁶⁰. Selon le Conseil fédéral, « l'objectif d'une politique d'intégration réussie est de renforcer la cohésion sociale sur la base des valeurs de la Constitution. Elle doit notamment contribuer à réaliser l'égalité des chances. Le potentiel des habitants doit être mis en valeur en tenant compte de leur diversité. La

22 juin 2021), le canton de Genève a choisi d'accorder un congé d'adoption ouvert aux mères et aux pères : cf. art. 7 ss Loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat), RS GE J 5 07.

⁶⁰ FF 2013 2131.

responsabilité individuelle des étrangers en matière d'intégration doit être encouragée. La présente révision répond à ces exigences »⁶¹. La révision part du principe qu'une « politique d'intégration réussie doit être comprise comme une tâche associant tous les acteurs concernés »⁶². L'approche de la politique d'intégration vise en premier lieu les « structures ordinaires, c'est-à-dire l'école, la formation et la vie professionnelle, le domaine de la santé et le quartier »⁶³. C'est probablement sur cette base que la loi introduit la prise en compte des besoins particuliers notamment des femmes, dans l'encouragement à l'intégration ; il s'agit au demeurant d'une simple norme de délégation⁶⁴. Le Message n'explique en revanche pas pour quelle raison il est important de prendre particulièrement en compte les besoins des femmes. L'on ne peut que supposer qu'il s'agit d'une norme qui vise à favoriser la réalisation de l'intégration autant que de l'égalité de fait entre les sexes et a pour but essentiellement de renforcer l'intégration des femmes venues pour des raisons de famille et dont il convient de faciliter notamment l'accès aux langues nationales⁶⁵. Ces justifications mises à part, ni l'existence, ni la teneur de cette norme ne semblent susciter de débat.

142.31 Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)

Art. 3 Définition du terme de réfugié

1 Sont des réfugiés les personnes qui, dans leur État d'origine ou dans le pays de leur dernière résidence, sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques.

2 Sont notamment considérées comme de sérieux préjudices la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes.

Art. 17 Dispositions de procédure particulières

1 La disposition de la loi fédérale sur la procédure administrative concernant les fêtes ne s'applique pas à la procédure d'asile.

2 Le Conseil fédéral édicte des dispositions complémentaires concernant la procédure d'asile, notamment pour qu'il soit tenu compte dans la procédure de la situation particulière des femmes et des mineurs.

Durant le processus législatif, il avait été demandé par le Parti socialiste, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés et des organisations féminines que la notion de réfugié soit étendue aux persécutions fondées sur le sexe. Le Conseil fédéral a refusé de donner suite à cette requête dans son projet, estimant que la loi ne serait plus en adéquation avec la Convention de Genève et risquerait de créer « un effet d'attraction indésirable, car les limites des persécutions fondées sur le sexe sont peu claires et, très souvent, il sera difficile de les constater concrètement, que ce soit au niveau des personnes qui pourraient se réclamer d'un tel statut ou à celui des motifs de la persécution. Une telle extension de la notion de réfugié reviendrait à lancer un signal international et pourrait donner aux femmes (ainsi qu'à leurs familles) provenant notamment de pays à fortes tendances fondamentalistes l'impression qu'elles

⁶¹ FF 2013 2132.

⁶² FF 2013 2132.

⁶³ FF 2013 2132.

⁶⁴ SPESCHA, p. 287.

⁶⁵ SPESCHA, p. 287.

peuvent en principe escompter être admises en Suisse »⁶⁶. En d'autres termes, l'extension laissait craindre un afflux trop important de femmes réfugiées. De plus, le Conseil fédéral a considéré que la Convention de Genève englobait les motifs de persécution spécifiques aux femmes⁶⁷.

Si cette requête n'a pas été suivie, la loi sur l'asile porte tout de même une certaine attention à la situation des femmes, même s'il s'agit d'une formule générale. Celle-ci reconnaît indirectement que les motifs d'asile et les persécutions sont souvent d'une autre nature concernant les femmes que les hommes⁶⁸. L'insertion de cette formule tend à attirer l'attention des autorités d'application sur la gravité de certains préjudices infligés essentiellement, voire exclusivement, aux femmes, notamment les préjudices d'ordre sexuel⁶⁹. Selon BERSET DUFT, « en ce sens, la systématique de l'art. 3 LAsi voudrait que l'on tienne compte de la problématique spécifique aux femmes dans l'interprétation de l'intensité de la persécution ("sérieux préjudices") »⁷⁰. Ces problématiques spécifiques sont nombreuses : les sévices particuliers, les persécutions dans un cadre souvent familial, les difficultés à trouver refuge, sont autant de spécificités qui ont été constatées et dont il a parfois été tenu compte en matière d'asile concernant les femmes⁷¹.

S'agissant de la procédure en matière d'asile, il a été donné suite à diverses requêtes dont l'origine n'est pas précisée dans le Message en ajoutant à l'art. 17 LAsi un deuxième alinéa, déléguant au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions complémentaires, notamment pour tenir compte de la situation particulière des femmes⁷². Ces règles trouvent un écho dans l'ordonnance 1 d'application de la loi, même si celle-ci est rédigée d'une manière neutre englobant de manière équivalente les hommes et les femmes. Elle prévoit notamment l'exigence d'une audition par une personne du même sexe que la personne requérante d'asile en cas de persécutions liées au genre (art. 6 OA 1). Cette possibilité s'adresse souvent aux femmes et est une forme de concrétisation de l'art. 17 al. 2 LAsi⁷³.

Outre le fait que les motivations explicitées ci-dessus apparaissent justifiées par la recherche d'une égalité de fait, il ne semble pas que ces règles particulières suscitent le débat.

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

Art. 3 Interdiction de discriminer

1 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, leur grossesse.

⁶⁶ FF 1996 II 40.

⁶⁷ FF 1996 II 40. Cf. au sujet des définitions données par le droit international HRUSCHKA, p. 604 s.

⁶⁸ HRUSCHKA, p. 610.

⁶⁹ BERSET DUFT, N 86 ss *ad* art. 3 LAsi.

⁷⁰ BERSET DUFT, N 94 *ad* art. 3 LAsi. Cf. aussi les N 86 ss sur les violences faites aux femmes.

⁷¹ BERSET DUFT, N 101 ss *ad* art. 3 LAsi.

⁷² FF 1996 II 25 s., 40 ; POSSE-OUSMANE, PROGIN-THEUEKAUF, N 96 *ad* art. 3 LAsi ; BERSET DUFT, N 2 *ad* art. 17 LAsi.

⁷³ POSSE-OUSMANE, PROGIN-THEUEKAUF, N 98 ss *ad* art. 3 LAsi ; BERSET DUFT, N 3 *ad* art. 17 LAsi.

Art. 15 Services de consultation

La Confédération peut allouer des aides financières à des organisations privées:

- a. qui informent et conseillent les femmes dans la vie professionnelle;
- b. qui assistent, en matière de réinsertion professionnelle, les femmes et les hommes ayant interrompu leur activité lucrative pour se consacrer à des tâches familiales.

La loi fédérale sur l'égalité a été rédigée dans le cadre du mandat constitutionnel tendant à la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes. Ses règles sont presque exclusivement limitées au champ professionnel (en-dehors des compétences plus larges du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes)⁷⁴. Malgré l'inscription de l'égalité dans la Constitution en 1981, les inégalités étaient encore multiples plus de dix ans plus tard, notamment en matière de rémunération, de taux d'activité et de modalités d'emploi, ou encore de situation professionnelle, de taux de chômage et de niveau de formation⁷⁵. Ces inégalités frappaient les femmes. Le Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes a aussi mis en exergue la difficulté qu'il y avait à réaliser l'égalité de fait et notamment à appliquer efficacement le droit à un salaire égal⁷⁶. Ces constats ont mené le Conseil fédéral à la conclusion qu'une politique globale d'égalité des chances était nécessaire⁷⁷. La simple élimination des discriminations salariales ne suffisait « pas à assurer le respect du principe de l'égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail ». Il était nécessaire « de mettre en œuvre une politique plus vaste destinée à réaliser l'égalité des chances et à produire des effets à tous les niveaux, sur le marché du travail comme en dehors ». Le Message conçoit la loi fédérale sur l'égalité comme s'inscrivant dans « un projet plus large, visant à améliorer la situation de la femme dans tous les domaines de la société »⁷⁸.

Si la loi fédérale sur l'égalité a été rédigée dans le but d'améliorer la situation des femmes, elle est formulée, dans l'ensemble de ses règles matérielles, en des termes neutres. Elle promeut l'égalité et n'opère pas de distinction entre les femmes et les hommes qui sont, à teneur de loi, pareillement protégés.

Seules deux exceptions peuvent être mentionnées. La première est la mention explicite de la grossesse comme constitutive d'une discrimination à raison du sexe. Cette précision trouve sa source dans le fait qu'il a été constaté, lors de la rédaction du projet de loi, que la grossesse était un critère donnant souvent lieu à des discriminations. Il s'agissait d'éviter que la répartition traditionnelle des rôles ne soit utilisée d'une manière ayant pour effet de désavantager systématiquement les femmes⁷⁹. Néanmoins, la mention de la grossesse est purement exemplative et la liste figurant à l'art. 3 n'est nullement exhaustive⁸⁰. De ce point de vue, si cet exemple met en lumière le but général de la loi, à savoir d'accéder à l'égalité en permettant l'élimination des discriminations envers les femmes, il ne s'agit pas pour autant d'un traitement véritablement différent des deux sexes. Quand bien même ce traitement serait considéré comme différent, force est de constater qu'il découle d'une différence physiologique irréductible entre femmes et hommes.

⁷⁴ FF 1993 I 1166.

⁷⁵ FF 1993 I 1166 ss.

⁷⁶ FF 1993 I 1177 ss.

⁷⁷ FF 1993 I 1181 ss.

⁷⁸ FF 1993 I 1183. Cf. aussi COSSALI SAUVAIN, N 2 *ad* art. 1.

⁷⁹ FF 1993 1211.

⁸⁰ FF 1993 1211.

L'art. 15 LEg prévoyait la possibilité d'octroyer des aides financières pour les organisations conseillant les femmes dans le domaine professionnel. Si cet article prévoit par conséquent un traitement différent entre les femmes et les hommes, force est toutefois de constater que l'octroi d'aides financières en application de l'art. 15 LEg a été suspendu avec effet au 1^{er} janvier 2019.

151.3 Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand)

Art. 5 Mesures de la Confédération et des cantons

1 La Confédération et les cantons prennent les mesures que requièrent la prévention, la réduction ou l'élimination des inégalités; ils tiennent compte des besoins spécifiques des femmes handicapées.

2 Ne sont pas contraires à l'art. 8, al. 1, Cst. les mesures appropriées visant à compenser les inégalités qui frappent les personnes handicapées.

151.31 Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand)

Art. 21 Examen des requêtes

1 Le BFEH examine les requêtes d'aide financière. Il peut faire appel à des spécialistes.

2 Il accorde une attention particulière aux projets tenant compte des besoins spécifiques des femmes handicapées.

3 Il peut exiger que les projets soient adaptés ou coordonnés avec d'autres.

Les dispositions reproduites ont pour ambition globale de permettre la prise de mesures propres à supprimer ou à tout le moins compenser les inégalités existantes et touchant les personnes handicapées (de sexe féminin)⁸¹. Dans ce contexte, il est spécifiquement prévu que les besoins des femmes handicapées doivent être particulièrement pris en compte. Il s'agit de souligner « la volonté d'éliminer la double discrimination » dont les femmes handicapées souffrent, en particulier en lien avec la formation professionnelle et les prestations en matière d'assurances sociales⁸².

Il s'agit dès lors de contribuer à une égalité de fait par le biais d'encouragement ou d'attentions particulières. À ce sujet, il convient de se référer aux commentaires relatifs à la promotion de l'égalité de fait et à la loi fédérale sur l'égalité⁸³.

⁸¹ FF 2001 1669.

⁸² FF 2001 1669 s.

⁸³ Cf. *supra* I.1 et RS 151.1 (Loi sur l'égalité, LEg).

172.212.1 Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (Org DFI)

Art. 5 Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

1 Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) est l'autorité compétente pour toutes les questions relevant de l'égalité entre les sexes.

4 Il accomplit en outre les tâches particulières suivantes:

- a. examiner les demandes d'aides financières prévues par la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes et surveiller la mise en œuvre des programmes d'encouragement;
- b. échanger des informations avec la Commission fédérale pour les questions féminines.

5 L'Office fédéral du personnel est compétent pour les questions d'égalité entre femmes et hommes au sein de l'administration fédérale.

Cette disposition ne crée pas en tant que telle des distinctions entre femmes et hommes, bien que les questions féminines soient mises en exergue. Il s'agit davantage d'une règle d'organisation et de compétence qui désigne le BFEG comme l'entité apte à mettre en œuvre les missions confiées par la loi fédérale sur l'égalité. Il est notamment prévu que le BFEG échange des informations avec la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF), une commission administrative extraparlamentaire permanente instituée par le Conseil fédéral qui fait office d'organe consultatif de la Confédération pour toutes les questions spécifiquement féminines ou touchant à l'égalité entre hommes et femmes en Suisse, dans le cadre de la réalisation de l'égalité de fait. Celle-ci accomplit ses tâches en complément de l'activité du BFEG⁸⁴.

172.213.1 Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP)

Art. 7 Tâches

1 En collaboration avec d'autres offices compétents, l'OFJ prépare les actes législatifs, participe à leur exécution et à l'élaboration des instruments internationaux requis dans les domaines suivants:

9 Il représente la Suisse dans les procédures de recours devant la Cour européenne des droits de l'homme et les Comités des Nations Unies contre la torture, pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et pour l'élimination de la discrimination raciale. À cette fin, il peut inviter des experts.

En tant que telle, cette disposition ne crée pas un traitement différent des femmes et des hommes. Il s'agit avant tout d'une norme visant à organiser la mise en œuvre du droit international supérieur sous l'angle judiciaire, en l'occurrence les procédures de recours en matière de droits de l'homme et notamment au sujet de la discrimination à l'égard des femmes.

172.220.1 Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)

Art. 41a Dispositions transitoires relatives à la modification du 20 décembre 2006

1 Les préparatifs du passage à la primauté des cotisations s'effectuent conformément à l'art. 26 de la loi du 20 décembre 2006 relative à PUBLICA. L'organe paritaire propose en temps voulu au DFF, à l'attention du Conseil

⁸⁴ Voir à ce sujet <https://www.ekf.admin.ch/ekf/fr/home/la-cfqf/mandat.html>.

fédéral, les mesures nécessaires pour que le contrat d'affiliation et les règlements de prévoyance puissent prendre effet à l'entrée en vigueur de la présente loi.

2 Tant que l'âge donnant droit à l'AVS est plus bas pour les femmes que pour les hommes, les règlements de prévoyance prévoient:

- a. d'utiliser pour les femmes qui prennent leur retraite entre 64 et 65 ans le même taux de conversion que pour les personnes qui prennent leur retraite à 65 ans;
- b. de déterminer les prestations versées aux femmes et aux hommes en cas d'invalidité ou de décès en fonction de la projection relative à l'avoir vieillesse pouvant être accumulé jusqu'à l'âge de 65 ans.

Cette règle découle directement des lois fédérales en matière de retraite. Ces dernières seront examinées plus loin et il convient de s'y référer :

- **831.40** Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).
- **831.441.1** Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2).
- **831.461.3** Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3).

172.220.111.3 Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers)

Art. 5 Développement des cadres

(art. 4, al. 2, let. c, LPers)

1 L'employeur veille au développement des cadres.

2 Les départements prennent des mesures ciblées afin:

f. d'améliorer la représentation des femmes dans les postes de cadre.

De même que la règle mise en exergue au sujet des personnes handicapées, le but d'une telle norme est de contribuer à une égalité de fait par le biais d'encouragements ou d'attentions particulières. À ce sujet, il convient également de se référer aux commentaires relatifs à l'égalité de fait et à la loi fédérale sur l'égalité⁸⁵.

172.220.111.31 Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)

Art. 40 Congés

(art. 68 OPers)

3 Un congé payé est accordé à l'employé lors des événements suivants:

b. naissance de son enfant (congé paternité) ou de l'enfant du partenaire enregistré: 10 jours de travail à prendre, en bloc ou séparément, durant les 12 mois après la naissance d'un ou de plusieurs enfants;

⁸⁵ Cf. *supra* I.1 et RS 151.1 (Loi sur l'égalité, LEg).

Art. 40a Temps consacré à l'allaitement

(art. 68 OPers)

1 Pendant la première année de vie de l'enfant, les mères qui allaitent ou tirent leur lait bénéficient du temps payé consacré à l'allaitement suivant:

- a. 30 minutes pour une journée de travail jusqu'à 4 heures;
- b. 60 minutes pour une journée de travail de plus de 4 heures;
- c. 90 minutes pour une journée de travail de plus de 7 heures.

2 La journée de travail est calculé sur la base des heures de travail effectivement accomplies par la mère et du temps payé consacré à l'allaitement pendant le jour de travail. Les heures de travail et le temps consacré à l'allaitement ne doivent pas dépasser ensemble le temps de travail quotidien réglementaire.

Ces règles, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, constituent le pendant, au sein de la Confédération qui agit comme entité employeuse, des principes récemment entrés en vigueur en matière de congé de paternité, à l'analyse desquels il est renvoyé. Les règles en matière d'allaitement découlent des mêmes fondements que les règles générales en la matière qui sont commentées ci-après. Il convient ainsi de consulter les commentaires des lois suivantes :

- **1.10** Constitution fédérale.
- **220** Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations).
- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ; **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **834.1** Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG) ; **834.11** Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG).

172.220.141.1 Règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC)

172.220.142.1 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour le personnel du domaine des EPF (RP-EPF 1)

172.220.142.2 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour les professeurs des EPF (RP-EPF 2)

Ces trois règlements de prévoyance des Caisses de prévoyance publiques prévoient différents taux de conversion et de revalorisation pour les femmes et les hommes. Cette distinction découle directement des lois fédérales en matière de retraite. Ces dernières seront examinées plus loin et il convient de s'y référer :

- **831.40** Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

- **831.441.1** Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2).
- **831.461.3** Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3).

Synthèse

Le premier volume du droit fédéral comporte diverses distinctions entre les femmes et les hommes, dont la plupart n'appelle pas de commentaires particuliers.

Plusieurs de ces règles opèrent en effet des distinctions entre femmes et hommes qui sont justifiées par des différences physiologiques (catégorie 1 selon l'analyse adoptée dans le présent avis de droit ⁸⁶), telles que les règles en matière de maternité/paternité et d'assurance-maternité/congé de paternité (art. 41, 116 Cst. et de nombreuses constitutions cantonales ; art. 40, 40a O-OPers) et de procréation médicalement assistée (art. 119 Cst.).

En tant que telle et sous l'angle des règles contenues dans la Constitution, la protection de la maternité n'appelle pas de remarques plus détaillées dans la mesure où la règle est générale et d'ordre programmatique, sans indications spécifiques relatives à sa concrétisation.

Quelques lois distinguent les femmes des hommes en visant la promotion de l'égalité de fait et la prise en compte des besoins particuliers des femmes dans ce cadre (art. 53a LEI ; art. 3, 17 LAsi ; art. 3, 15 LEg ; art. 5, 21 LHand ; art. 5 Org DFI ; art. 7 Org DFJP ; art. 5 OPers). Il s'agit là encore d'un motif justifié de distinction (catégorie 1).

Il faut toutefois s'attarder sur les règles relatives au service obligatoire (militaire, civil, etc.) (art. 59, 61 Cst.), imposé uniquement aux hommes. La distinction opérée entre femmes et hommes peut être considérée comme problématique et injustifiée. Le fait qu'elle figure dans la Constitution permet à la jurisprudence de la considérer comme légalement valide (cf. art. 190 Cst.). L'absence de véritable débat sur ce point et d'alternative satisfaisante permet au *statu quo* de s'imposer pour l'instant. Cette différence doit ainsi être considérée comme de catégorie 2.

Enfin, des distinctions relatives au système de retraite en vigueur sont opérées dans le cadre de l'emploi du personnel fédéral (art. 41a LPers ; RPEC ; RP-EPF 1 ; RP-EPF 2). Ainsi que cela est développé dans le volume 8 du droit interne, il s'agit de distinctions non justifiées qui soulèvent de nombreuses critiques (catégorie 3).

⁸⁶ Pour la description des trois catégories, cf. I.1.

2. Droit privé - Procédure civile - Exécution

210 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)⁸⁷

Les distinctions effectuées dans le Code civil entre les femmes et les hommes concernent l'établissement de la filiation et certaines règles qui en découlent.

Ainsi que le rappellent MEIER et STETTLER, la filiation est une notion juridique qui se fonde, dans des proportions et importance différentes, sur le lien biologique ou génétique entre les parents et l'enfant, ainsi que sur la relation psycho-sociale les reliant⁸⁸. La pondération entre ces liens varie d'une époque à une autre et doit être considérée comme produite par la culture et les évolutions de la société⁸⁹.

Dans le Code civil, jusqu'à ce jour, la filiation est prioritairement rattachée à la mère biologique. En ce qui concerne le père, la filiation est construite autour du mariage⁹⁰. À l'égard de la mère, le principe consacré par le Code civil consiste à considérer que l'ascendance maternelle est toujours certaine (« *mater semper certa est* »), bien que les évolutions scientifiques puissent théoriquement permettre de relativiser cette certitude aujourd'hui⁹¹. La femme qui accouche est ainsi réputée être la mère de plein droit⁹², la grossesse étant considérée comme prévalant sur le gène⁹³.

Les droits allemand et autrichien consacrent la même approche, alors que les droits français et italien prévoient l'établissement de la maternité par acte de naissance, possession d'état, reconnaissance, jugement ou, en cas de naissance hors mariage, reconnaissance maternelle ou déclaration judiciaire⁹⁴. En cas de don d'ovule et d'embryon (effectué à l'étranger), la mère qui accouche en Suisse sera considérée comme la mère légale de l'enfant. En cas d'accouchement à l'étranger, si une décision étrangère attribue la maternité à la mère génétique, elle devra être reconnue en Suisse⁹⁵.

S'agissant du père, la logique est différente, puisque la filiation peut découler du mariage, d'une reconnaissance ou d'un jugement (art. 252 al. 2 CC). Tout d'abord, en cas de mariage, le mari est présumé être le père. Cette règle découle du fait que le mariage reste à la fois essentiellement motivé par un projet familial et de la très grande proportion d'enfants nés dans le cadre du mariage jusqu'à relativement récemment⁹⁶. Cette présomption est ainsi restée, à tout le moins pendant longtemps, en accord avec la réalité.

⁸⁷ Nous renonçons à examiner les dispositions transitoires du titre final qui opèrent des distinctions entre femmes et hommes qui sont des reliquats des règles de l'ancien Code civil et n'ont à notre connaissance à ce jour qu'une portée pratique minime.

⁸⁸ MEIER, STETTLER, N 2 ss p. 1 ss.

⁸⁹ MEIER, STETTLER, N 5 p. 3 s.

⁹⁰ CR CC I-GUILLOD, Intro. art. 252-269c CC N 7.

⁹¹ CR CC I-GUILLOD, N 3 *ad* art. 252.

⁹² CR CC I-GUILLOD, N 5 *ad* art. 252. Cf. aussi FF 1974 II 15.

⁹³ CR CC I-GUILLOD, N 6 *ad* art. 252.

⁹⁴ CR CC I-GUILLOD, N 5 s. *ad* art. 252.

⁹⁵ CR CC I-GUILLOD, N 10 *ad* art. 252.

⁹⁶ CR CC I-GUILLOD, N 1 *ad* art. 255.

Il est possible de contester la filiation à l'égard du mari par le biais d'une action en désaveu (art. 256 CC). De plus, lorsque l'enfant n'a pas (ou plus) de père légal (soit qu'il y ait eu désaveu soit qu'il n'y ait pas eu d'établissement préalable de filiation paternelle), il peut être reconnu par le père (ou celui qui prétend l'être et sera considéré comme tel ; art. 260 al. 1 et 3 CC). Celui-ci peut néanmoins savoir ne pas être le père biologique et, dans le cas où sa paternité n'est pas contestée, il n'a pas à l'établir⁹⁷. En revanche, une contestation est possible, laquelle peut avoir pour conséquence que l'homme ayant reconnu l'enfant est déchu de sa qualité de père (art. 260a CC). L'ensemble des règles reproduites ci-dessous découle de la distinction opérée dans l'établissement de la filiation entre les femmes et les hommes.

Les règles déterminant la manière dont la filiation doit être établie ont vu le jour en 1978, à la suite de la révision des règles en vigueur jusqu'alors. Il est intéressant de noter que le Conseil fédéral précise d'emblée, dans son Message, que les règles proposées réalisent « l'égalité entre le père et la mère »⁹⁸. Cependant, c'est la question de la distinction et de l'égalité entre enfant légitime et enfant illégitime qui semble avoir davantage préoccupé le Conseil fédéral⁹⁹. En effet, le Message précise ce qui suit : « Dans l'établissement de la filiation à l'égard du père, une différence essentielle entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime est irréductible : l'enfant légitime a d'emblée un père dans la personne du mari de la mère, tandis que l'enfant illégitime doit d'abord chercher son père. La nature du mariage, communauté de vie étendue et exclusive entre mari et femme, justifie la présomption selon laquelle le mari est le père de l'enfant né de sa femme (...) »¹⁰⁰.

En réalité, il n'apparaît pas que la question d'une égalité de traitement entre les femmes et les hommes ait été véritablement réfléchie et débattue dans le cadre des principes fondamentaux d'établissement de la filiation.

Si l'on réfléchit aux motifs présidant au choix relatif à l'établissement de la filiation qui distingue le mode de cet établissement selon le sexe et les rôles « biologiques » respectifs de la mère et du père, l'on peut imaginer que c'est l'argument physiologique qui sous-tend une telle distinction. Bien davantage qu'un argument réfléchi, il semble toutefois qu'il s'agisse plutôt d'une façon de faire ancestrale qui n'est pas véritablement explicitée ou conscientisée. Le système de filiation découle par ailleurs d'un certain aspect pratique, dans la mesure où la filiation vis-à-vis de la mère par l'accouchement est en principe aisée à démontrer, alors que celle du père est moins immédiatement évidente.

Il faut émettre quelques objections aux motivations présidant aux principes légaux d'un point de vue de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la mesure où la seule distinction physiologique ne suffit plus aujourd'hui à expliquer la nécessité des règles choisies. Les considérations qui précèdent sur les différents liens entre parents et enfants ainsi que les systèmes en vigueur dans d'autres pays, à l'instar de l'établissement de la filiation en matière d'homoparentalité existant à l'étranger, démontrent qu'une autre approche légale serait possible. Celle-ci ne serait pas forcément basée de manière aussi importante sur les

⁹⁷ CR CC I-GUILLOD, N 11 *ad* art. 255.

⁹⁸ FF 1974 II 1.

⁹⁹ FF 1974 II 1 ss.

¹⁰⁰ FF 1974 II 29.

différences physiologiques entre femmes et hommes et ne distinguerait pas autant les personnes des deux sexes.

Le débat relatif à la modernisation du droit de la famille soulève des questions quant aux modes de détermination de la filiation, notamment en ce qui concerne la mère dans le cas de la maternité de substitution (à ce jour prohibée en Suisse). Par ailleurs, le mariage et la filiation concernant les couples de même sexe, ainsi que l'instauration d'autres types d'unions ou la protection de la communauté de vie de fait sont des sujets très discutés¹⁰¹. Il faut ainsi signaler que l'Assemblée fédérale a adopté à la fin de l'année 2020 diverses modifications législatives ayant pour but d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et le don de sperme aux couples de femmes¹⁰². Ces modifications donneront lieu à une votation populaire, le référendum déposé ayant abouti le 12 avril 2021¹⁰³. Selon l'issue de la votation, les évolutions législatives peuvent renforcer les voix s'exprimant en faveur d'une refonte du droit de la filiation.

En revanche, il ne ressort pas des recherches effectuées que le débat relatif à la modernisation du droit de la famille porte sur les différentes manières d'établir la filiation entre la mère et le père sous l'angle de l'égalité entre les sexes. Ainsi, la distinction entre l'établissement de la filiation du strict point de vue de l'égalité ne semble pas véritablement polémique. Dans la mesure où ces règles correspondent encore, à tout le moins en (très grande) partie, à une réalité biologique (du côté de la mère) et statistique (en ce qui concerne le père), pour aboutir à des résultats qui sont conformes à de nombreuses réalités, le débat ne semble actuellement pas prioritaire. Il risque toutefois d'être réanimé en cas d'autorisation de nouvelles formes de maternité, telles par exemple que la procréation par mères porteuses ou par don d'ovocytes.

Par ailleurs, les modes d'établissement de la filiation entraînent et renforcent l'existence de nombreuses différences entre femmes et hommes quant à la relation avec l'enfant et les droits et devoirs à l'égard de ce dernier. Du fait du système légal en vigueur, certains hommes (notamment les pères non mariés) courent le risque d'être écartés de la paternité, de ne pas pouvoir obtenir l'autorité parentale ou la garde ou de les obtenir difficilement si la mère fait obstacle.

Malgré cela, il n'apparaît pas qu'un débat de société soit véritablement engagé sur la nécessité de modifier la loi sur ce sujet, même pour tenir compte des effets secondaires de l'établissement de la filiation sur les relations pères-enfants. Toutefois, le 12 décembre 2018, le Conseil des Etats a adopté le Postulat de sa Commission des affaires juridiques (18.3714) « Examen du droit de la filiation », déposé le 21 août 2018 et chargeant le Conseil fédéral d'examiner si le droit actuel de la filiation « répond toujours aux réalités de la vie d'aujourd'hui » et la nécessité d'une réforme du droit de la filiation. Cas échéant, le Conseil

¹⁰¹ Cf. notamment le Postulat FEHR (12.3607) et le Rapport du Conseil fédéral de mars 2015 relatif à la modernisation du droit de la famille <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/2015-03-01.html>, consulté le 22 juin 2021 ; cf. aussi le projet d'ouverture du mariage aux couples de même sexe, adopté par les Chambres : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20130468>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁰² FF 2020 9607. Voir également <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20130468>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁰³ <https://www.udf-suisse.ch/de/actualites/nouveautes/newsdetail/news/le-mariage-pour-tous-non-a-cette-tromperie.html>, consulté le 22 juin 2021 ; <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-83250.html>, consulté le 22 juin 2021.

fédéral est chargé de soumettre au Parlement des recommandations « pour une réforme globale cohérente »¹⁰⁴.

Art. 109

- 1 L'annulation du mariage ne produit ses effets qu'après avoir été déclarée par le juge; jusqu'au jugement, le mariage a tous les effets d'un mariage valable, à l'exception des droits successoraux du conjoint survivant.
- 2 Les dispositions relatives au divorce s'appliquent par analogie aux effets du jugement d'annulation en ce qui concerne les époux et les enfants.
- 3 La présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers.

Art. 252

- 1 À l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance.
- 2 À l'égard du père, elle est établie par son mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement.
- 3 La filiation résulte en outre de l'adoption.

Art. 255

- 1 L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari.
- 2 En cas de décès du mari, celui-ci est réputé être le père si l'enfant est né soit dans les trois cents jours qui suivent le décès, soit après les trois cents jours s'il est prouvé qu'il a été conçu avant le décès du mari.
- 3 Si le mari est déclaré absent, il est réputé être le père de l'enfant né dans les trois cents jours qui suivent le danger de mort ou les dernières nouvelles.

Art. 256

- 1 La présomption de paternité peut être attaquée devant le juge:
 1. par le mari;
 2. par l'enfant, si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité.
- 2 L'action du mari est intentée contre l'enfant et la mère, celle de l'enfant contre le mari et la mère.
- 3 Le mari ne peut intenter l'action s'il a consenti à la conception par un tiers. La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée est réservée en ce qui concerne l'action en désaveu de l'enfant.

Art. 256a

- 1 Lorsque l'enfant a été conçu pendant le mariage, le demandeur doit établir que le mari n'est pas le père.
- 2 L'enfant né cent quatre-vingts jours au moins après la célébration du mariage ou trois cents jours au plus après sa dissolution par suite de décès est présumé avoir été conçu pendant le mariage.

Art. 256b

- 1 Lorsque l'enfant a été conçu avant la célébration du mariage ou lorsqu'au moment de la conception la vie commune était suspendue, le demandeur n'a pas à prouver d'autre fait à l'appui de l'action.
- 2 Toutefois, dans ce cas également, la paternité du mari est présumée lorsqu'il est rendu vraisemblable qu'il a cohabité avec sa femme à l'époque de la conception.

¹⁰⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183714>, consulté le 22 juin 2021.

Art. 256c

1 Le mari doit intenter action au plus tard un an après qu'il a connu la naissance et le fait qu'il n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, mais en tout cas dans les cinq ans depuis la naissance.

2 L'action de l'enfant doit être intentée au plus tard une année après qu'il a atteint l'âge de la majorité.

3 L'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable.

Art. 257

1 Lorsqu'un enfant est né dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage par suite de décès et que sa mère a contracté un nouveau mariage, le second mari est réputé être le père.

2 Si cette présomption est écartée, le premier mari est réputé être le père.

Art. 258

1 Lorsque le mari est décédé ou devenu incapable de discernement avant l'expiration du délai, l'action en désaveu peut être intentée par son père ou par sa mère.

2 Les dispositions sur le désaveu par le mari sont applicables par analogie.

3 Le délai d'une année pour intenter l'action commence à courir au plus tôt lorsque le père ou la mère a appris le décès ou l'incapacité de discernement du mari.

Art. 259

1 Lorsque les père et mère se marient, les dispositions concernant l'enfant né pendant le mariage sont applicables par analogie à l'enfant né avant leur mariage, dès que la paternité du mari est établie par une reconnaissance ou un jugement.

2 La reconnaissance peut être attaquée:

1. par la mère;

2. par l'enfant ou, après sa mort, par ses descendants, si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité ou si la reconnaissance a eu lieu après qu'il a atteint l'âge de 12 ans révolus;

3. par la commune d'origine ou de domicile du mari;

4. par le mari.

3 Les dispositions sur la contestation de la reconnaissance sont applicables par analogie.

Art. 260

1 Lorsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère, le père peut reconnaître l'enfant.

2 Le consentement du représentant légal est nécessaire si l'auteur de la reconnaissance est mineur ou s'il est sous curatelle de portée générale ou encore si l'autorité de protection de l'adulte en a décidé ainsi.

3 La reconnaissance a lieu par déclaration devant l'officier de l'état civil ou par testament ou, lorsqu'une action en constatation de paternité est pendante, devant le juge.

Art. 260a

1 La reconnaissance peut être attaquée en justice par tout intéressé, en particulier par la mère, par l'enfant et, s'il est décédé, par ses descendants, ainsi que par la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance.

2 L'action n'est ouverte à l'auteur de la reconnaissance que s'il l'a faite en croyant qu'un danger grave et imminent le menaçait lui-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens, ou s'il était dans l'erreur concernant sa paternité.

3 L'action est intentée contre l'auteur de la reconnaissance et contre l'enfant lorsque ceux-ci ne l'intentent pas eux-mêmes.

Art. 260b

- 1 Le demandeur doit prouver que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant.
- 2 Toutefois, la mère et l'enfant n'ont à fournir cette preuve que si l'auteur de la reconnaissance rend vraisemblable qu'il a cohabité avec la mère à l'époque de la conception.

Art. 260c

- 1 Le demandeur doit intenter l'action dans le délai d'un an à compter du jour où il a appris que la reconnaissance a eu lieu et que son auteur n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception, ou à compter du jour où l'erreur a été découverte ou de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans depuis la reconnaissance.
- 2 Dans tous les cas, l'action de l'enfant peut encore être intentée dans l'année après qu'il a atteint l'âge de la majorité.
- 3 L'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable.

Art. 261

- 1 La mère et l'enfant peuvent intenter action pour que la filiation soit constatée à l'égard du père.
- 2 L'action est intentée contre le père ou, s'il est décédé, contre ses descendants ou à leur défaut, dans l'ordre, contre ses père et mère, contre ses frères et sœurs ou contre l'autorité compétente de son dernier domicile.
- 3 Lorsque le père est décédé, le juge informe l'épouse que l'action a été intentée afin qu'elle puisse sauvegarder ses intérêts.

Art. 262

- 1 La paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère.
- 2 La paternité est également présumée lorsque l'enfant a été conçu avant le trois centième jour ou après le cent quatre-vingtième jour avant la naissance et que le défendeur a cohabité avec la mère à l'époque de la conception.
- 3 La présomption cesse lorsque le défendeur prouve que sa paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers.

Art. 263

- 1 L'action peut être intentée avant ou après la naissance de l'enfant, mais au plus tard:
 1. par la mère, une année après la naissance;
 2. par l'enfant, une année après qu'il a atteint l'âge de la majorité.
- 2 S'il existe déjà un rapport de filiation avec un autre homme, l'action peut en tout cas être intentée dans l'année qui suit la dissolution de ce rapport.
- 3 L'action peut être intentée après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable.

Art. 270a

- 1 Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière exclusive par l'un des parents, l'enfant acquiert le nom de célibataire de celui-ci. Lorsque l'autorité parentale est exercée de manière conjointe, les parents choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront.
- 2 Lorsque l'autorité parentale conjointe a été instituée après la naissance du premier enfant, les parents peuvent, dans le délai d'une année à partir de son institution, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant porte le nom de célibataire de l'autre parent. Cette déclaration vaut pour tous les enfants communs, indépendamment de l'attribution de l'autorité parentale.
- 3 Si aucun des parents n'exerce l'autorité parentale, l'enfant acquiert le nom de célibataire de la mère.
- 4 Les changements d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effet sur le nom. Les dispositions relatives au changement de nom sont réservées.

Art. 295

1 La mère non mariée peut demander au père de l'enfant ou à ses héritiers, au plus tard dans l'année qui suit la naissance, de l'indemniser:

1. des frais de couches;
2. des frais d'entretien, au moins pour quatre semaines avant et au moins pour huit semaines après la naissance;
3. des autres dépenses occasionnées par la grossesse et l'accouchement, y compris le premier trousseau de l'enfant.

2 Pour des raisons d'équité, le juge peut allouer tout ou partie de ces indemnités, même si la grossesse a pris fin prématurément.

3 Dans la mesure où les circonstances le justifient, les prestations de tiers auxquelles la mère a droit en vertu de la loi ou d'un contrat sont imputées sur ces indemnités.

Art. 298a

1 Si la mère n'est pas mariée avec le père et que le père reconnaît l'enfant, ou si le lien de filiation est constaté par décision de justice et que l'autorité parentale conjointe n'est pas encore instituée au moment de la décision de justice, les parents obtiennent l'autorité parentale conjointe sur la base d'une déclaration commune.

2 Les parents confirment dans la déclaration commune:

1. qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant;
2. qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien.

3 Avant de déposer leur déclaration, les parents peuvent demander conseil à l'autorité de protection de l'enfant.

4 Si les parents déposent leur déclaration en même temps que la reconnaissance de l'enfant, la déclaration est reçue par l'officier de l'état civil. S'ils la déposent plus tard, elle est reçue par l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant.

5 Jusqu'au dépôt de la déclaration, l'enfant est soumis à l'autorité parentale exclusive de la mère.

Art. 298c

Lorsqu'un jugement constatant la paternité a été rendu, le juge prononce l'autorité parentale conjointe à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que celle-ci soit attribuée exclusivement au père.

211.111.1 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation)

Art. 7 Stérilisation de personnes durablement incapables de discernement

1 La stérilisation d'une personne âgée de plus de 16 ans et durablement incapable de discernement est interdite, sous réserve des conditions prévues à l'al. 2.

2 Elle est exceptionnellement autorisée aux conditions suivantes:

- a. elle est pratiquée, toutes circonstances considérées, dans l'intérêt de la personne concernée;
- b. la conception et la naissance d'un enfant ne peuvent pas être empêchées par d'autres méthodes de contraception appropriées ou la stérilisation volontaire du partenaire capable de discernement;
- c. la conception et la naissance d'un enfant sont à prévoir;
- d. la séparation d'avec l'enfant après la naissance est inévitable parce que les responsabilités parentales ne peuvent pas être exercées ou parce qu'une grossesse mettrait sérieusement en danger la santé de la femme;

La loi fédérale sur la stérilisation ne vise pas spécifiquement les femmes. Elle a vocation à s'appliquer aux personnes des deux sexes, même si elle a été rédigée suite au constat de l'exécution de nombreuses stérilisations forcées par le passé, essentiellement de femmes¹⁰⁵.

¹⁰⁵ FF 2003 5753 ss.

Il s'agissait dès lors de protéger *de facto* surtout les représentantes du sexe féminin. La distinction opérée à l'art. 7 al. 2 let. d ci-dessus est toutefois dictée par la différence physiologique entre les femmes et les hommes et les dangers qu'une grossesse peut avoir pour la santé d'une femme.

211.112.2 Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC)

Art. 9c Confirmation de la venue au monde d'un enfant né sans vie

1 L'office de l'état civil confirme la venue au monde d'un enfant né sans vie au moyen d'une formule mise à sa disposition par l'OFEC.

2 La femme qui a mis au monde l'enfant né sans vie figure comme mère sur la confirmation. L'homme qui déclare par écrit être le géniteur y figure comme père.

Cette règle découle de celles précédemment examinées relatives à la maternité et à la paternité dans le Code civil. Il convient de se référer aux commentaires spécifiques ci-dessus¹⁰⁶.

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

Le Code des obligations prévoit diverses règles de protection de la personne salariée empêchée de fournir sa prestation de travail. L'empêchement de travail donne droit à un salaire, limite les conditions de réduction des vacances et fait obstacle à la résiliation du contrat de travail.

Parmi ces règles, deux éléments sont susceptibles de distinguer les femmes et les hommes : l'accomplissement d'un service obligatoire ainsi que le congé de maternité/paternité. Dans la mesure où l'ensemble des empêchements de travail sont mis sur un pied d'égalité, il n'y a pas de distinction opérée sur le principe entre un empêchement qui serait uniquement possible pour une femme ou pour un homme ; en revanche, la durée de la protection peut varier, entraînant de possibles inégalités.

S'agissant de la notion de service obligatoire, celle-ci peut prêter à confusion, puisqu'en principe cette notion est réservée aux hommes. Cependant, en matière de droit au salaire, le doute a été levé sur ce point, puisqu'il est considéré par la jurisprudence que le « service féminin de l'armée » et l'exécution d'un service civil de remplacement en cas d'objection de conscience sont considérés comme des empêchements de travailler sans faute, à l'instar de l'exécution du service obligatoire (militaire ou civil de remplacement) par un homme¹⁰⁷. La jurisprudence fédérale ne se prononce pas explicitement sur la question de l'exercice d'un service de protection civile volontaire pour les femmes. L'on voit cependant mal sur quelle base un traitement différent serait réservé à cette situation. La prudence est toutefois de

¹⁰⁶ Cf. *supra* RS 210 (Code civil, CC).

¹⁰⁷ ATF 122 III 268, c. 3 et les références citées. Cf. aussi FAVRE, MUNOZ, TOBLER, N 1.11 *ad* art. 324a CO ; AUBRY-GIRARDIN, N 20 s. *ad* art. 336c CO.

mise, dans la mesure où il a été estimé qu'un service militaire volontaire en remplacement de la protection civile ne protégeait pas du licenciement¹⁰⁸.

Les règles relatives à la protection de la maternité et de la paternité, identiques sur le principe, diffèrent du fait que le congé de maternité dure 14 semaines au minimum et le congé de paternité deux semaines. L'interdiction de licenciement s'étend du début de la grossesse à 16 semaines après l'accouchement pour la femme et ne protège pas l'homme durant son congé de paternité.

Les règles relatives à la grossesse et à la maternité (art. 324a al. 3, 329b al. 3 let. a et 329f CO) ont été introduites après un premier échec de réalisation du mandat constitutionnel d'assurance-maternité en 1999. Selon le Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national suite à l'initiative parlementaire « Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative », « l'introduction d'un régime d'allocation de maternité marquerait une étape importante vers une meilleure conciliation de la famille et de la vie professionnelle, ainsi que vers l'égalité des femmes et des hommes dans le monde du travail. Ce qui serait tout bénéfique pour l'économie suisse »¹⁰⁹.

Le Code des obligations a été modifié par l'introduction des règles en matière de grossesse et de maternité, bien que l'aspect relatif aux assurances sociales ait été primordial dans le cadre des changements législatifs en la matière. Les règles de droit privé sont ainsi coordonnées avec les règles de droit public pertinentes (loi fédérale sur le travail, loi fédérale sur les allocations en cas de service, de maternité et de paternité, etc.). Le Code des obligations fait donc partie d'un ensemble de règles visant à protéger spécifiquement la femme enceinte et ayant récemment accouché, en lien avec son travail.

Deux éléments doivent cependant être distingués en lien avec cette protection : la protection de la grossesse et de la maternité du point de vue de la santé de la femme et de l'enfant, ainsi que du soutien à la famille et des assurances sociales et la protection de la travailleuse sur le marché de l'emploi et dans le cadre de l'entreprise. Le premier volet de protection trouve son ancrage dans la Constitution et essentiellement dans les lois relatives au droit public du travail et à la sécurité sociale précitées, le Code des obligations s'en faisant le reflet dans la mesure nécessaire à la coordination avec le contrat de travail. Ce point fera l'objet d'une analyse détaillée ci-dessous. En revanche, la protection de la femme en lien avec la grossesse et la maternité sur le marché du travail, émane essentiellement du Code des obligations, soit notamment de l'art. 336c al. 1 let. c CO. Cette protection s'inscrit dans l'esprit des règles visant à équilibrer une situation qui ne l'est pas et à protéger un groupe de personnes défavorisées dans les faits.

Les règles relatives à la protection contre le licenciement en temps inopportun ont été ainsi introduites en raison du fait qu'un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée

¹⁰⁸ TF, arrêt du 20 juillet 1995, JAR 1996, p. 221. FAVRE, MUNOZ, TOBLER, N 1.5 s. *ad* art. 336c CO. Et ce alors même que le projet initial de révision prévoyait justement l'équivalence entre les femmes et les hommes en matière d'accomplissement d'obligations militaires, FF 1984 II 627.

¹⁰⁹ FF 2002 6999.

et au degré de l'incapacité de travail¹¹⁰. Selon le Tribunal fédéral, la protection en cas de maternité trouve sa justification dans le fait qu'une femme enceinte ne jouit pas, et ce pour une période s'étendant à seize semaines suivant l'accouchement, d'une capacité concurrentielle intacte sur le marché de l'emploi. Un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire paraît en effet improbable en raison de son état¹¹¹. Antérieurement, le Tribunal fédéral avait aussi émis l'opinion selon laquelle l'employée enceinte devait être libérée des préoccupations liées à la recherche d'un nouvel emploi¹¹².

Lors de l'introduction de la protection de la grossesse et de la maternité contre le licenciement, le Conseil fédéral avait pu constater que de telles règles existaient déjà dans de nombreux pays européens¹¹³. L'existence de cette règle de protection, qui s'inscrit dans un ensemble et une logique globale, basée sur l'inégalité de fait existante, mais également sur des spécificités biologiques¹¹⁴, ne semble pas, en soi, soulever de critiques ou de remises en question.

Art. 324a

1 Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

2 Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

3 En cas de grossesse de la travailleuse, l'employeur est tenu de lui verser le salaire dans la même mesure.

Art. 328a

1 Lorsque le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, celui-ci fournit une nourriture suffisante et un logement convenable.

2 L'employeur accorde au travailleur empêché de travailler sans sa faute pour cause de maladie ou d'accident les soins et secours médicaux pour un temps limité, soit pendant trois semaines au cours de la première année de service et, ensuite, pendant une période plus longue, fixée équitablement compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

3 En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.

Art. 329b

1 Lorsqu'au cours d'une année de service, le travailleur est, par sa propre faute, empêché de travailler pendant plus d'un mois au total, l'employeur peut réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence.

2 Si la durée de l'empêchement n'est pas supérieure à un mois au cours d'une année de service, et si elle est provoquée, sans qu'il y ait faute de sa part, par des causes inhérentes à la personne du travailleur, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale, exercice d'une fonction publique ou prise d'un congé-jeunesse, l'employeur n'a pas le droit de réduire la durée des vacances.

3 L'employeur ne peut pas non plus diminuer les vacances si:

a. une travailleuse, en raison d'une grossesse, est empêchée de travailler pendant deux mois au plus;

¹¹⁰ ATF 128 III 212, c. 2c.

¹¹¹ ATF 139 I 57, c. 4.2 et les références.

¹¹² TF, 4C.276/1996 du 15 septembre 1997, c. 5a ; AUBRY-GIRARDIN, N 33 *ad* art. 336c CO.

¹¹³ FF 1984 II 585 ss.

¹¹⁴ Cf. FF 1986 I 1182.

- b. une travailleuse a pris un congé de maternité au sens de l'art. 329f, ou
- c. un travailleur a pris un congé de paternité au sens de l'art. 329g.

Art. 329f

En cas de maternité, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé d'au moins 14 semaines.

Art. 329g

- 1 En cas de paternité, le travailleur a droit à un congé de deux semaines s'il est le père légal au moment de la naissance de l'enfant ou s'il le devient au cours des six mois qui suivent.
- 2 Le congé de paternité doit être pris dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant.
- 3 Il peut être pris sous la forme de semaines ou de journées.

Art. 336c

- 1 Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat:
 - a. pendant que le travailleur accomplit un service obligatoire, militaire ou dans la protection civile, ou un service civil, en vertu de la législation fédérale, ou encore pendant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ce service pour autant qu'il ait duré plus de onze jours;
 - b. pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela, durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service;
 - c. pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement;

Il convient, pour le surplus, de se référer ci-dessus et ci-dessous aux considérations relatives aux lois suivantes :

- **1.10** Constitution fédérale.
- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ; **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **834.1** Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)) ; **834.11** Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG).

232.22 Loi fédérale du 25 mars 1954 concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge

Art. 2

L'emblème de la croix rouge sur fond blanc pourra, avec l'autorisation du Conseil fédéral ou des autorités ou organisations désignées par lui, être employé pour signaler, en temps de guerre, le personnel et le matériel protégés par la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, à savoir le personnel, les bâtiments et le matériel des hôpitaux civils, ainsi que les transports de blessés et de malades civils, d'infirmités et de femmes en couches.

La loi susmentionnée tend à « prévenir et à réprimer l'emploi abusif par des tiers d'emblèmes et de dénominations reconnus internationalement », telle que ceux de la Croix-Rouge¹¹⁵. Selon les travaux préparatoires, « l'emblème et le nom de la Croix-Rouge ne sont pas liés à

¹¹⁵ FF 1953 III 112.

l'existence d'une institution internationale. Ils servent principalement à désigner les personnes, les bâtiments et le matériel du service de santé de l'armée dans la mesure où ils bénéficient de la protection prévue dans les conventions de Genève ». La désignation des femmes en couche découle dès lors du droit international et des Conventions de Genève. Au vu des considérations qui ont été relevées précédemment quant à la plus grande vulnérabilité des femmes en général et en particulier en situation de conflit dans la mesure où elles subissent davantage d'attaques, il n'est pas étonnant qu'elles soient souvent spécifiquement désignées et en particulier dans les Conventions de Genève. Les femmes ayant récemment accouché sont ainsi particulièrement protégées.

Il n'apparaît toutefois pas que la distinction opérée ait une véritable portée autre que déclarative, puisque la notion de blessé ou de malade civil inclut globalement les femmes en couches. Il ne découle dès lors pas véritablement de cette règle une distinction opérée entre les femmes et les hommes.

281.1 Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)

Dispositions finales de la modification du 16 décembre 1994

Dispositions transitoires

Art. 2

1 Les règles de procédure prévues par la présente loi et ses dispositions d'exécution s'appliquent, dès leur entrée en vigueur, aux procédures en cours, en tant qu'elles sont compatibles avec elles.

2 La durée des délais qui ont commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la présente loi est régie par l'ancien droit.

3 Les privilèges prévus par l'ancien droit (art. 146 et 219) s'appliquent aux faillites prononcées et aux saisies exécutées avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

4 La créance privilégiée de la femme est colloquée dans une classe spéciale, située entre la deuxième et la troisième classe, dans les cas suivants:

a. lorsque les époux continuent à vivre sous le régime de l'union des biens ou sous le régime externe de la communauté de biens selon les art. 211 et 224 CC dans sa teneur de 1907;

b. lorsque les époux vivent sous le régime de la participation aux acquêts selon l'art. 9c du tit. fin. CC dans sa teneur de 1984.

5 La prescription des créances constatées par des actes de défaut de biens délivrés avant l'entrée en vigueur de la présente loi commence à courir dès l'entrée en vigueur de celle-ci.

Les règles détaillées ci-dessus reprennent des distinctions entre femmes et hommes qui découlent des anciennes règles sur les régimes matrimoniaux, aujourd'hui abrogées. Les distinctions faites dans la LP entre femmes et hommes visent ainsi à permettre la cohérence du système légal et sont de nature transitoire. Il ne peut dès lors être considéré qu'il s'agisse en tant que telles de règles instaurant un traitement différent des femmes et des hommes.

291 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)

Art. 81

Les tribunaux suisses désignés aux art. 79 et 80 sont aussi compétents pour connaître:

a. des demandes en prestations alimentaires émanant des autorités qui ont fourni des avances;

b. des demandes de la mère en prestations d'entretien et en remboursement des dépenses occasionnées par la naissance.

Art. 83

1 L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

2 Dans la mesure où les droits à l'entretien de la mère et le remboursement des dépenses occasionnées par la naissance ne sont pas réglés par ladite convention, ses dispositions s'appliquent par analogie.

Dans la mesure où la LDIP est une loi visant à régler les conflits de normes et non à instaurer un droit de fond, elle ne crée pas de traitement différencié entre les femmes et les hommes. Les distinctions figurant dans les articles reproduits ci-dessus découlent soit du droit international, soit du droit civil. À ce sujet, il convient dès lors de se référer aux développements topiques ci-dessus.

Synthèse

Le deuxième volume du droit interne comporte également des distinctions entre les femmes et les hommes.

En matière de filiation, le droit opère des distinctions en matière d'établissement de la maternité et de la paternité (art. 109, 252, 255-263, 270a, 295, 298a, 298c CC ; art. 9c OEC ; art. 81, 83 LDIP). Si ces distinctions résultent très probablement autant de la tradition que de considérations physiologiques en matière de conception d'enfants, il est permis de douter aujourd'hui de ce qu'une différence physiologique justifie absolument de ne pas adopter de règles plus égalitaires ou identiques. Toutefois, les critiques relatives à ces règles en matière d'égalité entre femmes et hommes sont peu importantes, de sorte que ces règles peuvent être classifiées dans la catégorie 2.

D'autres différences sont opérées entre femmes et hommes pour des raisons physiologiques (art. 7 Loi sur la stérilisation) et sont ainsi justifiées (catégorie 1).

Le Code des obligations (art. 324a, 328a, 329b, 329f, 329g, 336c CO) procède à des distinctions dans la mesure où il traite des congés en matière de maternité et de paternité qui reposent initialement sur une distinction justifiée (essentiellement d'ordre physiologique en lien avec la maternité).

Ces distinctions ne suscitent actuellement pas de débats particuliers sous l'angle de l'égalité entre les femmes et les hommes (catégorie 2), bien que cette approche doive être nuancée par l'analyse de la maternité sous l'angle des assurances sociales. Il convient en particulier de se référer aux lois suivantes :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr) ; **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **834.1** Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (Loi sur les allocations pour perte de gain

(LAPG) ; **834.11** Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG).

Il faut encore mentionner la protection particulière dont les femmes ayant récemment accouché bénéficient (art. 2 loi traitant de l’emblème et du nom de la Croix-rouge). S’agissant d’une norme déclarative, il ne s’agit pas d’une véritable distinction opérée par la loi. Quelques dispositions transitoires de la LP (art. 2 dispositions transitoires modification du 16 décembre 1994) distinguent les femmes et les hommes, mais dans un souci de cohérence du droit qui s’estompera.

3. Droit pénal - Procédure pénale - Exécution

311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937

Le Code pénal a subi une modification d'ampleur en 1985. Le motif en était le constat selon lequel le droit pénal était partiellement obsolète et ne correspondait pas à l'évolution des mœurs et des idées¹¹⁶.

Art. 80

1 Il est possible de déroger en faveur du détenu aux règles d'exécution de la peine privative de liberté:

- a. lorsque l'état de santé du détenu l'exige;
- b. durant la grossesse, lors de l'accouchement et immédiatement après;
- c. pour que la mère puisse vivre avec son enfant en bas âge, pour autant que ce soit aussi dans l'intérêt de l'enfant.

2 Le détenu qui n'exécute pas sa peine dans un établissement d'exécution des peines, mais dans un autre établissement approprié, est soumis aux règles de cet établissement à moins que l'autorité d'exécution n'en dispose autrement.

À ce sujet, voir en particulier : art. 387 Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

Art. 116

La mère qui aura tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elle se trouvait encore sous l'influence de l'état puerpéral sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'existence de cette disposition remonte à la rédaction du Code pénal en 1918 et encore au-delà, puisque les codes cantonaux semblaient connaître une telle infraction, qui était alors plus sévèrement réprimée¹¹⁷. La révision de 1985 n'a pas supprimé ladite infraction, mais en a encore atténué la peine, la faisant passer d'un crime à un délit¹¹⁸.

Il est difficile de déterminer, à la lecture des travaux préparatoires, pour quelle raison l'infanticide tel qu'il est défini dans le Code pénal ne peut être commis que par la mère et non par le père. Il s'agit d'une infraction spécifique visant à punir moins sévèrement son auteure que d'autres formes d'homicide et notamment que d'autres infanticides, soit en particulier ceux qui sont commis par le père¹¹⁹. Cette distinction repose, dans son idée, sur l'état physique et psychique dans lequel une mère peut se trouver durant l'accouchement ou après celui-ci¹²⁰. Historiquement, l'existence de cette norme semble s'expliquer par le fait que précédemment, « les moyens contraceptifs étaient peu efficaces, l'avortement strictement prohibé, les mères célibataires rejetées socialement et l'aide sociale moins développée. En présence d'un enfant non désiré, l'art. 116 CP a été conçu pour punir la mère avec retenue dans des situations plus ou moins dramatiques »¹²¹. Il ressort dès lors de cette norme qu'elle

¹¹⁶ FF 1985 II 1028.

¹¹⁷ FF 1918 IV 36.

¹¹⁸ FF 1985 II 1038.

¹¹⁹ CR CP II-HURTADO POZO/ILLANEZ, N 1 ss *ad* art. 116 CP.

¹²⁰ CORBOZ, N 8 *ad* art. 116 CP.

¹²¹ CORBOZ, N 11 *ad* art. 116 CP.

repose, à tout le moins dans son principe, sur une différence biologique entre les femmes et les hommes et vise à compenser une situation originellement particulièrement difficile pour les femmes, en particulier sous un angle sociétal¹²².

Il n'apparaît pas que cette règle fasse l'objet de discussions quant à son bien-fondé.

Art. 118

1 Celui qui interrompt la grossesse d'une femme avec son consentement, ou encore l'instigue ou l'aide à interrompre sa grossesse sans que les conditions fixées à l'art. 119 soient remplies sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Celui qui interrompt la grossesse d'une femme sans son consentement sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.

3 La femme qui interrompt sa grossesse, la fait interrompre ou participe à l'interruption d'une quelconque façon après la douzième semaine suivant le début des dernières règles, sans que les conditions fixées à l'art. 119, al. 1, soient remplies, sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

4 Les actions pénales visées aux al. 1 et 3 se prescrivent par trois ans.

Art. 119

1 L'interruption de grossesse n'est pas punissable si un avis médical démontre qu'elle est nécessaire pour écarter le danger d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte. Le danger devra être d'autant plus grave que la grossesse est avancée.

2 L'interruption de grossesse n'est pas non plus punissable si, sur demande écrite de la femme qui invoque qu'elle se trouve en situation de détresse, elle est pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles par un médecin habilité à exercer sa profession. Le médecin doit au préalable s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte et la conseiller.

3 Le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement.

4 Le canton désigne les cabinets et les établissements hospitaliers qui remplissent les conditions nécessaires à la pratique de l'interruption de grossesse dans les règles de l'art et au conseil approfondi de la femme enceinte.

5 À des fins statistiques, toute interruption de grossesse doit être annoncée à l'autorité de santé publique compétente; l'anonymat de la femme concernée est garanti et le secret médical doit être respecté.

Art. 120

1 Sera puni d'une amende le médecin qui interrompt une grossesse en application de l'art. 119, al. 2, et omet avant l'intervention:

a. d'exiger de la femme enceinte une requête écrite;

b. de s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte, de la conseiller et de l'informer sur les risques médicaux de l'intervention ainsi que de lui remettre contre signature un dossier comportant:

1. la liste des centres de consultation qui offrent gratuitement leurs services,

2. une liste d'associations et organismes susceptibles de lui apporter une aide morale ou matérielle,

3. des informations sur les possibilités de faire adopter l'enfant;

c. de s'assurer lui-même, si la femme enceinte a moins de seize ans, qu'elle s'est adressée à un centre de consultation spécialisé pour mineurs.

2 Sera puni de la même peine le médecin qui omet d'aviser l'autorité de santé publique compétente, conformément à l'art. 119, al. 5, de l'interruption de grossesse pratiquée.

Les art. 118 à 120 CP relatifs à l'interruption de grossesse ont été révisés au tournant du millénaire en raison de leur obsolescence. Non seulement le changement des mentalités concernant la sexualité et le rôle des femmes dans la société rendaient la réglementation pénale d'alors dépassée, mais la loi ne correspondait plus à la réalité, l'avortement étant

¹²² CR CP II-HURTADO POZO/ILLANEZ, N 9 s. *ad* art. 116 CP. Cf. également FF 1986 I 1169 s.

pratiqué dans les cantons sans qu'aucune condamnation ne soit prononcée depuis des années. Il existait néanmoins d'importantes inégalités entre femmes de différentes classes sociales et degrés d'instruction¹²³.

Le contenu de telles normes découle d'un choix lié à l'interruption de grossesse et à la restriction de la liberté de la femme de déterminer si elle entend mener une grossesse à son terme ou non. En revanche, le fait que de telles normes ne visent que les femmes s'explique entièrement par la différence biologique entre les femmes et les hommes et par l'impossibilité matérielle de garantir un traitement commun aux deux sexes.

En tant que telles, ces normes ne font pas l'objet d'un débat public, même si la question de l'avortement fait l'objet de discussions ponctuelles et si certaines associations de défense de la condition paternelle souhaiteraient que la question des droits du père soit abordée en cas de divergences de vues.

Art. 124

1 Celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

2 Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5, est applicable.

L'art. 124 CP qui punit la mutilation d'organes génitaux féminins a été introduit en 2011, à la suite d'une initiative parlementaire visant la répression explicite des mutilations sexuelles (aussi bien commises en Suisse qu'à l'étranger par des personnes se trouvant en Suisse)¹²⁴. Dans son rapport, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ CN), qui s'est penchée sur la question et a proposé le projet de loi, expose ce qui suit : « La Suisse n'est pas épargnée par le phénomène des mutilations génitales féminines. Bien que ces pratiques soient d'ores et déjà punissables dans notre pays et en dépit des mesures de sensibilisation et d'information qui ont été prises, rien ne semble indiquer jusqu'ici que la fréquence de ces atteintes graves à l'intégrité physique et à la dignité des jeunes filles et des femmes qui en sont victimes ait pu être réduite de manière significative. Soucieuse de mettre fin aux problèmes de définition et de preuve liés à la situation juridique actuelle, qui fait des différences entre les variantes de mutilations sexuelles, et déterminée à signifier clairement la proscription de cette violation grave des droits de la personne humaine, la commission propose d'introduire dans le code pénal un nouvel article réprimant de manière spécifique les mutilations génitales féminines. Elle suggère en outre de modifier le régime juridique actuel et de rendre une telle infraction punissable en Suisse même si elle a été commise à l'étranger et n'est pas pénalement répréhensible dans l'Etat dans lequel elle a été perpétrée »¹²⁵.

Le but de la nouvelle disposition était donc de garantir une qualification et une peine commune pour l'ensemble des mutilations génitales féminines, selon la définition qui leur est donnée par l'OMS, ceci dans le but de « souligner la gravité des atteintes à l'intégrité

¹²³ FF 1998 III 2631. Cf. aussi CORBOZ qui parle d'une dépénalisation de l'avortement dans les faits (N 6 *ad* art. 118 CP).

¹²⁴ FF 2010 5126.

¹²⁵ FF 2010 5126.

corporelle et à la dignité des jeunes filles et des femmes qui en sont victimes et de signifier très clairement la proscription de ces pratiques »¹²⁶.

Dans le cadre de l'élaboration de la loi, la réflexion a également porté sur « la nécessité d'inclure dans la nouvelle disposition légale les mutilations génitales masculines, notamment la circoncision des nouveaux-nés et des jeunes garçons pratiquée dans les traditions juives et musulmanes ». Il y a toutefois été renoncé non seulement car l'initiative parlementaire ne le demandait pas, mais aussi car il a été considéré que la circoncision « ne posait pas de problèmes fondamentaux »¹²⁷.

L'art. 124 CP ne repose dès lors pas uniquement sur une distinction d'ordre biologique entre les femmes et les hommes, mais aussi – et surtout – sur l'appréciation médicale des conséquences, très différentes, des mutilations génitales féminines et masculines.

La Commission précitée (CAJ CN) précise encore qu'une telle norme est compatible avec les conventions internationales en matière de protection de l'enfant, notamment la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) que la Suisse a ratifiée et qui exige des Etats parties qu'ils « prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales », ainsi que les mesures appropriées « en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants »¹²⁸. Par ailleurs, diverses règles de droit international visant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes, ainsi que les actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, imposent que des mesures soient prises pour éviter des traitements tels que les mutilations génitales féminines¹²⁹.

Si l'introduction et l'existence de telles mesures répressives s'agissant des mutilations génitales féminines ne font pas débat, il faut néanmoins rappeler que la circoncision masculine ne fait pas l'objet de limitations légales. Il est néanmoins permis de se demander si la circoncision est une pratique contenant des formes de violence ou d'atteinte à l'enfant, ce qui a été soulevé durant le processus législatif et confirmé par la jurisprudence allemande¹³⁰.

Dans un tel cas, la distinction entre femmes et hommes est-elle nécessaire sous cette forme, ou une distinction liée aux conséquences des actes de mutilation serait-elle pertinente sans qu'un traitement des sexes ne soit distingué en soi par la loi ? Au vu des conséquences graves pour la santé des femmes et des occurrences multiples, contrairement à la réalité concernant les hommes, le législateur a aussi fait un choix politique qui s'inscrit dans l'esprit de la promotion de l'égalité de fait et du rééquilibrage d'une situation factuelle défavorable à un sexe. Il n'apparaît pas qu'à ce jour cette approche fasse véritablement débat en Suisse.

Art. 190

¹²⁶ FF 2010 5142 s.

¹²⁷ FF 2010 5143. CR CP II-MEYLAN/GANDOY, N 35 ss *ad* art. 124 CP.

¹²⁸ FF 2010 5146 et les références.

¹²⁹ FF 2010 5146 et les références.

¹³⁰ CR CP II-MEYLAN/GANDOY, N 35 ss *ad* art. 124 CP.

1 Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.

2 ...

3 Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins.

L'introduction de nouvelles dispositions à l'encontre des délits contre les mœurs dans le Code pénal a fait suite aux mouvements féministes et visait à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi qu'à mieux protéger certaines personnes victimes d'abus (femmes, enfants, etc.)¹³¹. Il s'agissait ainsi de créer un droit accentuant la responsabilité de l'homme, alors que celle-ci avait précédemment pesé sur les femmes¹³². Le viol réprimait l'acte sexuel sous la contrainte résultant de violence ou d'une menace grave à la volonté consciente de la victime, qui devait être une femme âgée de 16 ans révolus¹³³.

Le droit pénal a été modifié en 1985 en ce qui concerne les actes d'ordre sexuel (« délits contre les mœurs »)¹³⁴. Préalablement, le viol visait les femmes âgées de 16 ans au moins, la nouvelle définition incluant toutes les femmes. Tout acte sexuel contraint à l'encontre d'une femme était réprimé, bien qu'il ait fallu attendre 2004 pour que le viol conjugal devienne officiellement un délit punissable¹³⁵. Depuis qu'elle a été consacrée dans le Code pénal, la notion de viol ne couvre ainsi que l'acte sexuel (soit l'introduction du pénis dans le vagin) entre un homme (l'auteur) et une femme (la victime)¹³⁶.

Toute autre forme de contrainte sexuelle ne peut être réprimée que par l'art. 189 CP, qui prévoit la même peine maximale de dix ans de réclusion. L'assimilation du viol hétérosexuel et du viol homosexuel a été rejetée dans le cadre de l'élaboration des normes en question, essentiellement pour des motifs physiologiques, non précisés dans les travaux législatifs¹³⁷. Toutefois, les actes d'ordre sexuel, qui peuvent être infligés à des personnes des deux sexes, devaient être traités de la même manière que le viol : « La question s'est posée de savoir s'il y avait lieu de distinguer les actes analogues à l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel. Nous y avons renoncé, ces notions n'étant en raison de leur indétermination d'aucune utilité pour la gradation de la punissabilité. Quant au caractère hautement répréhensible des actes hétéro- ou homosexuels qui, obtenus par la contrainte, équivalent au viol, nous en avons tenu compte en prévoyant une peine qui, comme pour le viol, peut aller jusqu'à dix ans de réclusion »¹³⁸. Il n'en reste pas moins que le viol est puni de manière plus sévère que la contrainte sexuelle en raison d'une peine minimale d'un an de privation de liberté¹³⁹. La jurisprudence a parfois corrigé les différences de peine entre les actes d'ordres sexuels et le viol, en estimant que certaines infractions très proches de l'acte sexuel ne permettaient pas que la peine minimum soit sensiblement inférieure à celle prévue pour le viol¹⁴⁰.

¹³¹ FF 1918 IV 45 s.

¹³² FF 1918 IV 46.

¹³³ FF 1918 IV 46.

¹³⁴ FF 1985 II 1024.

¹³⁵ FF 1985 II 1024 ; FF 2003 1750, 1779.

¹³⁶ ATF 123 IV 49, c. 2 ; CR CP II-QUELOZ /ILLANEZ, N 2 *ad art.* 190 CP.

¹³⁷ FF 1985 II 1087. CORBOZ, N 4 *ss ad art.* 190 CP.

¹³⁸ FF 1985 II 1091 s.

¹³⁹ CR CP II-QUELOZ /ILLANEZ, N 25 *ad art.* 190 CP.

¹⁴⁰ ATF 132 IV 120, c. 2 ; CORBOZ, N 28 *ad art.* 189 CP.

Les modifications du Code pénal précitées visaient à introduire une égalité des sexes et une modernisation des règles relatives aux infractions contre les mœurs et ont eu pour effet de protéger de manière plus uniforme les femmes et les hommes. En-dehors du fait que seule une femme pouvait subir un viol, les infractions ne visant au préalable que des femmes (par exemple la séquestration) ont été étendues à toute personne indépendamment de son sexe. La définition du terme « femme » (toute personne du sexe féminin âgée de 16 ans au moins) qui figurait alors dans le Code pénal a ainsi été supprimée à la faveur de l'introduction des nouvelles dispositions¹⁴¹.

QUELOZ n'hésite pas à qualifier l'approche différenciée entre femmes et hommes que le législateur a adoptée (et conservée) comme « passéiste et paternaliste », en prévoyant une protection des femmes en tant que « sexe faible »¹⁴².

La voie choisie par le législateur en matière de punition des actes de contrainte sexuelle, qui procède à une distinction entre les femmes et les hommes est sujette à discussion. En effet, si à première vue l'on peut imaginer une motivation due tant aux persécutions dont les femmes font l'objet qu'à des différences physiologiques, un tel choix est plus difficile à comprendre actuellement. Il n'apparaît nullement impératif que la loi procède à une distinction et à un traitement explicitement différencié des femmes et des hommes et un tel choix semble aujourd'hui difficile à justifier.

Les discussions et remises en cause de l'approche du Code pénal suisse au sujet du viol et de la contrainte sexuelle ont été nombreuses ces dernières années. En 2013, le Conseiller national Hughes HILTPOLD déposait l'interpellation n° 13.3485, suggérant de modifier les art. 189 et 190 CP « de façon à créer une seule norme pénale incriminant toute contrainte sexuelle (soit l'acte sexuel et les autres actes d'ordre sexuel contraints passibles d'une peine privative de liberté d'un à dix ans) »¹⁴³. Cette modification devait permettre notamment de tenir compte des victimes masculines, ainsi que des victimes d'actes qui ne sont pas *stricto sensu* des actes sexuels, ainsi que de disposer d'une ou de plusieurs norme(s) ne distinguant pas les victimes et les actes¹⁴⁴.

Cette première intervention parlementaire ayant reçu une réponse négative du Conseil fédéral, le Conseiller national HILTPOLD a relancé le débat en 2014 par une motion (n° 14.3651) chargeant le Conseil fédéral de modifier le Code pénal, estimant que « la caractérisation pénale du viol ne doit pas dépendre du sexe de la victime ou de l'auteur. Il faut aujourd'hui faire évoluer la définition du viol et donner aux hommes, ainsi qu'aux homo- et bisexuels et aux transgenres, le statut de victime de viol en reconnaissant juridiquement leur traumatisme »¹⁴⁵. Le Conseil fédéral a persisté à considérer que le droit suisse était exempt de lacune, tout en reconnaissant que le droit international définissait le viol sans référence au

¹⁴¹ FF 1985 II 1113 s.

¹⁴² Cf. CR CP II-QUELOZ / ILLANEZ, N 3 *ad* art. 189 CP.

¹⁴³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20133485>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁴⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20133485>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁴⁵ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143651>, consulté le 22 juin 2021.

sexe, ce notamment dans la Convention d'Istanbul (art. 36)¹⁴⁶. Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion, tout en se déclarant prêt à examiner la question, comme déjà mentionné dans sa réponse à l'interpellation précédente¹⁴⁷.

En 2014, le Canton de Genève, s'appuyant notamment sur l'art. 8 al. 3 Cst., a déposé une initiative (n° 14.311) demandant « de modifier les articles 189 et 190 du Code pénal afin d'élargir la définition de la notion juridique du viol aux victimes de sexe masculin et à d'autres formes de pénétrations sexuelles forcées que l'acte sexuel proprement dit »¹⁴⁸. En effet, selon le Canton de Genève, force était « de constater que la définition du viol dans le Code pénal suisse [était] non seulement très différente de celle des pays voisins, mais surtout archaïque, en ce sens qu'elle se limite à l'acte sexuel "proprement dit", excluant ainsi les victimes de sexe masculin et d'autres formes de pénétrations sexuelles forcées »¹⁴⁹. Il était souligné à quel point le droit suisse était dépassé, tant au vu des réalités que du droit des pays environnants et du droit international¹⁵⁰.

En 2017, la députée Laurence FEHLMANN-RIELLE a déposé une motion (n° 17.3992) par laquelle elle chargeait le Conseil fédéral de « modifier le Code pénal (CP) afin d'élargir la définition du viol et de l'étendre aux contraintes sexuelles, indépendamment du sexe de la victime »¹⁵¹. Le texte de la motion précisait que « les débats qui agitent maintenant plusieurs pays dont la Suisse au sujet du viol, des contraintes et du harcèlement sexuels représentent le moment propice pour faire évoluer le droit suisse afin qu'il soit en phase avec les exigences et le contexte actuels »¹⁵². Le Conseil fédéral avait alors prévu d'intégrer ces questions à la révision et à l'harmonisation des peines pénales prévues en 2018. La révision des infractions contre l'intégrité sexuelle a toutefois été dissociée de ce projet (n° 18.043) et a fait l'objet d'un avant-projet donnant lieu, à compter de février 2021, à une consultation¹⁵³.

Le Projet¹⁵⁴ et le Rapport¹⁵⁵ qui accompagnent la révision du droit pénal en matière sexuelle expliquent que plusieurs variantes sont élaborées afin de permettre une discussion large¹⁵⁶.

¹⁴⁶ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143651>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁴⁷ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143651>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁴⁸ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20140311>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁴⁹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20140311>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵⁰ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20140311>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵¹ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173992>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵² <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173992>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20180043>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵⁴ https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1/doc_1/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons_1-doc_1-fr-pdf-a.pdf, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵⁵ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1/doc_2/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6021-4-cons_1-doc_2-fr-pdf-a.pdf, consulté le 22 juin 2021.

¹⁵⁶ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 2.

L'une des variantes proposées vise à étendre la notion de viol à « des actes autres que l'acte sexuel et aux victimes autres que de sexe féminin »¹⁵⁷. L'autre version persiste à conserver l'approche du droit pénal suisse en vigueur actuellement, au motif qu'elle se justifie du fait qu'une « femme peut suite à un viol être confrontée à une grossesse non désirée et à la question de l'avortement ou de l'adoption »¹⁵⁸. Il est à noter que le Rapport est proche de la technicité du droit pénal, et ne mentionne pas véritablement d'arguments relatifs à l'égalité des femmes et des hommes, ni les aspects symboliques de reconnaissance et de qualification du viol et de ses victimes.

Ces projets suscitent de nombreuses réactions dans l'opinion publique, relayées par la presse, les partis politiques et les associations notamment féministes, ainsi qu'Amnesty International, entre autres. Ceux-ci dénoncent une approche encore patriarcale des infractions contre l'intégrité sexuelle et contestent essentiellement l'introduction de la notion de contrainte comme élément constitutif de l'infraction de viol en lieu et place de l'absence de consentement¹⁵⁹.

Les définitions données aux infractions contre l'intégrité sexuelle par le droit pénal suisse suscitent des débats nombreux et vifs qui n'ont pas encore abouti à une solution satisfaisante ou, à tout le moins, consensuelle. Il apparaît toutefois que la distinction entre femmes et hommes dans la loi est de plus en plus remise en question et ne concorde pas avec l'évolution du droit et de la société sur ces thématiques. Toutefois, malgré les nombreuses critiques émises par les partisans et partisanes d'une réforme, une résistance non négligeable au changement perdure.

La question relative à la distinction entre femmes et hommes dans le cadre de la définition du viol fait donc largement débat. Il est intéressant de noter que le débat porte tant sur une approche insatisfaisante pour les femmes (notamment approche patriarcale, non-reconnaissance du viol sous d'autres formes que l'acte sexuel), mais également pour les hommes (notamment absence de statut de victime de viol). Sous l'angle de l'égalité, le droit actuel semble ainsi non conforme au mandat constitutionnel d'égalité, mais est en plus insatisfaisant pour tout le monde. Le débat est vif et ne semble pas en voie d'apaisement.

Art. 260bis

1 Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque prend, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou organisationnel, dont la nature et l'ampleur indiquent qu'il s'apprête à passer à l'exécution de l'un des actes suivants:

¹⁵⁷ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 11.

¹⁵⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 32.

¹⁵⁹ <https://www.letemps.ch/suisse/suisse-definition-viol-enflamme-esprits>; <https://www.rts.ch/info/suisse/11019969-trois-hommes-pour-redefinir-le-viol-dans-le-code-penal-la-mesure-passe-mal.html>; <https://www.domainepublic.ch/articles/35939>; <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/docs/2021/revision-droit-penal-sexuel-projet-decevant>; <https://www.tdg.ch/une-definition-plus-large-du-viol-est-demandee-dans-le-code-penal-923693288578>; <https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/prises-de-position/docs/2021/une-occasion-unique-de-protger-lautodetermination-sexuelle>, consultés le 22 juin 2021. Voir également la prise de position de männer.ch au sujet de la notion de consentement : https://www.maenner.ch/wp-content/uploads/2021/05/maennerch_sexualstrafrecht_vernehmlassung_final.pdf, consulté le 22 juin 2021. Cf. aussi Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 28 janvier 2021, p. 30, 61 s.

- a. meurtre (art. 111);
- b. assassinat (art. 112);
- c. lésions corporelles graves (art. 122);
- c^{bis}. mutilation d'organes génitaux féminins (art. 124).

L'art. 260^{bis} CP vise à punir, de manière autonome, les actes préparatoires d'un certain nombre d'infractions considérées comme particulièrement dangereuses et graves¹⁶⁰. L'art. 124 CP, dont il a été question précédemment¹⁶¹, est intégré à la liste d'infractions visées par l'art. 260^{bis} CP, montrant une fois encore l'importance du bien juridique protégé, à savoir l'intégrité physique et sexuelle des femmes dans le cadre des mutilations génitales. Au-delà de ces considérations, il ne peut être estimé qu'une véritable différence entre les hommes et les femmes est instaurée par cette norme.

Art. 264a

1 Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au moins quiconque, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile:

g. viole une personne de sexe féminin, la détient alors qu'elle a été mise enceinte contre sa volonté dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population, contraint une personne à subir un acte sexuel d'une gravité comparable, la contraint à se prostituer ou la stérilise de force;

Art. 264e

1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins quiconque, dans le contexte d'un conflit armé:

b. viole une personne de sexe féminin protégée par le droit international humanitaire, la détient alors qu'elle a été mise enceinte contre sa volonté dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population, contraint une personne protégée par le droit international humanitaire à subir un acte sexuel d'une gravité comparable, la contraint à se prostituer ou la stérilise de force;

Les deux articles reproduits ci-dessus visent à mettre en œuvre la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale¹⁶². Si les femmes sont nommément désignées, il ne s'agit pas ici de distinguer entre les femmes et les hommes au-delà des éléments strictement propres à la biologie féminine (grossesse). Pour le reste, les normes visent autant à protéger les femmes que toute personne contre des abus de nature sexuelle, même si les notions d'acte sexuel et d'acte analogue à l'acte sexuel en droit pénal suisse qui ont été examinées précédemment imposent une dénomination spécifique à chaque acte. En effet, la Suisse fait primer la notion de viol selon le droit interne (soit uniquement sur une femme), contrairement aux règles internationales dont l'approche est actuellement non genrée (un viol peut intervenir quel que soit le sexe de l'auteur comme de la victime)¹⁶³. Par ailleurs, l'existence de ces règles repose sur le constat fait maintes fois et déjà évoqué dans la présente étude, de l'existence de violences répétées et accrues dont les femmes sont victimes à travers le monde, de sorte que la justification du fait qu'elles soient spécifiquement mentionnées ne prête pas à discussion.

Art. 377

¹⁶⁰ Cf. FF 1980 I 1223 ss.

¹⁶¹ Cf. *supra* RS 311.0 (Code pénal, CP).

¹⁶² FF 1999 4911 ss et FF 2008 3461 ss.

¹⁶³ CR CP II-GARIBIAN, N 48 *ad* art. 264a CP; CR CP II-GRAF, N 36 s. *ad* art. 264e CP.

1 Les cantons créent et exploitent les établissements et les sections d'établissements nécessaires à l'exécution des peines en milieu ouvert et en milieu fermé et à l'accueil des détenus en semi-détention ou travaillant à l'extérieur.

2 Ils peuvent également aménager des sections distinctes pour certains groupes de détenus, notamment:

- a. pour les femmes;
- b. pour les détenus de classes d'âge déterminées;
- c. pour les détenus subissant de très longues ou de très courtes peines;
- d. pour les détenus qui exigent une prise en charge ou un traitement particuliers ou qui reçoivent une formation ou une formation continue.

3 Ils créent et exploitent également les établissements prévus par le présent code pour l'exécution des mesures.

4 Ils veillent à ce que les règlements et l'exploitation des établissements d'exécution des peines et des mesures soient conformes au présent code.

5 Ils favorisent la formation et la formation continue du personnel.

Le Code pénal ne prévoit pas une séparation systématique des femmes et des hommes détenus. Dans l'absolu, une telle séparation, même si elle est ici nommément prévue en faveur des femmes, ne touche pas *de facto* un sexe plus que l'autre, puisque séparer les femmes des hommes, revient à séparer les hommes des femmes.

Toutefois, il convient de considérer en l'occurrence que les femmes ont un droit à ce que leurs spécificités soient prises en compte (par exemple en cas de grossesse)¹⁶⁴, ce qui les distingue des hommes et justifie qu'elles sont directement visées par la formulation retenue par le législateur. Les femmes sont une minorité en milieu carcéral et sont considérées comme plus vulnérables et susceptibles de subir des discriminations et des violences. La loi veille ainsi à prévenir ces difficultés, à les compenser et à tenir compte de différences biologiques¹⁶⁵. Ces règles ne semblent susciter aucun débat.

Art. 387

1 Après consultation des cantons, le Conseil fédéral peut édicter des dispositions concernant:

- a. l'exécution des peines d'ensemble et des peines supplémentaires, ainsi que des peines et des mesures exécutables simultanément;
- b. le transfert de l'exécution de peines et de mesures à un autre canton;
- c. l'exécution des peines et des mesures prononcées à l'encontre de personnes malades, infirmes ou âgées;
- d. l'exécution, dans les conditions visées à l'art. 80, des peines et des mesures prononcées à l'encontre de femmes;
- e. la rémunération du travail du détenu visée à l'art. 83.

Les questions relatives à l'exécution des peines prononcées à l'encontre de femmes sont pour l'essentiel liées aux particularités de la maternité¹⁶⁶. Il n'apparaît pas que cela soulève un quelconque débat, dès lors que ces aménagements découlent de la protection générale de la maternité, largement admise dans son principe.

311.039.7 Ordonnance du 13 novembre 2019 sur les mesures visant à prévenir et à combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique)

¹⁶⁴ Cf. CR CP II-VIREDAZ /CHANSON, CR CP II, N 5 *ad* art. 377 CP.

¹⁶⁵ Cf. CR CP II-VIREDAZ/CHANSON, N 5 *ad* art. 377 CP.

¹⁶⁶ Cf. CR CP II-PAYCHERE, N 5 *ad* art. 387 CP.

Cette ordonnance se base à la fois sur la faculté donnée au Conseil fédéral de prendre des mesures préventives visant à éviter les infractions et à prévenir la délinquance (art. 386 CP) et sur la 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 (Convention d'Istanbul)¹⁶⁷. La Suisse a ratifié ce texte le 14 décembre 2017 pour une entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018¹⁶⁸. La Convention d'Istanbul explique, dans son préambule, les raisons de son existence, à savoir la nécessité de la mise en œuvre de l'égalité entre les femmes et les hommes, tout en constatant l'existence de formes multiples et graves de violence envers les femmes, fondée sur le genre et les mécanismes sociaux existants, constituant « une violation grave des droits humains des femmes et des filles et un obstacle majeur à la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes »¹⁶⁹.

Ainsi que l'écrit le Conseil fédéral, « la convention a pour objectif de prévenir, poursuivre et éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes. Elle vise également à éliminer la discrimination des femmes et promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Elle est centrée ce faisant sur les droits, la protection et le soutien des victimes »¹⁷⁰.

L'ordonnance vise dès lors à instaurer des mesures de prévention sur la base de constats multiples de violences visant les femmes¹⁷¹. C'est sur la base de ces motifs justifiés, que les mesures prises par le Confédération instaurent une différence de traitement entre les femmes et les hommes dans le contexte des violences domestiques. Cette différence est toutefois atténuée par le fait que le Conseil fédéral a précisé, dans le Message relatif à la ratification, que les parties à la Convention sont « libres de décider si elles veulent aussi appliquer la convention aux hommes et aux garçons et comment elles entendent le faire. Dans le droit pénal et le droit civil suisses, les dispositions pertinentes sont en principe formulées de manière neutre et donc applicables aux personnes des deux sexes. Les femmes et les filles étant affectées par la violence de manière disproportionnée, les mesures de prévention et autres sont souvent taillées pour elles. Il existe toutefois de plus en plus d'activités et de mesures spécifiquement masculines »¹⁷². Compte tenu de l'ensemble de ces considérations, les règles nouvellement adoptées n'appellent pas la controverse, ni ne semblent faire débat dans les faits¹⁷³.

Art. 1 Objet

La présente ordonnance règle:

- a. la mise en œuvre par la Confédération de mesures visant à prévenir la violence à l'égard des femmes et la violence domestique;
- b. la mise en œuvre par la Confédération de mesures visant à favoriser la collaboration et la coordination entre les acteurs privés et publics du domaine de la prévention et de la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique;
- c. l'octroi par la Confédération d'aides financières pour des mesures au sens des let. a et b mises en œuvre par des tiers;

¹⁶⁷ RS 0.311.35.

¹⁶⁸ RS 0.311.35.

¹⁶⁹ RS 0.311.35, Préambule.

¹⁷⁰ FF 2017 164.

¹⁷¹ FF 2017 168.

¹⁷² FF 2017 171.

¹⁷³ Pour ne pas alourdir inutilement le contenu de cet avis, seuls les deux premiers articles de l'ordonnance qui en définissent l'objet et le but ont été reproduits ci-dessus.

d. l'octroi par la Confédération d'aides financières à des tiers qui fournissent régulièrement des mesures au sens des let. a et b.

Art. 2 Buts

La présente ordonnance poursuit les buts suivants:

- a. contribuer à prévenir la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, notamment la violence psychologique, physique et sexuelle, le harcèlement sexuel, le harcèlement (stalking), le mariage forcé, les mutilations génitales féminines, ainsi que l'avortement et la stérilisation forcés;
- b. favoriser la coordination des acteurs privés et publics du domaine de la prévention et de la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique en Suisse, leur mise en réseau et leur collaboration.

321.0 Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)

Art. 109

1 Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au moins quiconque, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile:

- g. viole une personne de sexe féminin, la détient alors qu'elle a été mise enceinte contre sa volonté dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population, contraint une personne à subir un acte sexuel d'une gravité comparable, la contraint à se prostituer ou la stérilise de force;

Art. 112a

1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au moins quiconque, dans le contexte d'un conflit armé:

- b. viole une personne de sexe féminin protégée par le droit international humanitaire, la détient alors qu'elle a été mise enceinte contre sa volonté dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population, contraint une personne protégée par le droit international humanitaire à subir un acte sexuel d'une gravité comparable, la contraint à se prostituer ou la stérilise de force;

Art. 154

1 Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un an à dix ans au plus.

1 Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera une peine privative de liberté pour trois ans au moins.

À ce sujet, voir en particulier:

- **311.0** Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

Synthèse

Le volume trois du droit interne comporte lui aussi des différences entre femmes et hommes.

Plusieurs différences sont liées à ou motivées par les différences physiologiques entre femmes et hommes, notamment la maternité (art. 116, 118-120 CP). Ces différences peuvent être considérées comme appartenant à la catégorie 1. S'agissant des mutilations génitales (art. 124 CP), les normes ne protégeant spécifiquement que les femmes s'inscrivent dans une volonté de promouvoir l'égalité de fait ou à tout le moins de lutter contre une discrimination répétée,

tout en se basant sur une différence physiologique et les conséquences graves que les mutilations génitales ont sur les femmes. Il s'agit dès lors également de différences de catégorie 1. Les normes en matière de répression d'actes graves (art. 260bis, 264a, 264e CP), de conditions de détention, de prévention de la violence à l'encontre des femmes (Convention d'Istanbul, Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique) s'inscrivent dans les mêmes logiques (promotion de l'égalité de fait et protection de la maternité) et sont donc aussi de catégorie 1.

En revanche, les distinctions opérées entre les femmes et les hommes en matière de viol (art. 190 CP, art. 109, 112a, 154 CPM) ne sont pas justifiées – et ont été abandonnés par les législations d'autres pays. Ces distinctions font l'objet de nombreuses critiques, tant de la part de la société civile que des associations ou de membres de l'Assemblée fédérale (catégorie 3).

4. École - Science - Culture

415.022 Ordonnance du 18 décembre 2020 sur l'octroi aux clubs de sports d'équipe professionnels et semi-professionnels de contributions à fonds perdu et de prêts visant à atténuer les conséquences de l'épidémie de COVID-19 (Ordonnance COVID-19 sports d'équipe)

Art. 2 Demande

1 Des contributions à fonds perdu sont accordées sur demande aux clubs.

2 La demande doit comporter toutes les informations nécessaires à l'octroi de contributions, en particulier:

g. les activités et libéralités du club dans le domaine de l'encouragement de la relève et de la promotion des femmes de la saison 2018/2019.

Art. 8 Poursuite du travail d'encouragement de la relève et de promotion des femmes

Ont trait à l'encouragement de la relève et à la promotion des femmes toutes les mesures du club, notamment les activités et les libéralités visant à promouvoir le sport auprès des enfants et des jeunes ainsi que des femmes.

Art. 9 Obligation de rendre compte et publication

1 Durant les cinq années suivant la perception de contributions, le club est tenu, chaque année et au plus tard deux mois après la fin de la saison, de rendre compte à la Confédération:

c. de ses mesures dans le domaine de l'encouragement de la relève et de la promotion des femmes.

420.111 Ordonnance du DEFR du 9 décembre 2013 relative à l'ordonnance sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (O-LERI-DEFR)

Art. 8 Critères de sélection

1 Pour l'examen scientifique et structurel des projets, le FNS applique principalement les critères suivants:

a. la pertinence stratégique du thème de recherche pour le site de recherche suisse;

b. la qualité scientifique de l'ensemble du programme de recherche et des projets particuliers, y compris leur capacité d'encourager l'interdisciplinarité, de nouvelles approches ou méthodes scientifiques à l'intérieur d'une discipline et la collaboration dans des champs scientifiques nouveaux;

c. la masse critique et la valeur ajoutée du PRN proposé par rapport à la somme des projets isolés;

d. la plausibilité des objectifs et des mesures envisagées en matière de transfert de savoir et de technologie, d'encouragement de la relève et de promotion des femmes;

Le droit fédéral n'opère pas, globalement, de distinction entre les femmes et les hommes dans les domaines de l'éducation, de la science et de la culture. Les dispositions reproduites ci-dessus ont vraisemblablement pour but de favoriser l'égalité de fait en encourageant la promotion des femmes, dans le sport ou encore la recherche ou l'innovation. Concernant les mesures d'encouragement et leurs fondements juridiques, il convient de se référer aux considérations et commentaires relatifs à la notion d'égalité et à la loi fédérale sur l'égalité ci-dessus¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Cf. *supra* RS 151.1 (Loi sur l'égalité, LEg) et chapitre I 1.

Synthèse

Nous relevons la quasi-absence de toute distinction entre les femmes et les hommes en matière d'éducation, de science et de culture. Les art. 2, 8 et 9 Ordonnance COVID-19 sports d'équipe et l'art. 8 O LERI DEFR reflètent des distinctions minimales et justifiées par la promotion de l'égalité de fait (catégorie 1).

5. Défense nationale

510.10 Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM)

Art. 2 Principe

1 Tout Suisse est astreint au service militaire.

2 Le service de protection civile, le service civil de remplacement et la taxe d'exemption de l'obligation de servir sont réglés par des lois fédérales particulières.

Art. 3 Service militaire des Suissesses

1 Toute Suissesse peut se porter volontaire pour accomplir le service militaire.

2 Si sa demande est acceptée, elle est enrôlée. Si, lors du recrutement, elle est déclarée apte au service et qu'elle s'engage à assumer la fonction militaire qui lui est attribuée, elle est astreinte au service militaire.

3 Elle a les mêmes droits et les mêmes devoirs que les militaires de sexe masculin. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions, en particulier en ce qui concerne la libération du service militaire, la durée des services, l'affectation et l'avancement.

Art. 8 Obligation de participer à la séance d'information

3 La séance d'information est ouverte aux Suisses de l'étranger et aux Suissesses qui ne sont pas enrôlés.

La loi sur l'armée a été modifiée en 2010¹⁷⁵, de sorte que la teneur des articles reproduits ci-dessus n'est pas identique à celle qui prévalait lors de l'entrée en vigueur de la loi, le 1^{er} janvier 1996 (antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution). La distinction opérée entre les hommes astreints aux obligations militaires et les femmes qui peuvent se porter volontaires n'a toutefois pas fait l'objet d'une modification. Lors de la rédaction de la loi, il était proposé que les femmes aient la possibilité d'intégrer l'armée et soient incorporées de plein droit, avec les mêmes droits et devoirs que les hommes, bien qu'elles ne puissent accomplir de missions de combat ou être contraintes à participer à un engagement armé¹⁷⁶. Le Message précise toutefois qu'à ce sujet, « le texte a cependant été formulé de manière très générale, afin de pouvoir tenir compte d'éventuelles évolutions dans l'interprétation de la notion d'égalité des sexes »¹⁷⁷. Enfin, le Message intègre explicitement la faculté des femmes astreintes au service à faire objection de conscience et à intégrer le service civil de remplacement, même s'il peut sembler contradictoire qu'une femme qui entre volontairement dans l'armée y fasse ensuite objection¹⁷⁸.

De manière générale, les règles relatives à l'obligation de service pour les hommes et au service volontaire pour les femmes reprennent les règles contenues dans la Constitution qui ont été analysées dans le chapitre consacré à cette dernière¹⁷⁹. Il convient dès lors de s'y référer.

¹⁷⁵ Cf. ch. I de la LF du 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 ; FF 2009 5331 ; FF 2008 2841.

¹⁷⁶ FF 1993 IV 36 s.

¹⁷⁷ FF 1993 IV 37.

¹⁷⁸ FF 1993 IV 37. Cf. BONDOLFI, p. 143 s.

¹⁷⁹ Cf. *supra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

En ce qui concerne le service sans arme, il sied de constater, à la lecture de l'art. 16 LAAM, qu'il ne semble possible que pour les hommes et non pour les femmes, contredisant le principe d'égalité entre les femmes et les hommes au sein de l'armée. Si l'on se réfère à l'ordonnance sur les obligations militaires¹⁸⁰, il apparaît toutefois que « tout militaire qui ne peut concilier le service militaire armé avec sa conscience dépose une demande de service militaire sans arme auprès du commandant d'arrondissement » (art. 22). Ainsi et contrairement à la compréhension première qui peut résulter de la LAAM, le service sans arme ne devrait pas constituer un traitement différent des femmes et des hommes au sein de l'armée.

510.107.0 Règlement de service de l'armée (RSA) du 22 juin 1994

Art. 3 Définitions

1 Est militaire quiconque est recruté et déclaré apte au service est militaire jusqu'à sa libération de l'obligation de servir. Est aussi considéré comme tel celui qui fait partie du personnel militaire.

4 Pour des raisons pratiques, ce règlement de service fait usage de formes masculines comme « l'individu », « le militaire », « le commandant ». Ces désignations sont valables pour les militaires féminins aussi bien que masculins.

Les considérations qui précèdent sont étayées par le règlement de service de l'armée qui prévoit expressément l'égalité des femmes et des hommes au sein de l'armée et l'absence de distinction entre eux du recrutement à la libération de l'obligation de service.

510.30 Ordonnance du 30 mars 1949 de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'armée (OAdma)

Art. 38

1 Les officiers, les sous-officiers supérieurs et chaque militaire de sexe féminin pourront, en général, disposer de chambres avec lits.

510.32 Ordonnance du 26 octobre 1994 concernant les pouvoirs de police de l'armée (OPoA)

Art. 11 Personnes fouillées

3 Les personnes de sexe féminin ne peuvent être fouillées que par des femmes; la fouille visant la recherche d'armes fait exception. Durant le service actif, la présente disposition est valable pour autant que du personnel féminin soit disponible.

512.21 Ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi)

Art. 11 Séance d'information

¹⁸⁰ RS 512.21.

1 Les conscrits sont convoqués à une séance d'information obligatoire. Les Suissesses, qui ne sont pas astreintes à la conscription, sont invitées à la séance d'information. La convocation ou l'invitation est envoyée aux personnes qui:

- a. atteignent l'âge de 18 ans pendant l'année en cours;
- b. atteignent l'âge de 17 ans pendant l'année en cours et ont annoncé vouloir effectuer leur école de recrues pendant l'année de leurs 19 ans.

Art. 42 Obligation de s'annoncer pour les Suisses de l'étranger et les Suissesses de l'étranger astreintes au service militaire

1 Les Suisses de l'étranger et les Suissesses de l'étranger astreintes au service militaire dont le lieu de travail est en Suisse (frontaliers) sont soumis à l'obligation de s'annoncer conformément à l'art. 27, al. 1 et 1bis, LAAM.

2 Les Suisses de l'étranger et les Suissesses de l'étranger astreintes au service militaire qui travaillent pour une durée inférieure à trois mois en Suisse et qui séjournent légalement depuis plus de douze mois à l'étranger ne sont pas soumis à l'obligation de s'annoncer prévue par l'art. 27, al. 1 et 1bis, LAAM.

3 Les Suisses de l'étranger et les Suissesses de l'étranger astreintes au service militaire s'annoncent au commandant d'arrondissement compétent pour leur lieu de travail.

Art. 87 Ordre de marche personnel

4 Sont compétents pour l'établissement d'ordres de marche personnels concernant:

- a. le recrutement: les cantons;
- b. le recrutement des Suissesses et des Suisses de l'étranger: le cdmt Instr;
- c. les services d'instruction: le Groupement Défense;
- d. les cours de répétition en cas de déplacement de service pendant l'année en cours: le Groupement Défense ou l'autorité militaire cantonale compétente.

520.1 Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi)

Art. 29 Personnes astreintes

1 Tous les hommes de nationalité suisse qui y sont aptes (personnes astreintes) sont astreints à servir dans la protection civile (service obligatoire).

2 Les personnes suivantes ne sont pas astreintes:

- a. les personnes astreintes au service militaire ou au service civil;
- b. les personnes qui ont achevé l'école de recrues;
- c. les personnes qui ont effectué, dans le cadre des services militaire et civil, au minimum le nombre de jours de service qui correspond à une école de recrues;
- d. les personnes domiciliées à l'étranger.

3 Le Conseil fédéral règle les exceptions applicables aux Suisses de l'étranger domiciliés dans une région étrangère limitrophe (al. 2, let. d).

Art. 33 Service volontaire

1 Les personnes suivantes peuvent s'engager volontairement dans la protection civile:

- a. les hommes libérés de l'obligation de servir dans la protection civile;
- b. les hommes qui ne sont plus astreints au service militaire ou au service civil;
- c. les femmes de nationalité suisse, à partir du jour où elles atteignent l'âge de 18 ans;
- d. les étrangers établis en Suisse, à partir du jour où ils atteignent l'âge de 18 ans.

2 Les cantons décident de l'admission des volontaires. Nul ne peut faire valoir un droit à être admis dans la protection civile.

3 Les personnes qui s'engagent volontairement dans la protection civile ont les mêmes droits et obligations que les personnes astreintes.

4 Elles sont libérées de la protection civile sur demande après avoir accompli au moins trois ans de service. Lorsque les circonstances le justifient, elles peuvent demander à être libérées plus tôt.

5 Elles sont libérées d'office de la protection civile dès qu'elles perçoivent une rente de vieillesse au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants.

520.11 Ordonnance du 11 novembre 2020 sur la protection civile (OPCi)

Art. 5 Personnes soumises à une appréciation médicale

1 La CVS procède lors du recrutement à une appréciation médicale de l'aptitude au service de protection civile des personnes suivantes:

- a. les hommes de nationalité suisse inaptes au service militaire;
- b. les hommes naturalisés après l'âge de 24 ans;
- c. les personnes dont la demande d'admission au service de protection civile volontaire a été acceptée et qui n'ont encore participé à aucun recrutement.

2 Elle apprécie l'aptitude au service de protection civile des personnes suivantes dans le cadre d'une journée d'examen médical et d'appréciation médicale (EAM):

- a. les personnes souhaitant effectuer du service de protection civile volontaire dont la demande a été acceptée et qui ont déjà participé à un recrutement;
- b. les personnes qui souhaitent effectuer du service volontaire au sein d'une équipe d'aide psychologique d'urgence (care team).

3 Elle apprécie également l'aptitude au service de protection civile des personnes suivantes:

- a. les personnes astreintes s'il existe un doute sur leur aptitude;
- b. les personnes inaptes au service de protection civile qui souhaitent un réexamen de leur aptitude;
- c. les personnes recrutées pour le service militaire qui ont été déclarées inaptes après le recrutement et qui n'ont pas encore accompli l'école de recrues.

La législation sur la protection civile a subi diverses refontes au cours des dernières décennies, puisque la loi fédérale du 17 juin 1994 sur la protection civile, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, a été remplacée à compter du 1^{er} janvier 2004 par la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur la protection de la population et sur la protection civile, elle-même remplacée à compter du 1^{er} janvier 2021 par la loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile.

Dans la mesure où les règles applicables à la protection civile reprennent, en ce qui concerne les distinctions opérées entre les femmes et les hommes, les principes contenus dans la Constitution, elles n'ont pas subi de modification substantielle. Le législateur fait usage de la faculté qui lui est donnée par la Constitution de rendre la protection civile obligatoire pour les hommes et facultative pour les femmes (art. 61 al. 3 Cst.), tout en prévoyant des nuances (notamment afin d'éviter un double devoir militaire et de protection civile pour les hommes). Une fois incorporées, les femmes ont les mêmes droits et devoirs que les hommes (art. 33 al. 3 LPPCi).

Pour le surplus, il convient de se référer aux commentaires de la Constitution fédérale¹⁸¹.

Synthèse

Les distinctions opérées dans le volume cinq entre les femmes et les hommes, en matière de défense nationale, découlent des règles contenues dans la Constitution.

¹⁸¹ Cf. *supra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

Ainsi, les art. 2, 3, 8 LAAM, 3 RSA, 11, 42, 87 OMi, 29, 33 LPPCi et 5 OPCi doivent-il être considérés, tout comme les règles constitutionnelles en la matière, comme appartenant à la catégorie 2, soit comme des règles créant des distinctions entre les femmes et les hommes injustifiées, mais qui ne sont que peu critiquées.

Pour le surplus, il convient de se référer aux considérations y relatives dans le chapitre consacré au premier volume du droit interne¹⁸².

¹⁸² Cf. *infra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

6. Finances

661 Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO)

661.1 Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEO)

La loi fédérale sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir prévoit que les citoyens suisses qui n'accomplissent pas ou n'accomplissent qu'en partie leur obligation de servir sous forme de service personnel (service militaire ou service civil) doivent fournir une compensation pécuniaire (art. 1). Sont assujettis à la taxe les hommes astreints au service qui sont domiciliés en Suisse ou à l'étranger et qui, au cours d'une année civile :

- ne sont, pendant plus de six mois, ni incorporés dans une formation de l'armée ni astreints au service civil (art. 2 al. 1 let. a).
- n'effectuent pas le service militaire ou le service civil qui leur incombent en tant qu'hommes astreints au service (art. 2 al. 1 let. c).
- les hommes astreints au service militaire ou au service civil qui sont libérés de l'obligation de servir sans avoir accompli la totalité des jours de service obligatoires (art. 2 al. 1^{bis}).

Il découle de ces principes que la totalité de la loi sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir et son ordonnance d'application n'ont vocation à s'appliquer qu'à des individus de sexe masculin. Ce principe reprend la règle claire figurant à l'art. 59 al. 3 Cst. et qui prévoit le paiement de ladite taxe. Il s'agit d'une distinction émanant de l'ensemble du système d'incorporation dans le service militaire, le service civil de remplacement et la protection civile. À ce sujet, il convient également de se référer aux commentaires relatifs aux art. 59 et 61 Cst.

Synthèse

Les distinctions opérées entre les femmes et les hommes dans le volume six, en matière de finance et de taxation (LTEO et OTEO), découlent des règles contenues dans la Constitution relativement à la défense nationale et appartiennent à la catégorie 2. Il convient dès lors également de se référer aux considérations y relatives dans le chapitre consacré au premier volume du droit interne¹⁸³.

¹⁸³ Cf. *infra* RS 1.10 (Constitution fédérale, Cst.).

7. Travaux publics - Énergie - Transports et communications

748.01 Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv)

Art. 34 Applicabilité des prescriptions en matière de protection durant la maternité

1 Les femmes enceintes peuvent faire valoir leur droit à des mesures de protection particulières dès lors qu'elles ont avisé l'entreprise de leur état.

2 A la demande de l'entreprise, elles produisent un certificat médical.

Art. 35 Occupation durant la maternité

L'occupation des femmes enceintes, des accouchées et des mères allaitantes est régie par les art. 35, al. 1, et 35a, al. 1 à 3, de la loi du 13 mars 1964 sur le travail.

Art. 36 Déplacement de l'horaire et paiement du salaire

1 Les femmes enceintes et les mères allaitantes qui sont libérées du service de vol ont droit à 80 % de leur salaire lorsque l'entreprise de transport aérien ne peut leur proposer un travail équivalent au sol.

2 Les textes suivants s'appliquent aux femmes enceintes et aux mères allaitantes exécutant un travail équivalent au sol:

a. loi du 13 mars 1964 sur le travail;

b. ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail;

c. OLT 3;

d. prescriptions édictées par le Département fédéral de l'économie en vertu de l'art. 62, al. 4, de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail.

S'agissant d'une ordonnance, l'exposé des motifs et les travaux préparatoires ne permet pas de disposer de la genèse de ces règles. Toutefois, il apparaît qu'il s'agit surtout, au sein d'une loi très spécifique, d'un rappel de l'applicabilité et un renvoi aux règles plus générales contenues dans la loi sur le travail, applicables aux femmes enceintes ou ayant récemment accouché. Sur la thématique de la protection de la maternité dans les relations de travail, il est dès lors renvoyé aux commentaires relatifs à la loi fédérale sur le travail et ses ordonnances d'application :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr).
- **822.111** Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1).
- **822.111.52** Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité).
- **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).
- **822.21** Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (Loi sur la durée du travail, LDT).

Synthèse

Le volume sept ne comprend qu'une seule distinction entre les femmes et les hommes, à savoir l'interdiction pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent de travailler en service de vol (art. 34-36 OSAv). Cette interdiction qui découle directement des règles de protection de la santé de la femme dans le cadre de la maternité et des différences physiologiques entre femmes et hommes appartient à la catégorie 1.

8. Santé - Travail - Sécurité sociale

810.11 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)

Art. 4 Pratiques interdites

Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits.

Art. 29 Production abusive d'embryons

1 Quiconque, à la suite d'une imprégnation, produit un embryon dans un autre but que celui d'induire ou de permettre d'induire une grossesse est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Est puni de la même peine quiconque conserve un ovule imprégné ou un embryon in vitro dans un autre but que celui d'induire ou de permettre d'induire une grossesse.

Art. 30 Développement d'un embryon hors du corps de la femme

1 Quiconque développe un embryon hors du corps de la femme au-delà du stade correspondant à celui de la nidation physiologique est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Est puni de la même peine quiconque transfère un embryon humain à un animal.

Art. 31 Maternité de substitution

1 Quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Est puni de la même peine quiconque sert d'intermédiaire à une maternité de substitution.

Si elle est conforme à la Constitution en vigueur, la LPMA lui reste antérieure, puisqu'elle est entrée en vigueur en 1998. La LPMA visait ainsi à concrétiser l'art. 24^{novies} aCst., issu d'une votation populaire et qui interdisait le don d'embryon et la maternité de substitution¹⁸⁴, sans s'être préoccupé semblerait-il des questions d'égalité entre femmes et hommes¹⁸⁵. La LPMA est issue d'un contre-projet à une initiative populaire (« Initiative pour une protection respectant la dignité humaine »)¹⁸⁶ et visait à mettre en œuvre les principes constitutionnels, sans s'écarter de l'approche de la procréation médicalement assistée du début des années 1990¹⁸⁷.

L'interdiction du don d'embryons est guidée par le bien de l'enfant, dans la mesure où le législateur a estimé que ce dernier devait être issu génétiquement de l'un de ses parents juridiques¹⁸⁸. De même, la maternité de substitution, mettant « la femme au rang d'instrument », a été interdite en considération de la protection du bien de l'enfant¹⁸⁹.

¹⁸⁴ À noter que le don d'ovules n'était pas interdit essentiellement en raison du fait qu'il n'était pas pratiqué et que le législateur estimait qu'il ne le serait pas véritablement : FF 1989 III 1060, cf. aussi FF 1996 III 197, 206.

¹⁸⁵ FF 1989 III 945 ss.

¹⁸⁶ FF 1996 III 209 s.

¹⁸⁷ FF 1996 III 214.

¹⁸⁸ FF 1996 III 247.

¹⁸⁹ FF 1996 III 247.

La question de l'égalité entre les femmes et les hommes a été soulevée lors de la procédure de consultation, dans la mesure où il a été relevé « qu'une interdiction du don d'ovules constitue une inégalité de traitement entre la maternité éclatée et la paternité éclatée » (soit le don de sperme autorisé par la loi) ¹⁹⁰. Par ailleurs, il a été relevé que « l'éclatement de la maternité ne nuit pas à l'enfant. Si la mère sociale et juridique a en plus porté l'enfant, on peut s'attendre à ce que les relations entre elle et l'enfant soient encore plus étroites qu'entre une mère et un enfant adoptif »¹⁹¹.

Toutefois, le Conseil fédéral a estimé que la différence de traitement entre les femmes et les hommes n'était pas constitutive d'une discrimination, dans la mesure où la procréation médicalement assistée ne devait pas « donner naissance à des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles »¹⁹². Ainsi, selon le Conseil fédéral, « le principe de la certitude de la maternité à la naissance, qui est exprimé par l'adage "*mater semper certa est*", ne doit pas être abandonné. Ce principe vaut d'autant plus que le don d'ovules n'a été que rarement pratiqué jusqu'à aujourd'hui, si bien que, à la différence de ce qui se passe pour l'insémination hétérologue, il n'existe pratiquement pas d'enquêtes scientifiques sur ses conséquences. La division de la paternité entre un père génétique et un père social et juridique en cas d'insémination par le sperme d'un donneur a, en revanche, un parallèle dans la procréation naturelle : on sait que le père génétique n'assume pas toujours la responsabilité juridique de son enfant et que l'époux de la femme qui a donné naissance à l'enfant n'est pas nécessairement le père biologique de cet enfant. On ne peut dès lors pas parler d'une discrimination des femmes par rapport aux hommes »¹⁹³.

Ces arguments, qui ont abouti à l'interdiction du don d'ovule, en sus de celle du don d'embryons et de la maternité de substitution, se réfèrent informellement aux différences biologiques et physiologiques existants entre femmes et hommes, qui sont sous-jacentes dans le cadre d'une telle thématique. Toutefois, le législateur ne les utilise, ni ne les développe à l'appui de ses choix. En réalité, ceux-ci semblent bien davantage découler de l'approche adoptée en matière de filiation par le Code civil et des considérations éthiques et valeurs qui sont placées au-dessus de l'égalité entre les femmes et les hommes (bien de l'enfant, considérations pour la femme qui ne doit pas être un simple « instrument », etc.).

Du point de vue de l'égalité entre femmes et hommes, il semble que la différence opérée par la LPMA en matière de don d'ovules ne se justifie pas, ni qu'un effort particulier ait été fait pour élaborer une telle justification. La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE) a rendu une prise de position en décembre 2013 sur la procréation médicalement assistée¹⁹⁴. Selon la CNE, la distinction opérée en matière de dons d'ovules et de sperme reposerait en réalité sur une justification naturaliste¹⁹⁵, soit un jugement de valeur contraire au principe d'égalité entre les femmes et les hommes. La CNE recommande dès lors

¹⁹⁰ FF 1996 III 248.

¹⁹¹ FF 1996 III 248.

¹⁹² FF 1996 III 248.

¹⁹³ FF 1996 III 248.

¹⁹⁴ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE), « La procréation médicalement assistée, considérations éthiques et propositions pour l'avenir. Prise de position n° 22/2013 », <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/fortpflanzungsmedizin/stellungnahmen-gutachten.html>, consulté le 22 juin 2021.

¹⁹⁵ CNE, p. 42.

l'autorisation du don d'ovules, au même titre que le don de sperme pour mettre fin à une situation discriminatoire¹⁹⁶. BÜCHLER et CLAUSEN partagent cet avis et critiquent de la même manière l'approche légale en matière de don d'ovules¹⁹⁷, ce d'autant plus que l'interdiction du don d'ovules ne figure pas dans la Constitution¹⁹⁸. Ces auteurs relèvent aussi que le don d'embryons est interdit par une norme constitutionnelle, tout comme la maternité de substitution et que l'approche est plus complexe¹⁹⁹. Ces deux dernières situations permettent toutefois moins de comparer et de distinguer les réalités propres et le traitement réservé aux femmes et aux hommes par la loi. De plus, ces situations sont davantage liées à des considérations physiologiques. Par exemple, si les deux membres d'un couple (de sexes différents) sont stériles, le don d'embryon les concernera de la même manière, même s'il n'est physiologiquement possible qu'en faveur de la femme.

À ce jour, une évolution législative en ce sens semble peu probable à court terme. Le Conseil fédéral a rejeté en 2017 une motion (n° 17.3047) de la Conseillère nationale QUADRANTI proposant d'autoriser le don d'ovules²⁰⁰. Malgré le constat selon lequel une majorité de la population suisse y était favorable, le Conseil fédéral a estimé que le don d'ovules posait « des questions délicates en matière de politique sociale, d'éthique, de médecine et de droit » et qu'il était « prématuré de légiférer dans ce domaine, alors que les votations populaires qui ont prudemment libéralisé la réglementation en matière de procréation médicalement assistée sont encore récentes (2015 et 2016) et que les modifications correspondantes ne sont pas entrées en vigueur »²⁰¹.

Un postulat ultérieur de la même parlementaire (n° 18.3205) interrogeant l'adaptation de la LPMA aux évolutions et à l'état de la science et de la technologie a été rejeté par le Conseil fédéral en 2018, repris en 2019, puis classé sans suite en 2020²⁰².

Il n'apparaît dès lors pas que malgré l'inégalité entre femmes et hommes créée par la loi et dépourvue de justification légale, la LPMA ne fasse à l'heure actuelle l'objet d'un débat véritablement propre à entraîner sa prochaine suppression, que ce soit d'un point de vue judiciaire ou au sein de la société civile.

810.21 Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation)

Art. 37 Principe et interdictions

1 La date d'une interruption de grossesse et la méthode utilisée doivent être choisies indépendamment d'une transplantation ultérieure de tissus ou de cellules issus de l'embryon ou du fœtus.

¹⁹⁶ CNE, p. 53.

¹⁹⁷ BÜCHLER/CLAUSEN, N 14 *ad* art. 4 LPMA.

¹⁹⁸ BÜCHLER/CLAUSEN, N 15 *ad* art. 4 LPMA.

¹⁹⁹ BÜCHLER/CLAUSEN, N 15 *ss ad* art. 4 LPMA.

²⁰⁰ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173047>, consulté le 22 juin 2021.

²⁰¹ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173047>, consulté le 22 juin 2021.

²⁰² Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20183205>, consulté le 22 juin 2021.

2 Il est interdit:

- b. de transplanter des tissus ou des cellules issus d'un embryon ou d'un fœtus sur une personne désignée par la femme dont la grossesse est interrompue;
- c. d'utiliser, pour une transplantation, des tissus ou des cellules issus d'embryons ou de fœtus provenant de femmes incapables de discernement.

Art. 39 Information et consentement de la donneuse

1 Le consentement d'une femme enceinte pour l'utilisation, à des fins de transplantation, des tissus ou des cellules issus de l'embryon ou du fœtus, ne peut être sollicité qu'une fois prise sa décision d'interrompre sa grossesse.

2 Les tissus ou les cellules issus d'un embryon ou d'un fœtus ne peuvent être transplantés qu'avec le consentement libre et éclairé de la donneuse, donné par écrit.

Art. 69 Délits

1 Est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins qu'il n'ait commis une infraction plus grave au sens du code pénal, quiconque, intentionnellement:

- l. transplante des tissus ou des cellules issus d'un embryon ou d'un fœtus sur une personne désignée par la femme dont la grossesse est interrompue (art. 37, al. 2, let. b);
- m. utilise à des fins de transplantation des tissus et des cellules issus d'embryons ou de fœtus provenant de femmes incapables de discernement (art. 37, al. 2, let. c).

810.30 Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH)

Art. 26 Projets de recherche sur des femmes enceintes et sur des embryons et des fœtus *in vivo*

1 Un projet de recherche avec bénéfice direct escompté ne peut être réalisé sur une femme enceinte, un embryon ou un fœtus que si le rapport entre les risques et les contraintes prévisibles pour la femme enceinte, pour l'embryon ou le fœtus, d'une part, et le bénéfice escompté, d'autre part, n'est pas disproportionné.

2 Un projet de recherche sans bénéfice direct escompté ni pour la femme enceinte ni pour l'embryon ou le fœtus ne peut être réalisé qu'aux conditions suivantes:

- a. les risques et les contraintes inhérents au projet sont minimaux pour l'embryon ou le fœtus;
- b. le projet permet d'escompter des résultats essentiels pouvant apporter un bénéfice à long terme à d'autres femmes enceintes ou d'autres embryons ou fœtus.

Art. 27 Projets de recherche sur des méthodes d'interruption de grossesse

1 Une femme enceinte ne peut être sollicitée pour participer à un projet de recherche sur des méthodes d'interruption de grossesse qu'à partir du moment où sa décision d'interrompre sa grossesse est définitive.

2 L'art. 26 n'est pas applicable.

Art. 39 Conditions requises pour la recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse

1 Une femme enceinte ne peut être sollicitée pour mettre son embryon ou son fœtus à la disposition de la recherche qu'à partir du moment où sa décision d'interrompre sa grossesse est définitive. Les art. 16 et 22 à 24 s'appliquent par analogie au consentement.

2 La date de l'interruption de grossesse et la méthode utilisée ne doivent pas être choisies en fonction d'un projet de recherche.

3 Le projet de recherche ne peut être pratiqué sur un embryon ou un fœtus issu d'une interruption de grossesse que si le décès a été constaté.

4 Quiconque réalise un projet de recherche au sens de l'al. 3 ne peut ni participer à l'interruption de grossesse, ni être habilité à donner des instructions aux personnes chargées de l'intervention.

810.301 Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques (Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain, ORH)

Art. 44 Consentement éclairé

1 Pour les projets de recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse et d'avortements spontanés, y compris des enfants mort-nés, les informations suivantes sont fournies par écrit et par oral à la femme enceinte, respectivement au couple concerné:

- a. l'utilisation de l'embryon ou du fœtus à des fins de recherche;
- b. le droit qu'ils ont en tout temps de refuser une telle utilisation ou de révoquer leur consentement sans avoir à justifier leur décision;
- c. les mesures destinées à assurer la protection du matériel biologique et des données personnelles;
- d. le traitement des embryons ou des fœtus après l'achèvement de la recherche.

Art. 45 Domaines de vérification

La commission d'éthique vérifie:

- h. d'autres domaines dans la mesure où cela est nécessaire pour évaluer la protection de la femme enceinte ou du couple concerné.

810.31 Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, LRCS)

Art. 3 Pratiques interdites

2 Il est également interdit:

- d. d'implanter chez une femme un embryon surnuméraire utilisé pour produire des cellules souches.

Art. 24 Délits

1 Est passible de l'emprisonnement quiconque, intentionnellement:

- b. a utilisé un embryon surnuméraire à des fins autres que la production de cellules souches embryonnaires, l'a importé ou exporté, a produit des cellules souches embryonnaires à partir d'un embryon surnuméraire au-delà de son septième jour de développement, ou a implanté chez une femme un embryon surnuméraire utilisé en vue de la production de cellules souches embryonnaires (art. 3, al. 2).

Les diverses lois reproduites ci-dessus distinguent la femme et l'homme s'agissant de recherche et de transplantation en lien avec la grossesse et son interruption. Au-delà des choix éthiques et des principes généraux prévalant en la matière, la distinction opérée répond strictement aux différences biologiques et physiologiques entre les femmes et les hommes. Aucune autre motivation relative à une telle distinction n'est mentionnée dans les travaux préparatoires²⁰³. Il faut souligner que la loi fédérale sur la recherche sur l'être humain cherche à mettre en œuvre autant que possible le principe de non-discrimination et tend à inclure l'homme autant que possible dans les processus décisionnels de recherche sur des embryons ou fœtus issus d'interruptions de grossesse spontanées²⁰⁴. Du point de vue de l'égalité entre femmes et hommes, ces règles ne semblent pas faire débat.

²⁰³ FF 2001 19 ; FF 2009 7259.

²⁰⁴ FF 2009 7313, 7345.

813.12 Ordonnance du 18 mai 2005 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides (Ordonnance sur les produits biocides, OPBio)

Art. 2 Définitions et droit applicable

1 À titre de précision par rapport à la LChim, on entend dans la présente ordonnance par:
(...)

2 En outre, on entend par:

o. groupe vulnérable: personnes nécessitant une attention particulière lors de l'évaluation des effets aigus et chroniques des produits biocides sur la santé; font partie de ces groupes les femmes enceintes et les femmes allaitantes, les enfants à naître, les nourrissons et les enfants, les personnes âgées ainsi que les travailleurs et autres personnes fortement exposés aux produits biocides sur le long terme.

814.01 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE)

Art. 13 Valeurs limites d'immissions

1 Le Conseil fédéral édicte par voie d'ordonnance des valeurs limites d'immissions applicables à l'évaluation des atteintes nuisibles ou incommodantes.

2 Ce faisant, il tient compte également de l'effet des immissions sur des catégories de personnes particulièrement sensibles, telles que les enfants, les malades, les personnes âgées et les femmes enceintes.

814.501 Ordonnance du 26 avril 2017 sur la radioprotection (ORaP)

Art. 53 Personnes jeunes et femmes enceintes ou allaitantes

1 Les personnes de moins de 16 ans ne sont pas autorisées à être des personnes professionnellement exposées aux radiations.

2 Les limites de dose spécifiques fixées à l'art. 57 sont applicables aux personnes de 16 à 18 ans et aux femmes enceintes.

3 Depuis le moment où la grossesse est connue jusqu'à son terme, l'exposition aux rayonnements de la femme enceinte doit être déterminée chaque mois.

4 Le DFI, en accord avec l'IFSN, fixe quand les femmes enceintes doivent être munies d'un dosimètre individuel actif supplémentaire.

5 Les femmes enceintes doivent à leur demande être dispensées des activités suivantes:

- a. service de vol;
- b. travaux avec des matières radioactives qui présentent un danger d'incorporation ou de contamination;
- c. travaux qui ne sont autorisés qu'aux personnes professionnellement exposées aux radiations appartenant à la catégorie A.

6 Les femmes qui allaitent ne doivent pas accomplir de travaux avec des matières radioactives présentant un danger important d'incorporation.

Art. 57 Limite de dose pour les personnes jeunes et les femmes enceintes

1 Pour les personnes âgées de 16 à 18 ans, la dose efficace ne doit pas dépasser la limite de 6 mSv par année civile.

2 Les femmes enceintes ne peuvent être engagées comme personnes professionnellement exposées aux radiations que s'il est garanti que, depuis le moment où la grossesse est connue jusqu'à son terme, la dose efficace reçue par l'enfant à naître ne dépassera pas 1 mSv.

Art. 58 Mesures à prendre en cas de dépassement d'une limite de dose

1 Si l'une des limites de dose visées aux art. 56, al. 1 à 3, et 57, al. 1, est dépassée pour une personne professionnellement exposée aux radiations, celle-ci ne doit pas accumuler, pendant le reste de l'année civile:

- a. une dose efficace supérieure à 1 mSv;
- b. une dose équivalente au cristallin supérieure à 15 mSv et une dose équivalente à la peau, aux mains et aux pieds supérieure à 50 mSv.

2 L'accord de l'autorité de surveillance selon l'art. 56, al. 2, est réservé.

3 En cas de dépassement de la limite de dose visée à l'art. 57, al. 2, les femmes enceintes ne doivent plus intervenir dans les secteurs contrôlés ou surveillés visés aux art. 80 et 85 durant leur grossesse.

Art. 142 Groupes de personnes

1 Dans une situation d'exposition d'urgence sont astreints à accomplir les tâches mentionnées à l'art. 20, al. 2, let. b, LRaP:

3 Les personnes de moins de 18 ans et les femmes enceintes sont dispensées des tâches visées à l'al. 1.

Le rappel de la vulnérabilité des femmes enceintes et allaitantes, notamment en lien avec les produits chimiques et biocides apparaît dans diverses lois et relève de considérations physiques et médicales en raison des différences biologiques entre les femmes (enceintes) et les hommes. Aucun débat particulier n'a été identifié sous l'angle de l'égalité quant à ces questions.

817.022.104 Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (OBNP)

Art. 22a

1 Le matériel à caractère informatif des fabricants ou des distributeurs reprend les recommandations de l'OSAV au sujet de l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge.

2 Le matériel à caractère informatif, tant écrit qu'audiovisuel, établi à l'intention des femmes enceintes et des mères de nourrissons et d'enfants en bas âge, et portant sur l'alimentation de ceux-ci, comporte des renseignements clairs sur:

- a. les avantages et la supériorité de l'allaitement au sein;
- b. la nutrition de la mère et la façon de se préparer à l'allaitement au sein et de le poursuivre;
- c. l'éventuel effet négatif sur l'allaitement maternel d'une alimentation partielle au biberon;
- d. la difficulté de revenir sur la décision de ne pas nourrir son enfant au sein;
- e. en cas de besoin, l'utilisation correcte des préparations pour nourrissons.

3 S'il contient des renseignements sur l'utilisation des préparations pour nourrissons, il fait également état des incidences sociales et financières de cette utilisation et signale les dangers pour la santé de l'utilisation d'aliments ou de méthodes d'alimentation inadéquats et, en particulier, de l'utilisation incorrecte des préparations pour nourrissons. Il ne contient aucune image de nature à présenter l'utilisation des préparations pour nourrissons comme la solution idéale.

4 Les dons d'équipement ou de matériel à caractère informatif par des fabricants ou des distributeurs ne doivent pas entraver la promotion de l'allaitement maternel. L'équipement et le matériel peuvent porter le nom ou le logo de la société donatrice, mais ils ne font pas référence à une marque spécifique de préparation pour nourrissons et ne sont distribués que par l'intermédiaire du système de santé.

Cette dernière ordonnance ne repose pas directement sur une loi fédérale et il est difficile de déterminer précisément quelles sont les motivations des règles énoncées. Les femmes enceintes et allaitantes constituent les personnes principalement protégées par ces ordonnances, essentiellement en raison des différences physiologiques entre les femmes et

les hommes. Toutefois, s'agissant de produits pour nourrissons, les hommes peuvent être appelés à s'en procurer autant que les femmes, ou à tout le moins à décider autant qu'elles s'ils en administrent à leur enfant. Aucune raison d'ordre physiologique ne permet en soi d'expliquer pourquoi les hommes ne sont pas visés. Sous l'angle juridique, cette différence n'a toutefois probablement peu ou pas d'impact, l'ordonnance étant contraignante uniquement pour les fabricants et distributeurs de produits pour nourrissons. Aucun débat particulier n'a été identifié sur cette question.

818.102 Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19)

Art. 12b Mesures dans le domaine du sport: contributions à fonds perdu pour les clubs de sports d'équipe professionnels et semi-professionnels

1 La Confédération peut soutenir par des contributions à fonds perdu:

6 L'octroi des contributions est soumis aux conditions suivantes:

d. pendant cinq ans au moins, les clubs poursuivent leur travail d'encouragement de la relève et de la promotion des femmes au moins dans la même mesure que durant la saison 2018/2019.

L'introduction de l'encouragement à la relève et à la promotion des femmes dans le cadre du soutien à fonds perdu du sport par le Confédération n'a pas été prévue ni expliquée dans le cadre des travaux préparatoires. Étant donné sa formulation, cette règle ressemble surtout à un encouragement, tel qu'on en a rencontré dans d'autres lois et visant à inciter à une égalité de fait. Il est renvoyé aux considérations relatives à l'encouragement et à la promotion des femmes ainsi qu'aux mesures visant à atteindre l'égalité de fait²⁰⁵.

818.311 Ordonnance du 28 octobre 2009 sur la protection contre le tabagisme passif (Ordonnance concernant le tabagisme passif, OOTP)

Art. 6 Occupation des travailleurs dans les locaux fumeurs et établissements fumeurs

1 Seuls les employés qui ont donné leur consentement par écrit peuvent travailler dans les établissements fumeurs et les locaux fumeurs des établissements d'hôtellerie et de restauration.

2 Des travailleurs peuvent être employés à tester des produits du tabac dans des locaux fumeurs dans la mesure où ils ont consenti par écrit à exercer une telle activité.

3 Les règles spéciales de protection de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail et de ses dispositions d'exécution s'appliquent aux femmes enceintes, aux mères qui allaitent et aux jeunes de moins de 18 ans.

Il convient de se référer aux considérations relatives à la protection des femmes enceintes dans le cadre de leur travail.

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

²⁰⁵ Cf. *supra* I.1.

Art. 35 Protection de la santé durant la maternité

1 L'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence.

2 L'ordonnance peut interdire, pour des raisons de santé, l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent à des travaux pénibles ou dangereux, ou l'assortir de conditions particulières.

3 Les femmes enceintes et les mères qui allaitent qui ne peuvent être occupées à certains travaux en vertu de l'al. 2 ont droit à 80 % de leur salaire, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature, lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé.

Art. 35a Occupation durant la maternité

1 Les femmes enceintes et les mères qui allaitent ne peuvent être occupées sans leur consentement.

2 Sur simple avis, les femmes enceintes peuvent se dispenser d'aller au travail ou le quitter. Les mères qui allaitent peuvent disposer du temps nécessaire à l'allaitement.

3 Les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement; ensuite, et jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être que si elles y consentent.

4 Durant les huit semaines qui précèdent l'accouchement, les femmes enceintes ne peuvent être occupées entre 20 heures et 6 heures.

Art. 35b Déplacement de l'horaire et paiement du salaire durant la maternité

1 Chaque fois que cela est réalisable, l'employeur est tenu de proposer aux femmes enceintes qui accomplissent un travail entre 20 heures et 6 heures un travail équivalent entre 6 heures et 20 heures. Cette obligation vaut également pour la période entre la huitième et la seizième semaine après l'accouchement.

2 Lorsqu'aucun travail équivalent ne peut leur être proposé, les femmes occupées entre 20 heures et 6 heures pendant les périodes fixées à l'al. 1 ont droit à 80 % de leur salaire calculé sans d'éventuelles majorations pour le travail de nuit, y compris une indemnité équitable pour la perte du salaire en nature.

Art. 59 Responsabilité pénale de l'employeur

1 Est punissable l'employeur qui enfreint les prescriptions sur:

- a. la protection de la santé et l'approbation des plans, qu'il agisse intentionnellement ou par négligence;
- b. la durée du travail ou du repos, s'il agit intentionnellement;
- c. la protection spéciale des jeunes gens ou des femmes, qu'il agisse intentionnellement ou par négligence.

2 L'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif est applicable.

822.111 Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1)

Art. 13 Définition de la durée du travail

1 Est réputé durée du travail au sens de la loi le temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur; le temps qu'il consacre au trajet pour se rendre sur son lieu de travail et en revenir n'est pas réputé durée du travail. Sont réservées les dispositions concernant l'occupation des femmes enceintes et des mères qui allaitent ainsi que l'art. 15, al. 2.

Art. 43 Définition de l'examen médical et des conseils

1 L'examen médical comporte un contrôle de base de l'état de santé du travailleur. Son envergure est déterminée par la nature de l'activité à exercer et par les risques que présente le poste de travail. Le SECO publie un descriptif de l'examen médical et des conseils.

2 L'examen médical prévu aux art. 29, 30 et 45 est confié à un médecin ayant acquis les connaissances nécessaires sur les procédés de travail, les conditions de travail ainsi que sur les principes de médecine du travail. Les travailleuses sont en droit de consulter une femme médecin pour l'examen médical et les conseils.

Art. 60 Durée du travail en cas de grossesse et de maternité; temps consacré à l'allaitement

1 Il est interdit de prolonger la durée ordinaire convenue de la journée de travail des femmes enceintes et des mères qui allaitent; cette durée n'excède en aucun cas 9 heures.

2 Les mères qui allaitent peuvent disposer des temps nécessaires pour allaiter ou tirer leur lait. Au cours de la première année de la vie de l'enfant, le temps pris pour allaiter ou tirer le lait est comptabilisé comme temps de travail rémunéré dans les limites suivantes:

- a. pour une journée de travail jusqu'à 4 heures: 30 minutes au minimum;
- b. pour une journée de travail de plus de 4 heures: 60 minutes au minimum;
- c. pour une journée de travail de plus de 7 heures: 90 minutes au minimum.

Art. 61 Allègement de la tâche

1 Les femmes enceintes exerçant principalement leur activité en station debout bénéficient, à partir de leur quatrième mois de grossesse, d'un repos quotidien de 12 heures et, en sus des pauses prévues à l'art. 15 de la loi, d'une courte pause de 10 minutes après chaque tranche de 2 heures de travail.

2 Les activités exercées en station debout n'excèdent pas un total de 4 heures par jour à partir du sixième mois de grossesse.

Art. 62 Activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité

1 L'employeur n'est autorisé à affecter des femmes enceintes, des accouchées ou des mères qui allaitent à des travaux dangereux ou pénibles que lorsque l'inexistence de toute menace pour la santé de la mère ou celle de l'enfant est établie sur la base d'une analyse de risques ou que la prise de mesures de protection adéquates permet d'y parer. Sont réservées les interdictions d'affectation énoncées à l'al. 4.

2 Lorsque seule la prise de mesures de protection adéquates permet d'éliminer les contraintes dangereuses pour la santé de la mère ou celle de l'enfant, l'efficacité de ces mesures est soumise, à intervalles de trois mois au maximum, à un contrôle périodique. En cas d'incapacité à assurer la protection adéquate, les art. 64, al. 3, et 65 sont applicables.

3 Est réputée travail pénible ou dangereux pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent toute activité dont l'expérience a démontré l'impact préjudiciable sur leur santé ou sur celle de leurs enfants. Il s'agit notamment:

- a. du déplacement manuel de charges lourdes;
- b. des tâches imposant des mouvements ou des postures engendrant une fatigue précoce;
- c. des travaux impliquant l'impact de chocs, de secousses ou de vibrations;
- d. des travaux impliquant une surpression, comme le travail en chambre de compression, la plongée, etc.;
- e. des travaux exposant au froid, à la chaleur ou à l'humidité;
- f. des activités soumises aux effets de radiations nocives ou au bruit;
- g. des activités soumises aux effets de substances ou micro-organismes nocifs;
- h. des travaux reposant sur un système d'organisation du temps de travail dont l'expérience a révélé les fortes contraintes.

4 Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche définit par voie d'ordonnance les critères d'évaluation des activités dangereuses ou pénibles au sens de l'al. 3. Il détermine en outre les substances, micro-organismes et activités qui, à la lumière de l'expérience et de l'état des connaissances scientifiques, présentent un potentiel de risque particulièrement élevé pour la santé de la mère et de l'enfant, et pour lesquels tout contact au cours de la grossesse et de l'allaitement doit être interdit.

Art. 63 Analyse de risques; information

1 Toute entreprise comportant des activités dangereuses ou pénibles pour la mère ou pour l'enfant au sens de l'art. 62 est, en cas de maternité d'une travailleuse, tenue de confier l'analyse de risques qui s'impose à un spécialiste au sens des art. 11a ss de l'ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et des prescriptions spécifiques sur l'obligation de faire appel à des spécialistes.

2 L'analyse de risques précède l'entrée en service de femmes dans une entreprise ou partie d'entreprise au sens de l'art. 62, et est répétée lors de toute modification importante des conditions de travail.

3 Le résultat de l'analyse de risques, de même que les mesures de protection préconisées par le spécialiste de la sécurité au travail, sont consignés par écrit. L'analyse de risques s'effectue en considération:

- a. des prescriptions énoncées à l'art. 62, al. 4;

- b. des prescriptions de l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail;
- c. de l'ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents.

4 L'employeur veille à dispenser en temps utile aux femmes exerçant une activité pénible ou dangereuse l'intégralité des informations et instructions appropriées sur les risques que cette affectation comporte pour la grossesse ou pour la maternité, ainsi que sur les mesures prescrites.

Art. 64 Dispense de travailler et obligation de transfert

1 Les femmes enceintes et les mères qui allaitent sont dispensées, à leur demande, des travaux qui sont pénibles pour elles.

2 Les femmes qui disposent d'un certificat médical attestant que leur capacité de travail n'est pas complètement rétablie au cours des premiers mois suivant l'accouchement ne peuvent être affectées à une activité outrepassant leurs moyens.

3 L'employeur transfère toute femme enceinte ou mère qui allaite à un poste équivalent mais qui ne présente aucun danger pour elle lorsque:

- a. l'analyse de risques révèle un danger pour la sécurité ou la santé de la mère ou de l'enfant et qu'il est impossible d'appliquer les mesures de protection appropriées, ou que
- b. les substances ou micro-organismes au contact desquels se trouve l'intéressée ou les activités qu'elle exerce présentent manifestement un potentiel de risque élevé au sens de l'art. 62, al. 4.

Art. 65 Travaux interdits au cours de la maternité

En cas d'impossibilité d'un transfert au sens de l'art. 64, al. 3, toute affectation de l'intéressée dans l'entreprise ou la partie de l'entreprise comportant le risque en question est interdite.

Art. 66 Travaux souterrains dans les mines

Il est interdit d'occuper des femmes aux travaux souterrains dans les mines, hormis pour exercer:

- a. des activités scientifiques;
- b. des actes de premiers secours ou des soins médicaux d'urgence;
- c. des interventions de courte durée dans le cadre d'une formation professionnelle réglementée, ou
- d. des interventions de courte durée et de nature non manuelle.

La protection des femmes est intégrée dans la législation de protection des personnes employées depuis sa naissance au 19^e siècle, dans la mesure où les femmes étaient particulièrement menacées « par les conséquences nocives du travail dans les fabriques »²⁰⁶. Il n'a pas été remis en cause, depuis lors, que les femmes ont besoin d'une protection spécifique qui dépasse la protection ordinaire des travailleurs²⁰⁷. L'introduction dans la loi fédérale sur le travail de la protection de la grossesse et de la maternité ne semble pas avoir fait débat et consistait essentiellement en une codification du droit déjà en vigueur²⁰⁸.

Les normes visant à protéger les femmes, plus spécifiquement durant la grossesse et la maternité, ont été révisées dans le cadre d'un processus ardu de modification plus générale de la loi sur le travail initié au début des années 1990, qui a échoué en votation populaire en 1996²⁰⁹. Selon les termes du Message du Conseil fédéral, le projet visait notamment à « appliquer plus strictement l'égalité de traitement des sexes »²¹⁰, à établir l'égalité de traitement des hommes et des femmes dans les prescriptions sur la durée du travail et du repos, notamment en lien avec le travail de nuit et du dimanche, et à améliorer la protection

²⁰⁶ FF 1960 II 886.

²⁰⁷ FF 1960 II 964, 971.

²⁰⁸ FF 1960 II 965. Pour davantage de détails sur l'historique de cette question, cf. WYLER, N 1 ss *ad* art. 35 LTr.

²⁰⁹ Cf. le Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, FF 1998 1129.

²¹⁰ FF 1994 II 158, 161 ss.

des femmes enceintes et ayant récemment accouché, en particulier lorsqu'elles sont occupées en-dehors de l'horaire normal de travail²¹¹.

Le principe d'une révision étant acquis, les travaux ont repris rapidement après l'échec devant le peuple du projet précité, intégrant dans un nouveau projet certains éléments qui n'avaient pas fait débat lors de la votation populaire, parmi lesquels l'égalité entre femmes et hommes pour la durée du travail et du repos et l'extension de la protection de la maternité²¹².

Dans une approche plus moderne, les commentaires rédigés par le Secrétariat à l'économie (SECO) rappellent que « la santé des femmes enceintes et des mères qui allaitent ainsi que celle de leur enfant sont exposées, dans le cadre du travail, à plus de risques que d'ordinaire ». C'est pour ces raisons qu'il est nécessaire de prendre les mesures appropriées permettant d'éviter toute nuisance ou atteinte à la santé de ces femmes²¹³.

Les normes de protection de la femme enceinte et de la mère ayant récemment accouché et qui allaite ont pour but de protéger sa santé²¹⁴, prévoyant diverses mesures allant d'un simple allègement du travail à une interdiction de travailler durant les huit semaines qui suivent la grossesse (art. 35a al. 3 LTr). Leur justification réside exclusivement dans les distinctions physiologiques entre les femmes et les hommes²¹⁵. En outre, ces normes permettent à la Suisse de se conformer à la Convention n° 183 de l'OIT, qu'elle a ratifiée et qui protège la maternité²¹⁶. Non seulement l'ensemble de ces règles est conforme au droit et justifié, mais elles ne suscitent pas de débat.

À noter toutefois que l'interdiction pour une femme enceinte ou une mère qui allaite d'être affectée à des travaux pénibles avec droit au salaire à hauteur de 80 %, alors qu'elle est capable de travailler (art. 36 OSAv ; 35 al. 3 et 35b al. 2 LTr) est une obligation de protection de la santé qui a un impact financier sur la femme, car bien que personnellement capable de travailler, elle ne peut le faire et ne touche que 80% de son salaire. L'approche du Conseil fédéral lorsqu'il a suggéré ces règles était de considérer que l'obligation de salaire protégeait la femme enceinte ou la mère allaitant ne pouvant être occupée selon la LTr, tout en assurant une rémunération et en protégeant mieux les femmes travaillant en-dehors de l'horaire normal de travail²¹⁷. La logique présidant cette règle est la même que celle du congé-maternité, bien que le droit au salaire soit directement ancré dans la LTr, contrairement à ce qui est en vigueur concernant le congé-maternité. Quoi qu'il en soit, cette règle ne suscite pas davantage le débat que les autres principes relatifs à la protection de la maternité au travail.

²¹¹ FF 1994 II 162, 167.

²¹² FF 1998 II 1129 s.

²¹³ Cf. Commentaire SECO de la LTr *ad* art. 35 al. 1 et 35a LTr, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/wegleitung-zum-arg.html>, consulté le 16 février 2021.

²¹⁴ WYLER, N 7 *ad* art. 35 LTr.

²¹⁵ Cf. aussi Commentaire SECO de l'OLT 1 *ad* art. 60 al. 1 et 2 OLT 1, <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>, consulté le 22 juin 2021.

²¹⁶ RS 0.822.728.3.

²¹⁷ À noter que ces règles ont été reprises en 1998 à la suite de l'échec du projet de 1994 dans lequel elles avaient été formulées par le Conseil fédéral, cf. FF 1994 II 167, 207, 219, FF 1998 II 1138, 1151 s.

822.111.52 Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité)

Cette ordonnance met en œuvre les règles contenues dans la loi fédérale sur le travail et l'OLT 1 (spécifiquement son art. 62) et définit les critères d'évaluation des activités dangereuses et pénibles (analyse de risques). Elle décrit également les substances, les micro-organismes et les activités présentant un potentiel de risque élevé pour la santé de la mère et de l'enfant (motifs d'interdiction). Dans la mesure où il s'agit simplement de préciser les règles contenues dans d'autres normes, il n'est pas nécessaire d'étudier spécifiquement cette ordonnance. Il sera dès lors renvoyé aux considérations relatives à la protection de la maternité dans la loi fédérale sur le travail et l'OLT 1 :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr).
- **822.111** Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1).

822.113 Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé)

Art. 34 Protection des femmes enceintes et des mères allaitantes

Les femmes enceintes et les mères allaitantes doivent pouvoir s'allonger et se reposer dans des conditions adéquates.

Cette norme se rapporte aux règles relatives à la protection de la maternité de la loi fédérale sur le travail, à laquelle il est renvoyé²¹⁸.

822.21 Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (Loi sur la durée du travail, LDT)

Art. 17 Autres catégories de travailleurs

1 La protection de la santé, l'emploi, le travail de remplacement et le paiement du salaire en cas de maternité sont régis par les dispositions de la loi du 13 mars 1964 sur le travail.

2 Pour des raisons de santé, il est possible d'interdire ou de soumettre à des conditions particulières l'exercice de certains travaux par des femmes enceintes ou par d'autres catégories de travailleurs. L'ordonnance règle les modalités.

Cette norme se rapporte aux règles relatives à la protection de la maternité de la loi fédérale sur le travail, à laquelle il est renvoyé²¹⁹.

²¹⁸ Cf. *supra* RS 822.11 (Loi sur le travail, LTr).

²¹⁹ Cf. *supra* RS 822.11 (Loi sur le travail, LTr).

823.20 Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét)

Art. 2 Conditions minimales de travail et de salaire

1 Les employeurs doivent garantir aux travailleurs détachés au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO1 dans les domaines suivants:

- a. rémunération minimale, y compris les suppléments;
- b. la durée du travail et du repos;
- c. la durée minimale des vacances;
- d. la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;
- e. la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes;
- f. la non-discrimination, notamment l'égalité de traitement entre femmes et hommes.

De même que précédemment, il est renvoyé aux considérations relatives à la protection de la maternité dans la loi fédérale sur le travail et à l'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail²²⁰.

824.0 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (LSC)

Art. 15 Taxe d'exemption

1 Tout homme astreint au service civil qui ne remplit pas, ou ne remplit qu'en partie, ses obligations sous forme de service personnel, doit fournir une compensation pécuniaire.

2 L'assujettissement à la taxe est réglé par la loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption du service militaire.

Il est renvoyé aux considérations relatives au service militaire, civil de remplacement ou de protection civile²²¹.

830.1 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Art. 5 Maternité

La maternité comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui suit ce dernier.

Cette définition est reproduite non parce qu'elle crée en soi une distinction entre les hommes et les femmes, mais parce qu'il s'agit de la définition de la maternité à laquelle se réfèrent l'ensemble des lois applicables à ce sujet et qui seront examinées dans la présente étude, en

²²⁰ Cf. *supra* RS 151.1 (Loi sur l'égalité, LEg) ; RS 822.11 (Loi sur le travail, LTr).

²²¹ Cf. *supra* RS 1.19 (Constitution fédérale, Cst.) ; RS 510.10 (Loi sur l'armée, LAAM) ; RS 520.1 (Loi sur la protection civile, LPPCi).

particulier la loi sur l'assurance perte de gain (LAPG)²²². Notons que la paternité ne fait pas l'objet d'une définition explicite en droit des assurances sociales.

831.10 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)

Art. 3 Personnes tenues de payer des cotisations

1 Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les personnes sans activité lucrative sont tenues de payer des cotisations à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans.

Art. 4 Calcul des cotisations

1 Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante.

2 Le Conseil fédéral peut excepter du calcul des cotisations:

- a. les revenus provenant d'une activité lucrative exercée à l'étranger;
- b. le revenu de l'activité lucrative obtenu par les femmes dès 64 ans révolus, par les hommes dès 65 ans révolus, jusqu'à concurrence d'une fois et demie le montant minimal de la rente de vieillesse prévu à l'art. 34, al. 5.

Art. 5 Cotisations perçues sur le revenu provenant d'une activité dépendante

3 Pour les membres de la famille travaillant dans l'entreprise familiale, seul le salaire en espèces est considéré comme salaire déterminant:

- a. jusqu'au 31 décembre de l'année où ils ont 20 ans révolus;
- b. après le dernier jour du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans.

Art. 21 Rente de vieillesse

1 Ont droit à une rente de vieillesse:

- a. les hommes qui ont atteint 65 ans révolus;
- b. les femmes qui ont atteint 64 ans révolus.

2 Le droit à une rente de vieillesse prend naissance le premier jour du mois suivant celui où a été atteint l'âge prescrit à l'al. 1. Il s'éteint par le décès de l'ayant droit.

Art. 23 Rente de veuve et de veuf

1 Les veuves et les veufs ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ont un ou plusieurs enfants.

2 Sont assimilés aux enfants de veuves ou de veufs:

- a. les enfants du conjoint décédé qui, lors du décès, vivaient en ménage commun avec la veuve ou le veuf et qui sont recueillis par le survivant, au sens de l'art. 25, al. 3;
- b. les enfants recueillis au sens de l'art. 25, al. 3, qui, lors du décès, vivaient en ménage commun avec la veuve ou le veuf et qui sont adoptés par le conjoint survivant.

3 Le droit à la rente de veuve ou de veuf prend naissance le premier jour du mois qui suit le décès du conjoint et, lorsqu'un enfant recueilli est adopté conformément à l'al. 2, let. b, le premier jour du mois suivant l'adoption.

4 Le droit s'éteint:

- a. par le remariage;
- b. par le décès de la veuve ou du veuf.

5 Le droit renaît en cas d'annulation du mariage ou de divorce. Le Conseil fédéral règle les détails.

²²² Même si dans la présente étude, pour des raisons de lisibilité et de clarté, la distinction entre grossesse et période post accouchement est parfois explicitée.

Art. 24 Dispositions spéciales

1 Les veuves ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, elles n'ont pas d'enfant ou d'enfant recueilli au sens de l'art. 23, mais qu'elles ont atteint 45 ans révolus et ont été mariées pendant cinq ans au moins. Si une veuve a été mariée plusieurs fois, il sera tenu compte, dans le calcul, de la durée totale des différents mariages.

2 Outre les causes d'extinction mentionnées à l'art. 23, al. 4, le droit à la rente de veuf s'éteint lorsque le dernier enfant atteint l'âge de 18 ans.

Art. 24a Conjoints divorcés

1 La personne divorcée est assimilée à une veuve ou à un veuf:

- a. si elle a un ou plusieurs enfants et que le mariage a duré au moins dix ans;
- b. si le mariage a duré au moins dix ans et si le divorce a eu lieu après que la personne divorcée a atteint 45 ans révolus;
- c. si le cadet a eu 18 ans révolus après que la personne divorcée a atteint 45 ans révolus.

2 Si la personne divorcée ne remplit pas au moins une des conditions de l'al. 1, le droit à une rente de veuve ou de veuf ne subsiste que si et aussi longtemps qu'elle a des enfants de moins de 18 ans.

Art. 39 Possibilité et effet de l'ajournement

1 Les personnes qui ont droit à une rente ordinaire de vieillesse peuvent ajourner d'une année au moins et de cinq ans au plus le début du versement de la rente; elles ont la faculté de révoquer l'ajournement à compter d'un mois déterminé durant ce délai.

2 La rente de vieillesse ajournée et, le cas échéant, la rente de survivant qui lui succède sont augmentées de la contre-valeur actuarielle de la prestation non touchée.

3 Le Conseil fédéral fixe, d'une manière uniforme, les taux d'augmentation pour hommes et femmes et règle la procédure. Il peut exclure l'ajournement de certains genres de rentes.

Art. 40 Possibilité et effet de l'anticipation

1 Les hommes et les femmes qui remplissent les conditions d'octroi d'une rente ordinaire de vieillesse peuvent obtenir son versement anticipé d'un ou de deux ans. Dans ces cas, le droit à la rente prend naissance, pour les hommes, le premier jour du mois suivant 64 ou 63 ans révolus, pour les femmes le premier jour du mois suivant 63 ou 62 ans révolus. Aucune rente pour enfant n'est octroyée tant que l'ayant droit perçoit une rente anticipée.

2 La rente de vieillesse anticipée, la rente de veuf et de veuve et la rente d'orphelin sont réduites.

3 Le Conseil fédéral fixe le taux de réduction en se référant aux principes actuariels.

Dispositions finales de la modification du 7 octobre 1994 (10^e révision de l'AVS)

c. Introduction d'un nouveau système de rentes

1 Les nouvelles dispositions s'appliquent à toutes les rentes dont le droit prend naissance après le 31 décembre 1996. Elles s'appliquent également aux rentes simples de vieillesse en cours de personnes dont le conjoint a droit à une rente de vieillesse après le 31 décembre 1996 ou dont le mariage est dissous après cette date.

6 S'il en résulte une rente plus élevée pour le couple, la femme mariée peut demander dès le 1^{er} janvier 1997 que la rente pour couple de son mari soit remplacée par deux rentes selon les principes de l'al. 5 et que sa rente soit déterminée en fonction de l'échelle des rentes correspondant à sa propre durée de cotisation.

d. Augmentation de l'âge de la retraite des femmes et introduction de l'anticipation de la rente

1 L'âge de la rente de vieillesse de la femme sera fixé à 63 ans quatre ans après l'entrée en vigueur de cette révision de loi et à 64 ans huit ans après.

2 L'anticipation du versement de la rente sera introduite:

- a. lors de l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS, pour les hommes, dès l'accomplissement de la 64^e année;
- b. quatre ans après l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS, pour les hommes dès l'accomplissement de leur 63^e année et pour les femmes dès l'accomplissement de leur 62^e année.

3 Les rentes des femmes qui utilisent la possibilité de l'anticipation de la rente entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2009 seront réduites de la moitié du taux de réduction selon l'art. 40, al. 3.

f. Nouvelles dispositions concernant la rente de veuve et introduction de la rente de veuf

1 Le droit à la rente de veuve pour les femmes divorcées qui ont accompli leur 45^e année le 1^{er} janvier 1997 est régi par les dispositions en vigueur jusqu'à présent si aucun droit à la prestation ne résulte du nouvel art. 24a.

2 Dans la mesure où un droit à une prestation prend naissance en vertu des nouvelles dispositions, les art. 23 à 24a, ainsi que 33 sont applicables aux événements assurés qui ont pris naissance avant le 1^{er} janvier 1997. Les prestations sont octroyées uniquement sur demande et au plus tôt au moment de l'entrée en vigueur.

831.101 Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)

Art. 6quater Cotisations dues par les assurés actifs après l'âge de 64 ans ou de 65 ans

1 Les cotisations des personnes exerçant une activité dépendante ayant accompli leur 64^e année pour les femmes et leur 65^e année pour les hommes ne sont perçues auprès de chaque employeur que sur la part du gain qui excède 1400 francs par mois ou 16 800 francs par an.

2 Les cotisations des personnes ayant une activité indépendante qui ont accompli leur 64^e année pour les femmes et leur 65^e année pour les hommes ne sont perçues que sur la part du revenu qui excède 16 800 francs par an.

Art. 46 Droit à la rente de veuve et de veuf

1 La femme enceinte au décès de son mari est assimilée à une veuve qui a un enfant, au sens de l'art. 23, al. 1, LAVS, à la condition que l'enfant naisse vivant. Si l'enfant naît dans les 300 jours suivant le décès du mari, celui-ci est présumé être le père de l'enfant.

2 Sont réputés enfants recueillis au sens de l'art. 23, al. 2, let. b, LAVS, les enfants qui pourraient, au décès de leur mère nourricière ou de leur père nourricier, prétendre une rente d'orphelin selon l'art. 49.

3 Le droit à la rente de veuve ou de veuf qui s'éteint lors du remariage de la veuve ou du veuf renaît au premier jour du mois qui suit la dissolution de son nouveau mariage par divorce ou annulation si cette dissolution est survenue moins de dix ans après la conclusion du mariage.

Dispositions finales de la modification du 29 novembre 1995

c. Age flexible de la retraite

1 La nouvelle réglementation relative au supplément d'ajournement s'applique également à toutes les rentes ajournées qui n'ont pas encore été révoquées au moment de l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS.

2 Lors du transfert des rentes pour couple bénéficiant d'un supplément d'ajournement selon la let. c, al. 5, des dispositions transitoires relatives à la dixième révision de l'AVS, le supplément est réparti par moitié sur les deux nouvelles rentes. Après le décès de l'un des conjoints, l'augmentation est augmentée d'un tiers.

3 Pour les femmes nées entre 1939 et 1947, le pourcentage du montant de la réduction lors de l'anticipation de la rente selon l'art. 56, al. 2, RAVS, s'élève à 3,4 % de la rente anticipée par année d'anticipation.

La LAVS contient deux différences formelles majeures entre les femmes et les hommes, à savoir (a) des conditions qui ne sont pas identiques pour l'octroi d'une rente de veuve ou de veuf et (b) un âge de départ à la retraite, soit un nombre d'années de cotisation, différent.

a. Rente de veuve et de veuf

La rente de veuve est prévue par la LAVS depuis de nombreuses décennies. Elle se basait initialement sur le système traditionnel voulant que dans le ménage, l'homme soit le contributeur financier et que la femme se consacre au foyer. Lors de la 10^e révision de l'AVS, dans les années 1990, il a été proposé d'introduire une rente de veuf, jusqu'alors inexistante. En effet, les femmes exerçaient alors davantage une activité lucrative que durant les

précédentes décennies. Ainsi, la constellation selon laquelle un homme pouvait se consacrer au foyer alors que sa femme travaillait était certes encore rare, mais existait. Il apparaissait dès lors juste de permettre à un homme qui aurait éduqué les enfants de disposer d'une rente si sa femme venait à décéder²²³. Toutefois, en raison des limites économiques octroyées à la révision, du fait que l'existence d'hommes au foyer était encore rare et dans la mesure où il pouvait être requis de ces derniers de se réinsérer si nécessaire sur le marché du travail, la rente ne pouvait être octroyée qu'à un veuf ayant des enfants de moins de 18 ans à charge. L'inégalité de traitement entre les veuves, dont la protection est plus étendue, et les veufs était alors pleinement identifiée, mais justifiée aux yeux du législateur²²⁴. Ainsi, le Message de 1990 relatif à la révision de l'AVS précise à deux reprises que cette inégalité paraît justifiée²²⁵.

Cette inégalité de traitement, reconnue et justifiée dans les années 1990 par le législateur a, de plus, été confirmée par la suite par le peuple (échec de la 11^e révision de l'AVS qui visait à modifier cette règle notamment)²²⁶. Le Tribunal fédéral a constaté la non-conformité de la LAVS à l'art. 8 al. 3 Cst. dans un arrêt de 2012²²⁷. Malgré ce constat, les juges fédéraux, tenus au respect des lois fédérales, n'étaient pas en mesure de mettre à néant ladite loi dont ils ont confirmé l'application, bien qu'elle soit critiquable²²⁸. Le projet de réforme de la LAVS « Prévoyance vieillesse 2020 », qui a été rejeté en votation populaire, proposait une réduction des différences opérées entre les veuves et des veufs, notamment en supprimant le droit à la rente pour les femmes sans enfants. Le projet ne proposait toutefois pas une mise sur pied d'égalité des veuves et des veufs, mais visait surtout à adapter le droit aux évolutions de la société²²⁹.

Cette inégalité a reçu un autre accueil auprès des juges de la Cour européenne des droits de l'homme en octobre 2020. En effet, les juges européens ont considéré sans équivoque que le droit suisse était discriminatoire, contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8 [droit au respect de la vie privée et familiale] et 14 [interdiction de discrimination]) et que la distinction opérée entre veuves et veufs ne reposait pas sur des motifs justifiés ni raisonnables²³⁰. La Cour a de plus ancré sa décision au moment où elle la rendait, rappelant que « la CEDH est un "instrument vivant" à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et considère que la présomption selon laquelle l'époux entretient financièrement son épouse, en particulier lorsque celle-ci a des enfants, n'est plus d'actualité »²³¹.

²²³ FF 1990 II 37.

²²⁴ FF 1990 II 37 ss. Cf. également PERRENOUD, Rente, N 19 ss.

²²⁵ FF 1990 II 38.

²²⁶ Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/ahv-projekte-archiv.html>, consulté le 22 juin 2021.

²²⁷ TF, 9C_617/2011 du 4 mai 2012, c. 3.5.

²²⁸ TF, 9C_617/2011 du 4 mai 2012, c. 3.5. Cf. également les explications du BFEG : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/questions-frequentes/securite-sociale.html>, consulté le 22 juin 2021.

²²⁹ FF 2015 90 s., 104, 123, 136.

²³⁰ Arrêt CEDH, Affaire B. contre Suisse, requête n° 78630/12, 20 octobre 2020.

²³¹ Arrêt CEDH, Affaire B. contre Suisse, requête n° 78630/12, 20 octobre 2020, ch. 61-78. À noter que l'affaire a été portée devant la Grande Chambre qui a tenu une audience le 16 juin 2021 et rendra un verdict à une date encore inconnue, voir [https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{"fulltext":\["78630/12"\],"sort":\["kupdate%20Descending"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{), consulté le 22 juin 2021.

Il ressort de l'opinion des juges européens que la différence opérée entre femmes et hommes ne se justifie nullement, ni au regard de différences biologiques, ni de considérations sur la société d'aujourd'hui. L'explication selon laquelle dans le système suisse, le Tribunal fédéral est lié par les lois fédérales (art. 190 Cst.), ne semble pas satisfaisante.

Dès lors, ce jugement a ravivé le débat relatif à l'harmonisation de la rente de veuve et de veuf. Le 9 décembre 2020, le député HURNI a déposé la motion n° 20.4445 « Rentes de veuf. Mettre fin maintenant à une règle illicite, contraire à l'égalité et surannée » au Conseil national. La motion est formulée ainsi : « L'art. 24 al. 2 LAVS est modifié ou supprimé pour être rendu conforme à l'arrêt de la CourEDH B. c. Suisse (requête n° 78630/12) et surtout au principe de l'égalité consacré par notre Constitution »²³².

Le Conseil fédéral a proposé le 17 février 2021 de rejeter la motion, sans contester toutefois « la nécessité d'un réaménagement des conditions d'octroi des rentes de survivants qui prenne en considération les changements sociaux intervenus depuis l'introduction des rentes de veuve et d'orphelin en 1948 et de la rente de veuf en 1997 ».

Dans le projet de réforme AVS 21, le Conseil fédéral a « voulu concentrer la discussion sur les éléments essentiels et urgents en vue de garantir l'équilibre financier de l'AVS et de ce fait, il n'a pas repris les mesures concernant les rentes de survivants. (...) Le Conseil fédéral estime que la thématique des prestations de survivants doit être réexaminée dans la perspective d'une future révision ou d'un projet séparé concernant l'ensemble du système des rentes de survivants (rentes de veuves, de veufs et d'orphelin), et pas uniquement dans le sens d'une modification réservée aux seuls veufs »²³³.

b. Âge de départ à la retraite

Depuis son introduction en 1948, la LAVS a subi une dizaine de réformes²³⁴. S'agissant de la différence entre les âges de départ à la retraite des femmes et des hommes, il faut souligner qu'il ne s'agit pas d'une règle contenue dans la première version de la LAVS. En effet, la loi de 1948 prévoyait un départ à la retraite à 65 ans pour les femmes et les hommes²³⁵. Dans la logique prévalant alors, la distinction opérée l'était davantage entre femmes mariées d'un côté et hommes et femmes, célibataires ou divorcés, actifs professionnellement de l'autre. Malgré diverses propositions demandant le départ à la retraite des femmes (célibataires ou divorcées) à 60 ans, le législateur y avait renoncé ; en revanche, les femmes mariées pouvaient toucher l'AVS à la retraite de leur époux et ce dès leurs 60^e anniversaire²³⁶. Le projet de loi prévoyait ainsi une rente « simple » pour les femmes ou les hommes dès l'âge de 65 ans et

²³² Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20204445>, consulté le 22 juin 2021.

²³³ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20204445>, consulté le 22 juin 2021.

²³⁴ Cf. notamment la chronologie établie à ce sujet sur le site internet <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/ahv-projekte-archiv.html>, consulté le 22 juin 2021.

²³⁵ Cf. FF 1946 II 395.

²³⁶ FF 1946 II 395 ss. Cf. aussi l'explication relative à la solidarité, notamment des hommes envers les femmes (ceux-là cotisant davantage et touchant moins de prestations) et des célibataires envers les personnes mariées, FF 1946 II 430 ss.

une rente pour couple dès les 65 ans du mari, si le mariage avait duré cinq ans au moins et si l'épouse avait atteint l'âge de 60 ans (art. 21 et 22 P-LAVS)²³⁷.

En 1956, à la suite de plusieurs requêtes émanant notamment de certains cantons, le Conseil fédéral a réexaminé la question de l'âge du départ à la retraite des femmes, en vue de l'abaisser (4^e révision de l'AVS)²³⁸. Le Conseil fédéral a notamment fait le constat que « la proportion actuelle, relativement élevée, des femmes actives deviendra un facteur permanent de l'économie suisse »²³⁹.

S'agissant d'abaisser l'âge de la retraite des femmes, le Conseil fédéral en explique les raisons de la manière suivante : « La femme vit en moyenne plus longtemps que l'homme, mais n'en est pas moins désavantagée à maints égards sur le plan physiologique. Règle générale, ses forces physiques déclinent plus tôt, ce qui la contraint très souvent à abandonner ou à restreindre prématurément son activité lucrative. Abaisser l'âge dès lequel les femmes ont droit à une rente répond donc à un besoin d'ordre social. Ce besoin se manifeste avant tout pour les femmes qui déploient une activité physique. Les statistiques prouvent en outre que de manière générale les femmes d'un certain âge sont plus sujettes à la maladie. Pour la femme seule, des raisons de pure technique actuarielle militent également en faveur d'un abaissement de la limite d'âge. Au taux de cotisations de 4 pour cent ne correspond, en effet, pour la femme seule qu'une rente de vieillesse simple. Le même taux de cotisations versé par un homme marié ouvre en revanche un droit à un supplément pour couple et surtout à des rentes de survivants ! Ce sont là des avantages qui ne sont pas entièrement compensés par le fait que la femme vit en moyenne plus longtemps. C'est la raison pour laquelle bien des caisses de retraite et diverses assurances sociales étrangères prévoient que les femmes peuvent prendre leur retraite plus tôt que les hommes. Pour ces motifs, nous estimons qu'il se justifie en principe d'abaisser l'âge dès lequel les femmes ont droit à une rente »²⁴⁰. Quant à l'âge de départ à la retraite, il a été fixé à 63 ans pour des raisons essentiellement de coûts²⁴¹. Enfin, dans la mesure où il était malaisé de distinguer les femmes célibataires vivant seules des femmes mariées dans la même situation, il apparaissait plus simple et équitable que l'âge de départ à la retraite soit fixé de manière uniforme pour toutes les femmes²⁴². Ce dernier souhait n'a toutefois pas été suivi, de sorte que l'âge des femmes mariées permettant d'obtenir une retraite est resté fixé à 60 ans²⁴³.

En 1963, le Conseil fédéral propose d'abaisser l'âge de la retraite pour les femmes à 62 ans et d'uniformiser la situation des femmes, qu'elles touchent une rente simple ou une rente liée ou complétant celle de leur époux (6^e révision de l'AVS)²⁴⁴. La prolongation de l'espérance de vie imposait par ailleurs que l'abaissement de l'âge de la retraite soit minime et ainsi arrêté à 62 ans toutes les femmes²⁴⁵.

²³⁷ FF 1946 II 551 s.

²³⁸ FF 1956 I 1463 ss.

²³⁹ FF 1956 I 1468.

²⁴⁰ FF 1956 I 1497.

²⁴¹ FF 1956 I 1497 s.

²⁴² FF 1956 I 1498.

²⁴³ FF 1963 II 503.

²⁴⁴ FF 1963 II 523. Il s'agissait également d'uniformiser plus globalement l'AVS avec d'autres assurances sociales, p. 522.

²⁴⁵ FF 1963 II 523.

La 10^e révision de l'AVS s'est, quant à elle, inscrite dans une volonté de modifier l'AVS en vue de mettre en œuvre l'égalité entre les femmes et les hommes, inscrite en 1981 dans la Constitution fédérale²⁴⁶. Toutefois, le Conseil fédéral estimait que la différence d'âge de la retraite entre les femmes et les hommes devait être conservée²⁴⁷. Certes, il apparaissait que les arguments ayant prévalu alors pour justifier un départ à la retraite plus précoce pour les femmes (déclin physique et physiologique plus important) n'avaient plus cours. Toutefois, les nombreux désavantages dont les femmes souffraient en matière d'emploi (salaire, fonction, etc.) ne permettaient pas politiquement d'imposer un relèvement de l'âge de la retraite qui accentuerait les inégalités, alors que l'égalité de fait était très loin d'être réalisée²⁴⁸. L'élévation de l'âge de la retraite des femmes devait dès lors faire partie de la prochaine révision de l'AVS²⁴⁹. Toutefois, l'Assemblée fédérale n'a pas rejoint le Conseil fédéral, estimant que l'âge de la retraite devait être relevé. L'arbitrage entre les arguments présentés par le Conseil fédéral et ceux des tenants d'un âge de la retraite uniforme (espérance de vie plus longue des femmes, mandat d'égalité contenu dans la Constitution et volonté populaire majoritaire) a abouti à un relèvement progressif de l'âge de la retraite de 62 à 64 ans pour les femmes²⁵⁰. La 10^e révision a abouti en 1997.

Depuis près d'une vingtaine d'années, de multiples tentatives de révision de l'AVS, comprenant notamment l'élévation de l'âge de la retraite des femmes à 65 ans, se sont soldées par des échecs. Ainsi, depuis 2004, deux projets ont été rejetés en votation populaire (2004 et 2017) et un par l'Assemblée fédérale (2010)²⁵¹.

De nos jours, force est de constater qu'en matière de revenus, puis de retraites, l'égalité entre les femmes et les hommes est très loin d'être réalisée. En effet, en matière d'AVS, l'écart entre les rentes est de l'ordre 3 %²⁵². Les précédentes révisions de l'AVS ont permis un traitement de plus en plus identique des femmes et des hommes, sauf l'âge de la retraite et les rentes de veuves. C'est ce que le Conseil fédéral avait à l'esprit en 2005 en proposant l'uniformisation de l'âge de la retraite. Dans son Message à ce propos, il indique qu'il s'agit d'une contribution à l'égalité entre les femmes et les hommes en matière de prévoyance²⁵³.

Les tentatives plus récentes de révisions, qui ont échoué, se sont heurtées à des opinions divergentes. Certains cantons, associations et partis politiques approuvaient l'harmonisation sans réserve, d'autres s'y opposaient, quand certains indiquaient qu'« ils pourraient approuver une telle mesure, à condition seulement que l'égalité en matière de salaire soit réalisée ou qu'un véritable dispositif de retraite à la carte soit instauré »²⁵⁴. L'âge de la retraite

²⁴⁶ FF 1990 II 4 s. Cf. aussi FF 2006 1923.

²⁴⁷ FF 1990 II 5, 10.

²⁴⁸ FF 1990 II 24 ss.

²⁴⁹ FF 1990 II 26.

²⁵⁰ Cf. notamment BO CE 21.03.1994, p. 285 ; BO CN 11.03.1993, p. 287, 302 ; BO CE 09.06.1994, p. 584, 612 ; BO CN 21.09.1994, p. 1344. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=19900021>, consulté le 22 juin 2021. Cf. aussi FF 2006 1940.

²⁵¹ Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/ahv-projekte-archiv.html>, consulté le 22 juin 2021. Cf. aussi FF 2006 1940.

²⁵² FLUDER, SALZGEBER, VON GUNTEN, KESSLER, FANKHAUSER, p. XVI. Cf. également https://soziale-sicherheit-chss.ch/wp-content/uploads/2016/12/38_fr_CHSS_04-16.pdf, consulté le 22 juin 2021.

²⁵³ FF 2006 1994 s.

²⁵⁴ BO CN 2008, p. 329 s., 336 s. ; BO CE 2009, p. 451 s. Cf. aussi FF 2006 1930.

est déterminant, en l'état actuel du droit, aussi dans le cadre du deuxième pilier, où les inégalités entre femmes et hommes sont bien plus importantes (63 % d'écart de rentes en moyenne)²⁵⁵.

Le projet de réforme Prévoyance vieillesse 2020 visait à modifier aussi bien l'AVS que le deuxième pilier²⁵⁶. Il s'agissait ainsi d'un large projet, qui prévoyait notamment le relèvement de l'âge de la retraite des femmes de 64 à 65 ans, par étape et un départ flexible à la retraite entre 62 et 70 ans²⁵⁷.

Dans le cadre de la procédure de consultation, certains partis et des organisations féminines avaient objecté que les femmes continuaient de subir de l'inégalité salariale et d'être défavorisées et se montraient opposés au relèvement de l'âge de la retraite²⁵⁸.

La réforme Prévoyance vieillesse 2020 a été rejetée en votation populaire le 24 septembre 2017²⁵⁹.

Malgré ces échecs, les difficultés de financement de l'AVS ont imposé la poursuite des réformes en la matière²⁶⁰. Ainsi, en 2018, le Conseil fédéral a remis l'ouvrage sur le métier et lancé une procédure de consultation en proposant des mesures de financement de l'AVS passant, notamment, par le relèvement de l'âge de la retraite des femmes²⁶¹. Si la nécessité d'une réforme n'est semble-t-il pas remise en question, le relèvement de l'âge de la retraite des femmes est rejeté par les partis de gauche et les associations féminines en l'absence d'une réalisation de l'égalité salariale²⁶².

À la suite de cette consultation, le Conseil fédéral a élaboré un projet de modification de la LAVS (« AVS 21 ») qui prévoit notamment le relèvement de l'âge de la retraite des femmes à 65 ans, ainsi qu'un certain nombre de mesures correctrices pour les femmes proches de la retraite afin d'atténuer les possibles effets négatifs de la modification légale²⁶³. Selon le Conseil fédéral, il s'agit de faire un pas de plus dans la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans l'AVS²⁶⁴, bien qu'il relève que « les partis de gauche, les syndicats, les

²⁵⁵ FLUDER, SALZGEBER, VON GUNTEN, KESSLER, FANKHAUSER, p. XVI. Cf. également https://soziale-sicherheit-chss.ch/wp-content/uploads/2016/12/38_fr_CHSS_04-16.pdf, consulté le 22 juin 2021.

²⁵⁶ FF 2015 3 ss ; Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/ahv-projekte-archiv.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁵⁷ Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/altersvorsorge2020.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁵⁸ Cf. les résultats de la procédure de consultation : Rapport des résultats de la procédure de consultation Prévoyance vieillesse 2020, p. 15 ss, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57843.pdf>, consulté le 22 juin 2021.

²⁵⁹ Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ahv/reformes-et-revisions/altersvorsorge2020.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁶⁰ Cf. la fiche d'information relative à AVS 21 : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/58197.pdf>, consulté le 22 juin 2021.

²⁶¹ Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et-services/gesetzgebung/vernehmlassungen/ahv21.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁶² Cf. <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et-services/medieninformationen/nsb-anzeige-seite-unter-aktuell.msg-id-74054.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁶³ Cf. la fiche d'information relative à AVS 21, p. 2 ss : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/58197.pdf>, consulté le 22 juin 2021.

²⁶⁴ FF 2019 5993.

organisations d'assurés et les organisations féminines » s'opposent au projet et « font valoir que l'égalité salariale n'est toujours pas réalisée et que les femmes continuent d'être défavorisées »²⁶⁵. En revanche, « pour les représentants de l'économie et les partis bourgeois, le relèvement de l'âge de référence pour les femmes constitue néanmoins un élément indispensable de la réforme »²⁶⁶.

Le Conseil fédéral rappelle aussi dans son Message que l'harmonisation de l'âge de la retraite entre femmes et hommes a été l'un des motifs principaux de rejet des dernières réformes depuis près de deux décennies, en raison en particulier de l'inégalité salariale²⁶⁷. Il reconnaît ainsi la nécessité de mesures permettant d'atteindre l'égalité salariale, mais que celles-ci ne trouvent pas leur place dans la LAVS et qu'elles doivent porter sur l'ensemble de la carrière professionnelle, permettant aux femmes d'avoir des revenus qui se refléteront sur leur retraite²⁶⁸. Le Conseil fédéral rappelle ainsi avoir adopté un Message en 2017 pour que la LEg soit modifiée et qu'il est surtout essentiel de prévoir des mesures compensatoires²⁶⁹.

Néanmoins, le Conseil fédéral rappelle l'importance des différences salariales entre femmes et hommes (17.4 % en 2016), leur part inexpliquée (44 % en 2016), qui se reflètent ensuite dans la prévoyance et les avoirs de retraite²⁷⁰. Il précise encore que « le relèvement de l'âge de référence pour les femmes et les mesures allant dans le sens d'une uniformisation qui figurent dans le présent projet de loi sont accompagnés par des mesures de compensation réservées aux femmes »²⁷¹. Néanmoins, il concède que « l'impact de ces mesures n'est pas suffisamment marquant pour éliminer toutes les inégalités actuelles »²⁷².

Les premières discussions de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats visent à l'acceptation du relèvement de l'âge de la retraite, tout en précisant qu'il s'agira ensuite de se pencher sur des mesures compensatoires²⁷³. Ladite Commission s'est ensuite employée à identifier de telles mesures et en a réduit le champ, dans une optique de réduction des coûts²⁷⁴. Le projet a été transmis au Conseil des Etats qui l'a traité le 15 mars 2021 : il a accepté le relèvement de l'âge de la retraite des femmes à 65 ans et limité les mesures de compensation, adhérant aux propositions de la Commission, à l'issue toutefois de très longs débats²⁷⁵.

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national s'est ensuite penchée sur le projet. Si elle plébiscite également le relèvement de l'âge de la retraite des

²⁶⁵ FF 2019 6023.

²⁶⁶ FF 2019 6023.

²⁶⁷ FF 2019 6030.

²⁶⁸ FF 2019 6030.

²⁶⁹ FF 2019 6030.

²⁷⁰ FF 2019 6095. À noter qu'en 2018, la différence salariale a été évaluée à 19 %, la part inexpliquée s'élevant à 45.4 %. Cf. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse/ecart-salarial.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁷¹ FF 2019 6095.

²⁷² FF 2019 6096.

²⁷³ Communiqué de presse du 4 septembre 2020 ; <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-n-2020-09-04.aspx?lang=1036>, consulté le 22 juin 2021.

²⁷⁴ Communiqué de presse du 29 janvier 2021 ; <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-s-2021-01-29-a.aspx?lang=1036>, consulté le 22 juin 2021.

²⁷⁵ BO CE 2021, p. 207 ss.

femmes, elle propose des mesures de compensation plus étendues que le Conseil fédéral et le Conseil des Etats²⁷⁶. Le 9 juin 2021, le Conseil national a très longuement débattu du projet²⁷⁷. Il a accepté le relèvement de l'âge de la retraite, tout en prévoyant des mesures d'accompagnement et de financement (financement additionnel par les taux d'intérêt négatifs de la BNS) plus larges que celles initialement envisagées²⁷⁸. Cette décision a immédiatement suscité de vives réactions dans les milieux politiques de gauche ou encore les syndicats, qui mentionnent d'ores et déjà la possibilité d'un référendum²⁷⁹.

L'historique des réflexions et des débats au sujet de l'uniformisation de l'âge de la retraite montre que la différence faite par la loi entre les femmes et les hommes n'est pas, en soi, justifiée, puisqu'elle ne repose pas sur une différence physiologique ou biologique, quand bien même cette dimension a été évoquée à quelques reprises²⁸⁰ et qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une mesure corrective visant à atteindre l'égalité de fait. Le Tribunal fédéral, s'il a refusé de reconnaître pleinement le fait que l'art. 21 LAVS est contraire à l'art. 8 al. 3 Cst., n'en a pas moins concédé indirectement que cette règle est problématique au regard de l'égalité des sexes²⁸¹.

Les discussions visant à gommer cette différence sont nombreuses et ce depuis plusieurs décennies, même si elles reposent essentiellement sur des difficultés de financement de l'AVS.

L'ensemble du parcours professionnel des femmes et leurs droits en matière de retraite sont dans la réalité inférieurs et défavorisés par rapport à ceux des hommes. La différence en matière d'âge de départ à la retraite ne présente qu'un avantage aussi limité que relatif pour les femmes, qui pâtissent de ce fait de rentes, bonifications de vieillesse et intérêts inférieurs aux hommes²⁸². Cependant, la réduction d'un quelconque avantage dans le contexte précité a rendu jusqu'à maintenant difficile toute modification. Il apparaît que c'est bien plutôt l'égalité de fait, autrement plus complexe, qui est source de divergences que la distinction opérée par la loi, malgré son manque de justification de nos jours. L'imbrication de cette règle dans le système global de la retraite et les problématiques en matière d'inégalités rend au surplus difficile une modification qui puisse satisfaire une majorité et se heurte à de très nombreuses difficultés politiques qui n'ont pas encore trouvé leur aboutissement.

²⁷⁶ Cf. <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-n-2021-04-30.aspx>, consulté le 22 juin 2021.

²⁷⁷ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53186>, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53194>, consultés le 22 juin 2021.

²⁷⁸ Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53186>, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=53194>, consultés le 22 juin 2021.

²⁷⁹ Voir notamment <https://www.sp-ps.ch/fr/publications/communiqués-de-presse/avs-21-un-affront-fait-aux-femmes>; <https://verts.ch/communiqués/avs-vers-un-echec-de-la-prochaine-reforme>, <https://www.uss.ch/themes/politique-sociale/detail/pas-question-de-mener-une-reforme-des-retraites-sur-le-dos-des-femmes>, consultés le 22 juin 2021.

²⁸⁰ Les arguments y relatifs étaient d'ailleurs déjà balayés en 1986 : FF 1986 I 1195.

²⁸¹ ATF 121 V 229.

²⁸² Cf. PERRENOUD, *Prévoyance*, p. 5 s.

831.111 Ordonnance du 26 mai 1961 concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative (OAF)

Art. 13a Personnes tenues de payer des cotisations

1 Les assurés qui exercent une activité lucrative sont tenus de payer des cotisations à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où ils atteignent 64 ans, pour les femmes, et 65 ans pour les hommes.

2 Les assurés sans activité lucrative sont tenus de payer des cotisations à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle ils ont eu 20 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où ils atteignent 64 ans, pour les femmes, et 65 ans pour les hommes.

Cette ordonnance repose sur les règles de la LAVS, à laquelle il convient de se référer²⁸³.

831.20 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI)

Art. 2 Obligation de cotiser

Sont soumis à l'obligation de payer des cotisations les assurés et les employeurs désignés aux art. 3 et 12 de la LAVS.

La LAI se réfère également à la LAVS, ce qui est logique dans la mesure où les cotisations sont prélevées de manière coordonnée. Toutefois, la différence d'âge de départ à la retraite et de cotisations, si elle en devient implicite, n'en est pas moins présente. Il en découle que les hommes doivent cotiser davantage, mais que les femmes en sortent plus rapidement, ce qui peut entraîner des disparités de couverture²⁸⁴.

831.301 Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI)

Art. 45 Champ d'activité des institutions

Les prestations, au sens de l'art. 18 LPC, sont accordées:

a. par la fondation Pro Senectute aux hommes de plus de 65 ans et aux femmes de plus de 64 ans;

Cette ordonnance repose sur les règles de la LAVS, à laquelle il convient de se référer²⁸⁵.

831.40 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)

²⁸³ Cf. *supra* RS 831.10 (Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS).

²⁸⁴ Cf. à ce sujet PERRENOUD, Prévoyance, p. 7.

²⁸⁵ Cf. *supra* RS 831.10 (Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS).

Ainsi que cela ressort de la LPP (art. 13, 14, 16 et 24) et spécifiquement de l'OPP 2, l'âge de la retraite pour les femmes est déterminé par la LAVS. En tant que telle, la LPP n'instaure pas véritablement de discrimination nouvelle entre femmes et hommes, puisqu'elle est coordonnée avec la LAVS, ce qui est logique dans la mesure où les règles en matière de retraite se complètent et doivent dans la mesure du possible être uniformes ou à tout le moins en harmonie²⁸⁶. D'ailleurs, ce principe existe depuis la genèse de la LPP²⁸⁷, sans que la différence d'âge de départ à la retraite n'ait fait l'objet, dans le cours de son existence, d'une réflexion approfondie dans les travaux législatifs²⁸⁸. Toutefois, les distinctions en matière d'âge de la retraite contenues dans la LPP renforcent les discriminations identifiées dans l'analyse relative à la LAVS et y contribuent dans une large mesure. À noter toutefois que la LPP est une loi cadre (art. 6 LPP) qui n'empêche pas les caisses de pension d'édicter des règles propres à garantir l'égalité, de sorte qu'elle est, en la matière, possiblement plus souple et davantage conforme au mandat constitutionnel d'égalité que la LAVS.

Il faut toutefois rappeler que l'inégalité formelle susmentionnée engendre divers effets pour les femmes et les hommes : ceux-ci devront en effet cotiser davantage pour une même rente, alors que celles-là obtiendront des bonifications vieillesse et d'intérêts moindres en raison précisément d'une durée de cotisations moindre. Quoi qu'il en soit, à ce jour et comme exposé précédemment, les inégalités en matière de retraite et de rente sont largement en défaveur des femmes et ceci encore davantage en matière de prévoyance professionnelle²⁸⁹. À côté des différences de montants des rentes des femmes comparées à celles des hommes, la différence d'âge de départ à la retraite apparaît comme une portion seulement de la problématique²⁹⁰.

Précisons enfin qu'en matière de rente de veuve ou de veuf, la LPP ne procède à aucune distinction entre les femmes et les hommes, contrairement à la LAVS (art. 19 LPP)²⁹¹.

Art. 13 Droit aux prestations

1 Ont droit à des prestations de vieillesse:

- a. les hommes dès qu'ils ont atteint l'âge de 65 ans;
- b. les femmes dès qu'elles ont atteint l'âge de 62 ans.

2 En dérogation à l'al. 1, les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. Le taux de conversion de la rente (art. 14) sera adapté en conséquence.

Art. 14 Montant de la rente de vieillesse

1 La rente de vieillesse est calculée en pour-cent de l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré au moment où celui-ci atteint l'âge ouvrant le droit à la rente (taux de conversion).

²⁸⁶ Cf. FF 1986 I 1191 s.

²⁸⁷ FF 1976 I 141 s., 195 s.

²⁸⁸ Cf. à ce sujet FLÜCKIGER, N 1 ss, 11 s. *ad* art. 13 LPP.

²⁸⁹ FLUDER, SALZGEBER, VON GUNTEN, KESSLER, FANKHAUSER. Cf. également https://soziale-sicherheit-chss.ch/wp-content/uploads/2016/12/38_fr_CHSS_04-16.pdf, consulté le 22 juin 2021.

²⁹⁰ À noter que la LPP fait également l'objet d'une réforme actuellement, visant notamment à permettre une meilleure égalité de fait entre femmes et hommes à la retraite. Voir <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/bv/reformen-und-revisionen.html>, consulté le 22 juin 2021.

²⁹¹ À ce sujet, cf. PERRENOUD, Rente, N 41 ss.

2 Le taux de conversion minimal s'élève à 6,8 % à l'âge ordinaire de la retraite de 65 ans pour les hommes et les femmes.

3 Le Conseil fédéral soumet un rapport pour déterminer le taux de conversion des années suivantes tous les dix ans au moins, la première fois en 2011.

Art. 16 Bonifications de vieillesse

Les bonifications de vieillesse sont calculées annuellement en pour-cent du salaire coordonné. Les taux suivants sont appliqués:

Age	Taux en % du salaire coordonné
25–34	7
35–44	10
45–54	15
55–65 (cf. note 2)	18

Note 2 : Depuis le 1^{er} janv. 2005: «entre l'âge de 55 à 64 ans pour les femmes» (art. 62a al. 2 let. b de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, dans la teneur de la modification du 18 août 2004; RO 2004 4279 4653).

Art. 24 Montant de la rente

1 L'assuré a droit:

- a. à une rente entière s'il est invalide à raison 70 % au moins au sens de l'AI;
- b. à trois quarts de rente s'il est invalide à raison de 60 % au moins;
- c. à une demi-rente s'il est invalide à raison de 50 % au moins;
- d. à un quart de rente s'il est invalide à raison de 40 % au moins.

2 La rente d'invalidité est calculée avec le même taux de conversion que la rente de vieillesse à 65 ans. Le taux de conversion fixé par le Conseil fédéral selon la let. b des dispositions transitoires de la première révision de la LPP du 3 octobre 2003 s'applique aux assurés de la génération transitoire.

3 L'avoir de vieillesse déterminant pour le calcul comprend:

- a. l'avoir de vieillesse acquis par l'assuré à la naissance du droit à la rente d'invalidité;
- b. la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années futures, jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, sans les intérêts.

4 Les bonifications de vieillesse afférentes aux années futures sont calculées sur la base du salaire coordonné de l'assuré durant la dernière année d'assurance auprès de l'institution de prévoyance.

5 La rente d'invalidité est adaptée si un montant au sens de l'art. 124, al. 1, CC est transféré dans le cadre du partage de la prévoyance professionnelle. Le Conseil fédéral règle les modalités de calcul de cette adaptation.

2 Depuis le 1^{er} janv. 2005: «64 ans pour les femmes» (art. 62a al. 2 let. c de l'Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, dans la teneur de la modification du 18 août 2004; RO 2004 4279 4653).

Art. 95 Régime transitoire des bonifications de vieillesse

Durant les deux premières années d'application de la loi, les taux minimaux applicables au calcul des bonifications de vieillesse sont les suivants:

Age		Taux en pour-cent du salaire coordonné
Hommes	Femmes	
de 25 à 34	de 25 à 31	7

de 35 à 44	de 32 à 41	10
de 45 à 54	de 42 à 51	11
de 55 à 65	de 52 à 62	13

Dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1re révision LPP)

b. Taux de conversion minimal

1 Le Conseil fédéral fixe le taux de conversion minimal pour les assurés des classes d'âge qui vont atteindre l'âge ordinaire de la retraite dans les dix années suivant l'entrée en vigueur de la présente modification. Il abaissera le taux de conversion jusqu'à 6,8 % dans ce même laps de temps.

2 Tant que l'âge ordinaire de la retraite sera différent pour les hommes et les femmes, le taux de conversion minimal pourra être également différent par classe d'âge.

3 S'agissant de la rente d'invalidité, le Conseil fédéral fixe:

- a. le calcul des bonifications de vieillesse et du salaire coordonné afférents aux années manquantes après l'entrée en vigueur de la présente modification;
- b. le taux de conversion minimal applicable.

c. Bonifications de vieillesse

Pour le calcul des bonifications de vieillesse, le taux de 18 % est applicable aux âges suivants de la retraite des femmes:

Années dès l'entrée en vigueur	Age de la retraite des femmes
moins de 2 ans	63
à partir de 2 ans mais moins de 6 ans	64
à partir de 6 ans	65

e. Coordination avec la 11^e révision de l'AVS

Le Conseil fédéral adaptera le relèvement de l'âge ordinaire de la retraite des femmes (art. 13), le taux de conversion (art. 14 et let. b des présentes dispositions transitoires) et les bonifications de vieillesse (art. 16) dans la mesure où ces adaptations sont rendues nécessaires par l'entrée en vigueur de la 11^e révision de l'AVS à un moment postérieur au 1^{er} janvier 2003 et pour le cas où le droit des femmes aux prestations de vieillesse à 65 ans ne naît pas en 2009.

831.441.1 Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

Section 1a Dispositions en application de la let. e des dispositions transitoires de la 1^{re} révision de la LPP

Art. 62a

1 L'âge ordinaire de la retraite des femmes dans la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants vaut aussi comme âge ordinaire de la retraite des femmes dans la LPP (art. 13, al. 1, LPP).

2 Cet âge de la retraite est également déterminant:

- a. pour l'application du taux de conversion minimal selon l'art. 14, al. 2, LPP et la let. b des dispositions transitoires de la 1^{re} révision LPP du 3 octobre 2003;
- b. pour le calcul des bonifications de vieillesse à hauteur de 18 % selon l'art. 16 LPP et la let. c des dispositions transitoires de la 1^{re} révision LPP du 3 octobre 2003;
- c. pour le taux de conversion applicable lors du calcul de la rente d'invalidité selon l'art. 24, al. 2, LPP.

Section 1b Disposition transitoire concernant les dispositions en application de la let. e des dispositions transitoires de la 1^{re} révision de la LPP

Art. 62b Disposition spéciale pour les femmes nées en 1942 ou en 1943

1 Les femmes nées en 1942 ou en 1943 dont les rapports de travail ont pris fin alors qu'elles ont déjà eu 62 ans ont droit à une prestation de vieillesse si elles n'exercent plus aucune activité lucrative et qu'elles ne se sont pas annoncées à l'assurance-chômage.

2 Pour les femmes nées en 1942, le versement anticipé de la prestation de vieillesse ne peut entraîner l'application d'un taux de conversion inférieur à 7,20 %.

3 Pour les femmes nées en 1943 qui bénéficient d'une retraite anticipée, le taux de conversion de la rente sera adapté en conséquence.

Art. 62c Taux de conversion minimal et âge ordinaire de la retraite pour des classes d'âge déterminées (let. b des disp. trans. de la 1^{re} révision LPP)

Pour les classes d'âge et les âges ordinaires de la retraite mentionnés ci-après, les taux de conversion minimaux suivants sont applicables pour le calcul des rentes de vieillesse et d'invalidité pour les femmes:

Classe d'âge	Age ordinaire de la retraite des femmes	Taux de conversion minimal pour les femmes
1942	64	7,20
1943	64	7,15
1944	64	7,10
1945	64	7,00
1946	64	6,95
1947	64	6,90
1948	64	6,85
1949	64	6,80

831.461.3 Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)

Disposition finale de la modification du 21 février 2001

Les femmes nées en 1944, 1945 et 1946 peuvent percevoir les prestations de vieillesse au plus tôt six ans avant d'atteindre l'âge ordinaire de la retraite de l'AVS (art. 21, al. 1, LAVS).

Il est renvoyé aux explications relatives à la LAVS et à la LPP ci-dessus²⁹².

²⁹² RS 831.10 ; Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS ; RS 831.40 ; Loi sur la prévoyance professionnelle, LPP.

832.10 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)

Art. 29 Maternité

1 L'assurance obligatoire des soins prend en charge, en plus des coûts des mêmes prestations que pour la maladie, ceux des prestations spécifiques de maternité.

2 Ces prestations comprennent:

- a. les examens de contrôle, effectués par un médecin ou une sage-femme ou prescrits par un médecin, pendant et après la grossesse;
- b. l'accouchement à domicile, dans un hôpital ou dans une maison de naissance ainsi que l'assistance d'un médecin ou d'une sage-femme;
- c. les conseils nécessaires en cas d'allaitement;
- d. les soins accordés au nouveau-né en bonne santé et son séjour, tant qu'il demeure à l'hôpital avec sa mère.

Art. 30 Interruption de grossesse non punissable

En cas d'interruption de grossesse non punissable au sens de l'art. 119 du code pénal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des mêmes prestations que pour la maladie.

832.102 Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal)

Art. 33 Prestations générales

Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) désigne, après avoir consulté la commission compétente:

- d. les mesures de prévention visées à l'art. 26 de la loi, les prestations en cas de maternité visées à l'art. 29, al. 2, let. a et c, de la loi et les soins dentaires visés à l'art. 31, al. 1, de la loi;

Art. 96 Assurance avec bonus a. Principe

1 Les assureurs peuvent pratiquer, en plus de l'assurance des soins ordinaire, une assurance dans laquelle une réduction de prime est accordée lorsque l'assuré n'a bénéficié d'aucune prestation pendant une année (assurance avec bonus). Sont exceptées les prestations de maternité et les mesures de prévention.

Art. 104 Contribution aux frais de séjour hospitalier

1 La contribution journalière aux frais de séjour hospitalier prévue à l'art. 64, al. 5, de la loi se monte à 15 francs.

2 Sont exemptés de cette contribution:

- a. les enfants au sens de l'art. 61, al. 3, de la loi;
- b. les jeunes adultes, au sens de l'art. 61, al. 3, de la loi, qui sont en formation;
- c. les femmes exemptées de la participation aux coûts en vertu de l'art. 64, al. 7, de la loi.

832.102.4 Ordonnance du 23 juin 1999 sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie

Art. 5 Invitation

1 L'organisation adresse une invitation écrite à procéder à une mammographie de dépistage aux femmes dès 50 ans. Cette invitation fournit une information et des explications sur les risques de cancer du sein et sur la signification exacte du résultat de la mammographie.

832.112.31 Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS)

Plusieurs prestations prises en charge selon l'ordonnance sont spécifiquement liées à la maternité (art. 13 ss).

De manière générale, les règles en matière de prise en charge par l'assurance-maladie des frais médicaux liés à la grossesse et à la maternité découlent de leur intégration dans les prestations sociales prévues par l'Etat et de la différence physiologique et biologique entre les femmes et les hommes en matière de procréation. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler qu'en matière de maternité, il n'était pas pertinent d'invoquer la violation de l'art. 8 al. 3 Cst²⁹³. Il n'apparaît pas que ces règles posent problème, ni ne méritent de discussion approfondie.

832.20 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)

Art. 29 Droit du conjoint survivant

1 Le conjoint survivant a droit à une rente ou à une indemnité en capital.

3 Le conjoint survivant a droit à une rente lorsque, au décès de son conjoint, il a des enfants ayant droit à une rente ou vit en ménage commun avec d'autres enfants auxquels ce décès donne droit à une rente ou lorsqu'il est invalide aux deux tiers au moins ou le devient dans les deux ans qui suivent le décès du conjoint. La veuve a en outre droit à une rente lorsque, au décès du mari, elle a des enfants qui n'ont plus droit à une rente ou si elle a accompli sa 45^e année; elle a droit à une indemnité en capital lorsqu'elle ne remplit pas les conditions d'octroi d'une rente.

4 Le conjoint divorcé est assimilé à la veuve ou au veuf lorsque l'assuré victime de l'accident était tenu à aliments envers lui.

Art. 32 Montant de l'indemnité en capital

L'indemnité en capital allouée à la veuve ou à l'épouse divorcée correspond:

- a. lorsque le mariage a duré moins d'une année, au montant simple,
- b. lorsque le mariage a duré au moins une année mais moins de cinq ans, au triple,
- c. lorsque le mariage a duré plus de cinq ans, au quintuple de la rente annuelle.

La LAA poursuit la logique déployée à l'art. 24 LAVS concernant la distinction entre les veuves et les veufs²⁹⁴. La LAA est même davantage propre à favoriser les veuves, dans la mesure où aucune durée minimale de mariage n'est requise de la veuve sans enfant comme condition à l'octroi de la rente²⁹⁵.

Cette règle, qui contrevient au principe constitutionnel d'égalité des sexes, est critiquée par la doctrine²⁹⁶. Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'est exprimé sur la rente de conjoint survivant relativement à l'art. 24 LAVS et a constaté son obligation d'appliquer les règles claires relatives

²⁹³ Cf. également l'ATF 144 V 184, c. 5.2.

²⁹⁴ Il convient au surplus de se reporter aux considérations relatives à la rente de conjoint survivant dans la LAVS.

²⁹⁵ Cf. PERRENOUD, Rente, N 29.

²⁹⁶ HÜRZELER, CADERAS, N 4 *ad* art. 32 LAA ; PERRENOUD, Rente, N 56.

à la rente de veuf/veuve, malgré leur incompatibilité avec le principe d'égalité des sexes²⁹⁷. Dès lors, comme c'est le cas de la rente LAVS, celle prévue par l'assurance-accident ne pourrait être réformée que par le législateur²⁹⁸. À noter toutefois que l'appréciation faite par la CourEDH sur la rente LAVS aurait de grandes chances d'être identique en matière de rente LAA et que la modification nécessaire de la LAVS devrait entraîner celle de la LAA, afin que ces règles soient conformes au droit européen supérieur.

832.311.12 Ordonnance du 15 avril 2015 sur la sécurité des travailleurs lors de travaux en milieu hyperbare

Art. 16 Exigences personnelles

6 Les femmes enceintes ne travaillent pas en milieu hyperbare.

832.321 Ordonnance du 25 août 1999 sur la protection des travailleurs contre les risques liés aux microorganismes (OPTM)

Art. 11 Instruction des travailleurs

1 Avant d'entreprendre une activité au cours de laquelle ils utilisent des microorganismes ou pourraient être exposés à de telles entités, les travailleurs reçoivent des informations sur les risques qu'ils encourent et des instructions sur la manière de les prévenir. Il convient notamment d'attirer leur attention sur les risques particuliers encourus par certaines catégories de personnes, comme les femmes enceintes, les mères qui allaitent, les jeunes travailleurs et les personnes immunodéficientes. L'information et l'instruction doivent être répétées régulièrement et, si nécessaire, adaptées à l'évolution des risques.

Art. 14a

1 Lors de l'identification des dangers et de l'évaluation du risque, et lors de la fixation des mesures de sécurité pour assurer la protection des femmes enceintes et des mères qui allaitent, l'employeur doit respecter les art. 62 à 66 de l'ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail.

Concernant ces deux ordonnances, il est renvoyé aux considérations relatives à la protection de la grossesse et de la maternité sur le lieu de travail et en particulier aux lois suivantes :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr).
- **822.111** Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1).
- **822.111.52** Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité).
- **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).

²⁹⁷ TF, 9C_617/2011 du 05.05.2012 ; PERRENOUD, Rente, N 57.

²⁹⁸ PERRENOUD, Rente, N 57.

- **822.21** Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (Loi sur la durée du travail, LDT).

834.1 Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service, de maternité et de paternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG)

L'essentiel des distinctions directement opérées entre les femmes et les hommes dans la LAPG concernent la maternité et la paternité. Toutefois, la LAPG renvoie parfois à la LAVS (cf. art. 27) et peut dès lors entraîner des inégalités liées aux différences contenues dans ladite loi, lesquelles ont été examinées ci-dessus.

IIIa. L'allocation de maternité

Art. 16b Ayants droit

1 Ont droit à l'allocation les femmes qui:

- a. ont été assurées obligatoirement au sens de la LAVS durant les neuf mois précédant l'accouchement;
- b. ont, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant cinq mois, et
- c. à la date de l'accouchement:

- 1. sont salariées au sens de l'art. 10 LPG, ou
- 2. exercent une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPG, ou
- 3. travaillent dans l'entreprise de leur mari contre un salaire en espèces.

2 La durée d'assurance prévue à l'al. 1, let. a, est réduite en conséquence si l'accouchement intervient avant la fin du 9^e mois de grossesse.

3 Le Conseil fédéral règle le droit à l'allocation des femmes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage:

- a. ne remplissent pas les conditions prévues à l'al. 1, let. a;
- b. ne sont pas considérées comme salariées ou indépendantes au moment de l'accouchement.

Art. 16c Début du droit

1 Le droit à l'allocation prend effet le jour de l'accouchement.

2 En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né, la mère peut demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison.

Art. 16d Extinction du droit

Le droit s'éteint le 98^e jour à partir du jour où il a été octroyé. Il prend fin avant ce terme si la mère reprend une activité lucrative ou si elle décède.

Art. 16e Montant et calcul de l'allocation

1 L'allocation est versée sous la forme d'indemnités journalières.

2 L'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. Pour déterminer le montant de ce revenu, l'art. 11, al. 1, est applicable par analogie.

Art. 16f Montant maximal

1 Le montant maximal s'élève à 196 francs par jour. L'art. 16a, al. 2, est applicable par analogie.

2 L'allocation est réduite si elle dépasse le montant maximal prévu à l'al. 1.

Art. 16g Primauté de l'allocation de maternité

1 L'allocation de maternité exclut le versement des indemnités journalières:

- a. de l'assurance-chômage;
- b. de l'assurance-invalidité;
- c. de l'assurance-accidents;
- d. de l'assurance militaire;
- e. du régime des allocations au sens des art. 9 et 10.

2 Si le droit à une indemnité journalière existait jusqu'au début du droit à l'allocation de maternité, le montant de l'allocation s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors conformément aux lois suivantes:

- a. loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité;
- b. loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie;
- c. loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents;
- d. loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire;
- e. loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage.

Art. 16h Rapport avec les réglementations cantonales

En complément au chap. IIIa, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité plus élevée ou de plus longue durée et l'instauration d'une allocation d'adoption et prélever, pour le financement de ces prestations, des cotisations particulières.

IIIb. L'allocation de paternité

Art. 16i Ayants droit

1 A droit à l'allocation de paternité l'homme qui:

- a. est le père légal de l'enfant au moment de la naissance ou le devient au cours des six mois qui suivent;
- b. a été assuré obligatoirement au sens de la LAVS pendant les neuf mois précédant la naissance;
- c. a, au cours de cette période, exercé une activité lucrative durant au moins cinq mois, et
- d. à la date de la naissance de l'enfant:

- 1. est salarié au sens de l'art. 10 LPGa,
- 2. exerce une activité indépendante au sens de l'art. 12 LPGa, ou
- 3. travaille dans l'entreprise de son épouse contre un salaire en espèces.

2 La durée d'assurance prévue à l'al. 1, let. b, est réduite en conséquence si l'enfant naît avant la fin du 9^e mois de grossesse.

3 Le Conseil fédéral règle le droit à l'allocation des hommes qui, pour cause d'incapacité de travail ou de chômage:

- a. ne remplissent pas les conditions prévues à l'al. 1, let. c;
- b. ne sont pas considérés comme salariés ou indépendants au moment de la naissance de l'enfant.

Art. 16j Délai-cadre, début et extinction du droit

1 L'allocation peut être perçue dans un délai-cadre de six mois.

2 Le délai-cadre commence à courir et le droit à l'allocation prend effet le jour de la naissance de l'enfant.

3 Le droit à l'allocation s'éteint:

- a. au terme du délai-cadre;
- b. après perception du nombre maximal d'indemnités journalières;
- c. si le père décède;
- d. si l'enfant décède, ou
- e. si la filiation paternelle s'éteint par jugement.

Art. 16k Forme de l'allocation et nombre d'indemnités journalières

1 L'allocation est versée sous la forme d'indemnités journalières pour les jours de congé pris.

2 Le père a droit à un maximum de quatorze indemnités journalières.

3 Si le congé est pris sous la forme de semaines, le père touche sept indemnités journalières par semaine.

4 Si le congé est pris sous la forme de journées, le père touche, pour cinq jours indemnisés, deux indemnités journalières supplémentaires.

Art. 16l Montant et calcul de l'allocation

1 L'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation.

2 Pour déterminer le montant du revenu au sens de l'al. 1, l'art. 11, al. 1, est applicable par analogie.

3 Pour le montant maximal, l'art. 16f est applicable par analogie.

Art. 16m Primauté de l'allocation de paternité

1 L'allocation de paternité exclut le versement des indemnités journalières:

- a. de l'assurance-chômage;
- b. de l'assurance-invalidité;
- c. de l'assurance-accidents;
- d. de l'assurance militaire;
- e. du régime des allocations au sens des art. 9 et 10.

2 Si le droit à une indemnité journalière existait jusqu'au début du droit à l'allocation de paternité, le montant de l'allocation s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors conformément aux lois suivantes:

- a. loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité;
- b. loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie;
- c. loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents;
- d. loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire;
- e. loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage.

834.11 Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG)

Art. 4 Allocation des salariés

1 L'allocation est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant l'entrée en service et converti en gain journalier moyen. Ne sont pas pris en compte dans la détermination du gain les jours pour lesquels une personne n'a pas pu obtenir un salaire ou dont le salaire a été diminué en raison:

- a. d'une maladie;
- b. d'un accident;
- c. d'une période de chômage;
- d. d'une période de service au sens de l'art. 1a LAPG;
- e. d'une période de maternité;

Art. 5 Détermination du gain journalier moyen acquis avant le service pour les salariés ayant un revenu régulier

1 Sont considérées comme salariés ayant un revenu régulier les personnes:

- a. qui ont un rapport de travail conclu pour une durée indéterminée ou pour une année au moins et dont le revenu n'est pas soumis à de fortes fluctuations;
- b. qui ont interrompu leur activité en raison d'une maladie, d'un accident, d'une période de chômage, de service ou de maternité ou pour tout autre motif qui n'implique aucune faute de leur part.

Art. 23 Naissance du droit

1 Le droit à l'allocation naît lorsque la mère accouche d'un enfant viable.

2 Le droit de la mère à l'allocation naît également lorsque la grossesse a duré au moins 23 semaines.

Art. 24 Report de l'allocation de la mère en cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né

1 Le début du droit de la mère à l'allocation est reporté:

- a. si elle en fait la demande selon l'art. 16c, al. 2, LAPG, et

b. s'il est attesté par un certificat médical que le nouveau-né doit rester en milieu hospitalier durant trois semaines au moins suivant immédiatement la naissance.

2 Le report du droit prend effet au jour de la naissance et prend fin lorsque le nouveau-né retourne auprès de sa mère ou décède.

Art. 25 Extinction du droit de la mère

Le droit de la mère à l'allocation s'éteint le jour où celle-ci reprend une activité lucrative, quel que soit son taux d'occupation.

Art. 26 Prise en compte des périodes de cotisation à l'étranger

Pour la détermination de la période minimale fixée à l'art. 16b, al. 1, let. a, ou 16i, al. 1, let. b, LAPG, sont aussi prises en compte les périodes pendant lesquelles la mère ou le père bénéficiait d'une assurance obligatoire et qu'elle ou il passe:

a. dans un des États parties à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, son annexe II et les règlements n° 1408/71 et 574/724 dans leur version modifiée;

b. dans les pays membres de l'Association européenne de libre-échange.

Art. 27 Réduction de la durée minimale d'assurance en cas d'accouchement avant terme

En cas d'accouchement avant terme, la période d'assurance fixée par l'art. 16b, al. 1, let. b, LAPG est réduite comme suit:

a. à 8 mois si l'accouchement intervient entre le 8^e mois de la grossesse et le terme;

b. à 7 mois si l'accouchement intervient entre le 7^e et le 8^e mois de la grossesse;

c. à 6 mois si l'accouchement intervient avant le 7^e mois de la grossesse.

Art. 28 Prise en compte de l'activité lucrative exercée à l'étranger

Pour la détermination de la durée minimale fixée à l'art. 16b, al. 1, let. b, ou 16i, al. 1, let. c, LAPG, sont aussi prises en compte les périodes d'activité lucrative accomplies:

a. dans un des États parties à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, son annexe II et les règlements n° 1408/71 et 574/724 dans leur version modifiée;

b. dans les pays membres de l'Association européenne de libre-échange.

Art. 28a Prise en compte des périodes de service

Pour la détermination de la durée minimale fixée à l'art. 16b, al.1, let. b, ou 16i, al. 1, let. c, LAPG, sont aussi prises en compte les périodes pendant lesquelles la personne ayant droit à l'allocation effectuait un service au sens de l'art. 1a LAPG.

Art. 29 Mères et pères au chômage

1 La mère qui est au chômage au moment de l'accouchement ou qui, en raison d'une période de chômage, ne remplit pas la condition de la durée d'activité lucrative minimale prévue par l'art. 16b, al. 1, let. b, LAPG a droit à l'allocation:

a. si elle a perçu des indemnités de l'assurance-chômage jusqu'à l'accouchement, ou

b. si elle remplissait la condition de la période de cotisation nécessaire prévue par la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage pour percevoir des indemnités au moment de l'accouchement.

2 Le père qui est au chômage au moment de la naissance de l'enfant ou qui, en raison d'une période de chômage, ne remplit pas la condition de la durée d'activité lucrative minimale prévue par l'art. 16i, al. 1, let. c, LAPG a droit à l'allocation:

a. s'il a perçu des indemnités de l'assurance-chômage jusqu'à la naissance de l'enfant, ou

b. si, le jour de la naissance de l'enfant, il effectuait un service au sens de l'art. 1a LAPG et remplissait la condition de la période de cotisation nécessaire prévue par la loi sur l'assurance-chômage pour percevoir des indemnités.

Art. 30 Mères et pères en incapacité de travail

La mère ou le père qui est en incapacité de travail au moment de la naissance de l'enfant ou qui, en raison d'une période d'incapacité de travail, ne remplit pas la condition de la durée d'activité minimale prévue par l'art. 16b, al. 1, let. b, ou 16i, al. 1, let. c, LAPG a droit à l'allocation si elle ou il:

- a. a perçu jusqu'à la naissance de l'enfant des indemnités pour perte de gain en cas de maladie ou d'accident d'une assurance sociale ou privée, ou des indemnités journalières de l'assurance-invalidité, ou
- b. bénéficiait d'un rapport de travail encore valable au moment de la naissance de l'enfant et avait précédemment épuisé son droit au salaire.

Art. 31 Allocation de la mère ou du père exerçant une activité salariée

1 L'allocation est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant la naissance de l'enfant et converti en gain journalier moyen. Ne sont pas pris en compte dans la détermination de ce gain les jours pour lesquels la mère ou le père n'a pas perçu de salaire ou dont le salaire a été diminué en raison:

- a. d'une maladie;
- b. d'un accident;
- c. d'une période de chômage;
- d. d'une période de service au sens de l'art. 1a LAPG;
- e. d'autres motifs n'impliquant aucune faute de sa part.

2 Les allocations respectives de la mère et du père sont calculées séparément.

3 Au surplus, les art. 5 et 6 s'appliquent par analogie.

Art. 32 Allocation de la mère ou du père exerçant une activité indépendante

L'art. 7, al. 1, s'applique au calcul de l'allocation revenant à la mère ou au père qui exerce une activité indépendante.

Art. 33 Allocation de la mère ou du père exerçant à la fois une activité salariée et une activité indépendante

L'allocation revenant à la mère ou au père qui exerce simultanément une activité salariée et une activité indépendante est calculée sur les gains journaliers moyens des deux activités, déterminés selon les art. 7, al. 1, et 31.

Section 5 Exercice du droit, fixation et paiement de l'allocation

Art. 34 Caisse de compensation compétente

1 La caisse de compensation compétente pour le dépôt de la demande et pour la fixation et le paiement des allocations est:

- a. pour les mères astreintes au paiement de cotisations AVS, la caisse qui a perçu les cotisations au moment de l'accouchement;
- b. pour les pères astreints au paiement de cotisations AVS, la caisse qui a perçu les cotisations lorsque le père a pris son dernier jour de congé de paternité;
- c. pour les mères et les pères résidant à l'étranger qui ne sont plus obligatoirement assurés à l'AVS, la caisse suisse de compensation.

2 L'art. 19, al. 2 et 3, s'applique par analogie.

Art. 34a Attestations

1 Pour les mères et les pères qui exerçaient une activité salariée au moment de la naissance de l'enfant, l'employeur atteste sur le formulaire de demande le montant du salaire déterminant pour le calcul de l'allocation, le montant du salaire versé durant la période d'indemnisation et la durée d'occupation.

2 Pour les mères et les pères qui sont au chômage ou en incapacité de travail au moment de la naissance de l'enfant, le dernier employeur atteste sur le formulaire de demande le montant du salaire déterminant pour le calcul de l'allocation et la durée d'occupation.

3 L'employeur auprès duquel le père est engagé durant le congé de paternité ou la caisse de chômage du père atteste que les jours de congé ont été pris.

Art. 35 Fixation et paiement de l'allocation

1 Les art. 20 et 22 s'appliquent par analogie à la fixation de l'allocation.

2 L'allocation de maternité est payée mensuellement à terme échu. Si elle est inférieure à 200 francs par mois, elle est payée à l'extinction du droit.

3 L'allocation de paternité est versée en une seule fois, lorsque le droit à l'allocation a pris fin conformément à l'art. 16j, al. 3, LAPG.

Malgré le mandat formulé dans la Constitution, en 1945 déjà, d'instaurer un congé de maternité, un tel congé n'a pas été introduit avant 2005. À la suite d'un refus en votation populaire en 1999, une initiative parlementaire a formulé une nouvelle proposition de loi²⁹⁹. Ainsi que le rappelait la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national dans son rapport du 3 octobre 2002 sur l'initiative parlementaire précitée, « l'introduction d'un régime d'allocation de maternité marquerait une étape importante vers une meilleure conciliation de la famille et de la vie professionnelle, ainsi que vers l'égalité des femmes et des hommes dans le monde du travail »³⁰⁰.

Dans son rapport, la Commission susmentionnée expose par ailleurs que l'introduction d'un congé de maternité permettrait d'améliorer la concrétisation de l'égalité entre femmes et hommes : « L'introduction du congé-maternité payé réaliserait enfin un ancien mandat constitutionnel et marquerait de surcroît une nouvelle étape vers l'égalité des femmes dans la vie professionnelle, et donc vers la conciliation visée entre la famille et la carrière. Ainsi, les enfants seraient moins souvent un facteur d'abandon ou d'interruption prolongée de l'activité professionnelle. Quant aux femmes, elles s'épargneraient les difficultés bien connues d'un retour tardif à la vie active, et leurs perspectives de développement professionnel s'amélioreraient de manière générale. Par ailleurs, une telle solution tiendrait mieux compte de l'évolution réelle du marché du travail, où le pourcentage de femmes continue à augmenter. Ajoutons que l'économie qui réclame du personnel plus qualifié et plus mobile a besoin de femmes professionnellement actives. S'agissant des jeunes femmes, le potentiel de discriminations à leur égard disparaîtrait. En effet, les employeurs ne courraient plus de risque financier particulier à les embaucher, grâce au financement proposé par les APG. Outre ses conséquences positives sur les plans familial, politique et social, le congé-maternité payé répond à une vieille revendication en matière d'égalité des chances. Il est bon de se souvenir que depuis l'entrée en vigueur de la LAPG en 1953, les femmes ont payé des cotisations sur le revenu tiré de leur activité lucrative, sans que cette obligation leur donne en règle le moindre droit à des prestations »³⁰¹.

Le Conseil fédéral a, dans son avis du 6 novembre 2002 relatif à l'initiative en question, considéré que le congé de maternité procédait « d'un impératif de politique familiale, d'un postulat de politique sociale et du principe fondamental de l'égalité entre femmes et hommes »³⁰².

²⁹⁹ FF 2002 6999.

³⁰⁰ FF 2002 6999.

³⁰¹ FF 2002 7014.

³⁰² FF 2003 1034.

Ainsi, au début du 21^e siècle, les travaux préparatoires relatifs au congé de maternité avaient souligné la nécessité de l'instauration d'un tel congé sous l'angle de l'égalité entre les femmes et les hommes, dans la mesure où cela permettait de diminuer les inégalités de fait dont souffraient les femmes.

La question de l'instauration d'un congé de paternité ou parental ne semble pas avoir fait l'objet de débats prioritaires avant l'instauration d'un congé de maternité. Elle s'est, toutefois, posée fréquemment ces dernières années, notamment avec le dépôt de plusieurs initiatives ou interventions à l'Assemblée fédérale³⁰³. Le congé parental n'a pas convaincu, dans la mesure où il n'apparaissait pas compatible avec le congé de maternité, consacré dans l'ensemble du droit suisse et international, ce dernier prévoyant notamment l'obligation d'un congé de minimum de quatorze semaines exclusivement réservé aux jeunes mères (et une interdiction de travail de ces dernières pendant les huit semaines suivant l'accouchement)³⁰⁴. La jurisprudence a par ailleurs confirmé que le congé de maternité légal ne pouvait être interprété et compris comme un congé parental ou de paternité en raison du besoin de protection des jeunes mères et de la différence physiologique existant entre femmes et hommes que le congé de maternité avait pour but de protéger. Ainsi, ces règles n'étaient pas contraires au droit international (CEDH)³⁰⁵.

Dans son étude de 2010 relative à l'instauration d'un congé parental en Suisse, la Commission fédérale pour les questions familiales (COFF) précisait toutefois déjà que l'instauration d'un congé parental n'aurait nullement vocation à remplacer le congé de maternité ou le congé de paternité. Ceux-ci sont et doivent être en effet liés intimement à la période de la naissance, quand le congé parental viserait davantage à permettre un investissement dans l'éducation subséquente³⁰⁶. De plus, le congé de maternité (interdiction de travail, congé compensé financièrement) a aussi pour but de permettre à la femme ayant accouché de se rétablir et d'allaiter de manière sereine, si elle le souhaite³⁰⁷.

Suite à un long processus législatif et à l'élaboration d'un contre-projet à l'initiative pour le congé de paternité, lequel a été accepté en votation populaire, le congé de paternité a finalement été introduit dans la LAPG avec effet au 1^{er} janvier 2021³⁰⁸. De nombreux éléments relatifs au congé de paternité (conditions d'octroi du droit, interdiction de la réduction des vacances par l'employeur, etc.) sont calqués sur le congé de maternité³⁰⁹. La différence essentielle réside dans la durée du congé, finalement fixé à deux semaines, mais dont plusieurs voix avaient demandé qu'il soit plus long, par exemple d'une durée de quatre semaines³¹⁰.

Néanmoins, si la durée du congé de paternité ne satisfait pas pleinement, la différence avec la durée du congé de maternité en tant que telle n'a pas semblé faire débat dans les travaux

³⁰³ FF 2019 3312 s.

³⁰⁴ FF 2019 3314.

³⁰⁵ ATF 140 I 305, c. 6, 7, 8.1, 10.2.

³⁰⁶ Cf. PERRENOUD, *Congé de maternité*, p. 1664 s.

³⁰⁷ Cf. COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FAMILIALES (COFF), p. 36 et aussi 51; <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-35872.html>, consulté le 22 juin 2021.

³⁰⁸ FF 2019 3312 ss.

³⁰⁹ FF 2019 3315.

³¹⁰ FF 2019 3312 ss, 3316 ss.

préparatoires, ni dans la jurisprudence subséquente³¹¹. En effet, le Tribunal fédéral a examiné la question en 2014 et estimé que le congé de maternité reposait sur des motifs d'ordre biologique et qu'il ne s'agissait en particulier pas d'une simple reproduction des stéréotypes sur le partage des tâches familiales par les femmes et les hommes³¹². Ainsi, le congé de maternité pouvait être exclusivement réservé aux mères sans qu'une inégalité de traitement en découle pour les pères³¹³. Quant à la durée admissible du congé de maternité, en lien strictement avec des considérations physiologiques, elle peut dans tous les cas être de quatorze semaines, sans qu'une durée maximale n'ait été arrêtée par la jurisprudence³¹⁴.

Cela peut notamment s'expliquer par le fait que la différence physiologique entre la mère et le père à la naissance justifie au moins partiellement les différences de durée³¹⁵ et que le droit international³¹⁶ oblige la Suisse à instaurer un congé de maternité de quatorze semaines, quand aucune obligation n'est imposée en matière de congé de paternité³¹⁷. Les très vives et nombreuses résistances politiques et économiques de ces vingt dernières années permettent peut-être aussi d'expliquer l'absence d'accent mis sur la question de l'égalité, l'instauration des congés de maternité et de paternité, même considérée par certains comme minimale³¹⁸, ayant déjà été ardue.

Les travaux préparatoires ayant abouti à l'introduction du congé de paternité dans la loi ne s'expriment ainsi pas véritablement sur la question de l'égalité entre femmes et hommes. Or, celle-ci se posait et continue de se poser. L'on peut relever une double discrimination, soit le désavantage imposé aux hommes qui n'ont pas la possibilité de prendre un congé (plus) long destiné à s'occuper de leurs enfants et le fait que les femmes continuent à assumer pleinement la charge familiale, qui pèse notamment sur leur évolution dans le marché de l'emploi. Un congé de paternité de seulement deux semaines n'inverse pas ce fait. C'est le constat fait par la Commission fédérale pour les questions familiales (COFF) dans son rapport de 2010, qui procède à des comparaisons internationales, mais aussi par de nombreuses organisations ou personnes expertes, qui critiquent l'incapacité de la législation suisse à tendre véritablement vers l'égalité entre femmes et hommes en matière familiale et soulignent le retard de la Suisse en la matière en comparaison internationale³¹⁹.

³¹¹ ATF 140 I 305.

³¹² ATF 140 I 305, c. 3.2, 4, 8.

³¹³ ATF 140 I 305 ; cf. à ce sujet également PERRENOUD, Congé de maternité, p. 1657 ss et les références citées.

³¹⁴ TF, 2P.296/1992 du 11 février 1994, ZBI 1994, pp. 375-380 ; PERRENOUD, Congé de maternité, p. 1669.

³¹⁵ On se souvient du fait que le Tribunal fédéral estime sans nuance que l'art. 8 al. 3 Cst. ne s'applique pas à la maternité (ATF 144 V 184, c. 5.2).

³¹⁶ Cf. Convention n° 183 sur la protection de la maternité ; RS 0.822.728.3.

³¹⁷ FF 2019 3324 s. ; ATF 140 I 305, c. 10.2.

³¹⁸ Cf. notamment FF 2002 7016.

³¹⁹ Cf. COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FAMILIALES (COFF), p. 20 ss ; <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-35872.html>, consulté le 22 juin 2021 ; cf. aussi, notamment, https://soziale-sicherheit-chss.ch/wp-content/uploads/2018/09/fr_BSV_CHSS_03-18_Conge_parental.pdf, consulté le 22 juin 2021 ; <https://www.uss.ch/themes/egalite/detail/conge-paternite-et-egalite-des-sexes-il-est-temps-de-sortir-de-lage-de-pierre>, consulté le 22 juin 2021 ; <https://blogs.letemps.ch/anais-brodard/2020/09/22/plaidoyer-en-faveur-du-conge-paternite-de-deux-semaines-un-minimum/>, consulté le 22 juin 2021 ; https://www.swissinfo.ch/fre/parlement_la-suisse-devrait-enfin-se-doter-d-un-conge-paternite/45045348, consulté le 22 juin 2021 ; <https://www.ps-ge.ch/2020/09/27/geneve-doit-prolonger-le-conge-paternite-des-maintenant-pour-renforcer-legalite/>, consulté le 22 juin 2021.

En tant que tel, on l’a dit, le fait que les femmes et les hommes ne disposent pas d’un congé identique peut s’expliquer et se justifier par la différence physiologique entre les femmes et les hommes. Toutefois, la solution en vigueur actuellement en Suisse ne satisfait pas véritablement et n’est pas pleinement justifiée par le motif précité. En particulier, le modèle actuel prérègle les femmes comme les hommes, bien que de manière différente, et ne parvient pas à atteindre ni favoriser véritablement l’égalité de fait.

Ces règles suscitent dès lors le débat et ne peuvent être considérées comme véritablement conformes au mandat d’égalité entre les sexes contenu dans la Constitution fédérale.

La Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF) estime que l’instauration d’un congé parental légal est une condition indispensable à la réalisation d’une réelle répartition équitable du travail au sein du couple (et donc de l’égalité de fait) et souhaite placer le débat sur le congé parental en tête de liste des priorités politiques à venir³²⁰.

Enfin et au surplus, il convient de mentionner brièvement que la loi prévoit une allocation d’exploitation pour les personnes indépendantes qui font du service (art. 8 LAPG), mais pas pour les femmes indépendantes durant leur congé de maternité (art. 16e LAPG *a contrario*). Le Tribunal fédéral a récemment estimé que ne s’agissant pas de situations comparables, aucune violation de l’égalité entre femmes et hommes ne pouvait être constatée³²¹. De plus, la volonté du législateur était claire et ne pouvait donner lieu à une autre interprétation³²². En matière de réalisation de l’égalité de fait, ce choix législatif peut toutefois prêter le flanc à la critique, dans la mesure où il n’aide consciemment pas les femmes indépendantes absentes de leur travail pour cause de maternité à conserver un revenu dans la même mesure que les hommes indépendants qui effectuent leur service. Il faut toutefois préciser qu’une motion déposée devant le Conseil des Etats le 26 septembre 2019 demande que les indépendantes puissent bénéficier de l’art. 8 LAPG. Le Conseil fédéral a proposé l’acceptation de cette motion³²³.

836.1 Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l’agriculture (LFA)

Art. 10 Exercice simultané d’une activité lucrative en qualité de travailleur agricole et d’agriculteur indépendant

4 Le droit aux allocations familiales est maintenu durant le congé de maternité au sens de l’art. 329f du code des obligations (CO) et de paternité au sens de l’art. 329g CO.

Cette règle renvoie aux principes relatifs aux congés maternité et paternité, auxquels il convient de se référer³²⁴.

³²⁰ Cf. <https://www.ekf.admin.ch/ekf/fr/home/documentation/prises-de-position.html>, consulté le 22 juin 2021.

³²¹ ATF 146 V 378, c. 4.

³²² ATF 146 V 378, c. 3.

³²³ M 19.4270 (Maury Pasquier). Cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20194270>, consulté le 22 juin 2021.

³²⁴ Cf. *supra* RS 834.1 (Loi sur l’assurance perte de gain, LAPG) ; RS 834.11 (Règlement sur l’assurance perte de gain, RAPG).

836.2 Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières aux organisations familiales (Loi sur les allocations familiales, LAFam)

Art. 19 Droit aux allocations familiales

1 Les personnes obligatoirement assurées à l'AVS en tant que personnes sans activité lucrative sont considérées comme sans activité lucrative. Elles ont droit aux allocations familiales prévues aux art. 3 et 5. L'art. 7, al. 2, n'est pas applicable. Elles relèvent du canton dans lequel elles sont domiciliées.

1bis Les personnes qui sont obligatoirement assurées à l'AVS en tant que salariés ou en tant que personnes exerçant une activité lucrative indépendante et qui n'atteignent pas le revenu minimal visé à l'art. 13, al. 3, sont également considérées comme sans activité lucrative.

1ter Les mères au chômage qui ont droit à l'allocation de maternité en vertu de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain sont également considérées comme sans activité lucrative pendant la durée de leur droit à cette allocation. L'al. 2 n'est pas applicable.

2 Le droit aux allocations familiales n'est accordé que si le revenu imposable est égal ou inférieur à une fois et demie le montant d'une rente de vieillesse complète maximale de l'AVS et qu'aucune prestation complémentaire de l'AVS/AI n'est perçue.

836.21 Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam)

Art. 10 Durée du droit aux allocations après expiration du droit au salaire; coordination

2 Le droit aux allocations familiales subsiste même sans droit légal au salaire:

a. pendant un congé de maternité de 16 semaines au maximum;

Art. 16a Mères au chômage

1 Sont considérées comme mères au chômage les femmes qui, au moment de la naissance de leur enfant, remplissent les conditions de l'art. 29 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain.

2 Est également considérée comme allocation de maternité selon la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (LAPG) l'allocation de maternité plus longue prévue par les cantons au sens de l'art. 16h LAPG.

3 Le droit aux allocations familiales pour le nouveau-né commence le premier jour du mois de naissance de l'enfant.

La protection spécifique des mères au chômage dans le cadre de l'octroi d'allocations familiales est l'œuvre d'une modification récente de la loi³²⁵. En effet, jusqu'alors, le droit ne permettait pas aux mères élevant seules leurs enfants tout en étant au chômage de percevoir les allocations familiales lorsqu'elles recevaient une allocation de maternité. Dans le cas où aucune autre personne ne pouvait prétendre à des allocations familiales pour un enfant, qui n'aurait par hypothèse pas d'autre parent légal, aucune allocation familiale ne pouvait être perçue pour cet enfant³²⁶. La nouvelle protection spécifique vise à combler une lacune et découle de la distinction opérée par le droit de la filiation entre la mère qui a accouché de l'enfant et toute autre personne qui pourrait être reconnue comme parent. En tant que telle, cette nouvelle norme ne crée pas d'inégalités, mais vise bien plutôt à compenser les effets de la distinction opérée par le Code civil et examinée précédemment. Il n'apparaît pas au surplus que les règles relatives à l'octroi d'allocations familiales aux mères au chômage, qui sont justifiées par un rééquilibrage d'une inégalité initiale, suscitent de débat. Il en va de même de la règle de l'art. 10 al. 2 let. a OAFam qui est une simple règle de coordination.

³²⁵ FF 2019 997, les règles sont entrées en vigueur le 1^{er} août 2020.

³²⁶ FF 2019 998.

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

Art. 13 Période de cotisation

1 Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9, al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

2 Compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré:

d. a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGa) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail.

Art. 14 Libération des conditions relatives à la période de cotisation

1 Sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9, al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants:

b. maladie (art. 3 LPGa), accident (art. 4 LPGa) ou maternité (art. 5 LPGa), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante;

Art. 59a Évaluation des besoins et des expériences

L'organe de compensation veille, en collaboration avec les autorités compétentes, à ce que:

c. les expériences faites en Suisse et à l'étranger fassent l'objet d'évaluations sur la base desquelles des mesures concrètes seront recommandées aux autorités responsables de la mise en oeuvre, l'accent devant être mis sur les mesures en faveur:

1. des jeunes et des femmes au chômage,

837.02 Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI)

Art. 13 Libération des conditions relatives à la période de cotisation

1 Sont comptées dans la maternité au sens de l'art. 14, al. 1, let. b, de la LACI, la durée de la grossesse et les seize semaines qui suivent l'accouchement.

À la fin des années 1970, le législateur a travaillé à l'instauration d'une assurance-chômage « moderne », travaux qui ont abouti à l'élaboration, par le Conseil fédéral, d'un projet de loi³²⁷. Dans le cadre de ce projet, le Conseil fédéral a expliqué avoir spécifiquement tenu compte du statut des femmes. Ainsi, il a voulu les mettre sur un pied d'égalité avec les hommes, tout en tenant compte de leur « fonction de ménagère et de mère » impliquant qu'il « faille trouver des réglementations spéciales pour certains problèmes »³²⁸. C'est dans cette optique que les règles relatives à la maternité ont été insérées dans la LACI. En effet, il s'agissait de ne pas pénaliser les femmes en raison de leur maternité, spécifiquement des femmes incapables de travailler durant leur grossesse, et ce qu'elles aient ou non conservé leur place de travail pendant cette période³²⁹.

³²⁷ FF 1980 III 485 ss.

³²⁸ FF 1980 III 542.

³²⁹ FF 1980 III 544.

Ces règles visent ainsi à pallier les difficultés que les femmes enceintes et les mères expérimentent dans le cadre de leur emploi ou sur le marché du travail. De ce point de vue, il apparaît que les règles en matière d'assurance-chômage établissent une distinction entre les femmes et les hommes qui visent à compenser les inégalités existantes dans ce cas de figure³³⁰. Outre le fait qu'une telle distinction se justifie, aucun débat particulier n'a été identifié sur cette question.

857.5 Loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse

Art. 1 Centres de consultation

- 1 En cas de grossesse, les personnes directement intéressées ont droit à des consultations gratuites et à une aide.
- 2 Elles seront informées de l'assistance privée et publique sur laquelle elles peuvent compter pour mener la grossesse à terme, sur les conséquences médicales d'une interruption et sur la prévention de la grossesse.
- 3 Les cantons instituent des centres de consultation pour tous les problèmes relatifs à la grossesse. Ils peuvent en créer en commun, reconnaître ceux qui existent déjà et faire appel à des organismes privés pour en assurer l'aménagement et le fonctionnement.
- 4 Les centres de consultation doivent disposer de collaborateurs et de ressources financières qui leur permettent d'accorder sans retard les consultations gratuites et l'aide nécessaire aux personnes intéressées.

857.51 Ordonnance du 12 décembre 1983 sur les centres de consultation en matière de grossesse

Art. 1 Organisation

- 1 Les cantons organisent les centres de consultation en matière de grossesse (dénommés ci-après « les centres ») prescrits par la loi.
- 2 Ils règlent la reconnaissance des centres existants et nouveaux, leur financement et leur surveillance. Ils désignent les autorités compétentes.
- 3 Ils peuvent confier aux centres des tâches analogues à celle des centres d'information sexuelle, de consultation conjugale et familiale, et vice versa.

Les Centres de consultation en matière de grossesse ont été instaurés dans le cadre des discussions et votations relatives à la dépénalisation de l'avortement qui ont été multiples à la fin des années 1970. En 1977, le peuple a rejeté l'initiative de la « solution du délai » visant à dépénaliser l'avortement sans motif spécifique pendant les trois premiers mois de la grossesse, puis en 1978, la loi punissant l'interruption de grossesse a aussi été rejetée, faisant apparaître la nécessité de repenser les normes relatives à cette thématique³³¹. La révision du Code pénal visait à obliger la personne enceinte à consulter un médecin ou un centre de consultation reconnu par un canton. En effet, selon le Conseil fédéral, « cette obligation et

³³⁰ Cf. aussi spécifiquement l'art. 59a qui vise à protéger les personnes fragilisées sur le marché de l'emploi ; RUBIN, N 4 *ad* art. 59a LACI.

³³¹ Cf. FF 1980 III 1050, observations du Conseil fédéral sur le rapport du 27 août 1979 émanant de la commission du Conseil national chargée d'étudier les initiatives parlementaires et les initiatives cantonales sur l'interruption de la grossesse (FF 1979 II 1021).

l'observation d'un délai de réflexion d'au moins une semaine avant une éventuelle intervention, contribueraient notablement à protéger la grossesse »³³².

C'est dans ce cadre que la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse a été élaborée. Malgré le fait que les femmes enceintes ne sont aujourd'hui pas obligées de consulter dans un centre spécialisé, la loi n'a été que très marginalement modifiée. Il n'apparaît pas que l'existence de ces centres soulève aujourd'hui de critiques particulières.

Synthèse

VOLUME VIII

Le volume huit du droit interne suisse est le siège de l'essentiel des différences formelles que la loi établit entre les femmes et les hommes.

En premier lieu, le volume huit contient de nombreuses règles différenciant femmes et hommes pour des motifs justifiés, à savoir essentiellement pour des motifs tenant à la protection de la maternité (règles de catégorie 1).

L'on peut ainsi mentionner les règles :

- relatives au don d'embryons et à la maternité de substitution (art. 4 (s'agissant du don d'embryons et de la maternité de substitution), 29-31 LPMA),
- relatives à la transplantation et à la recherche sur l'être humain (art. 37, 39, 69 Loi sur la transplantation ; art. 26, 27, 39 LRH ; art. 44, 45 ORH ; art. 3, 24 LRCS),
- sur l'environnement et la protection contre certains produits notamment pour les femmes enceintes (art. 21 OPBio ; art. 13 LPE ; art. 53, 57, 58, 142 ORaP ; art. 6 OPTP),
- sur les informations contraignantes devant figurer sur les produits pour nourrissons qui s'adressent uniquement aux femmes sans raison, mais ne sont en réalité contraignantes que pour les fabricants de produits et ne créent pas véritablement de différences (art. 22a OBNP),
- sur la promotion du sport dans la Loi COVID-19 (art. 12b),
- sur la protection de la maternité au travail (art. 35-35b, 59 LTr ; art. 13, 43, 60-66 OLT 1 ; Ordonnance sur la protection de la maternité ; art. 34, 171 OLT 3 ; art. 2 LDét ; art. 16 Ordonnance sur la sécurité des travailleurs en milieu hyperbare ; art. 11, 14a OPTM),
- sur la prise en charge de la maternité par l'assurance obligatoire des soins en matière de maladie (art. 29, 30 LAMal ; art. 33, 96, 104 OAMal ; art. 5 Ordonnance sur la

³³² FF 1980 III 1058.

garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie ; art. 13 ss OPAS),

- sur les femmes au chômage élevant des enfants (art. 19 LAFam ; art. 10, 16a OAFam ; art. 13, 14 LACI ; art. 13 OACI),
- sur les centres de consultation en matière de grossesse dans lesquels les femmes enceintes peuvent se rendre (art. 1 de la Loi et art. 1 de l'Ordonnance sur les centres de consultation en matière de grossesse),
- sur le congé de maternité et de paternité (art. 16b-16m LAPG ; art. 4, 5, 24-35 RAPG ; art. 10 LFA).

Il est à noter toutefois que si l'existence d'un congé de maternité n'est pas débattue, l'aspect minimaliste du congé de paternité est davantage susceptible de l'être. Si l'on peut discuter du fait qu'il constitue une inégalité formelle dans la loi, il entraîne une importante inégalité dans les faits, reportant encore les charges de famille essentiellement sur les femmes. L'état du droit en la matière est loin de satisfaire globalement, et des discussions ont toujours cours à ce sujet.

Ensuite, le volume huit contient des règles qui ne peuvent être justifiées au regard de l'égalité entre femmes et hommes mais qui ne sont que peu critiquées (catégorie 2).

Il en va ainsi de l'autorisation du don de sperme alors que le don d'ovules est interdit (art. 4 LPMA, s'agissant du don d'ovules). Cette différence ne repose pas sur des considérations physiologiques, bien que telle soit la justification donnée à ces règles. Au contraire, il apparaît que ce sont des valeurs d'ordre sociétales qui ont été privilégiées par rapport au principe d'égalité.

Les règles relatives au service civil (art. 15 LSC) font également partie de cette catégorie, tout comme l'ensemble de celles relatives au service militaire³³³.

La distinction opérée en matière de rente de veuf et de veuve (art. 23-24a, f dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 46 RAVS ; art. 29, 32 LAA) est contraire au droit supérieur et ne repose, d'un point de vue strictement juridique, sur aucune justification. Si elle n'est pas immédiatement au centre des discussions actuelles en matière de révision de la LAVS, cette règle appelle une modification prochaine.

Finalement, le volume huit contient, comme cela a été mentionné des règles qui ne peuvent être considérées comme conforme au postulat d'égalité contenu dans la Constitution et qui génèrent des discussions et un débat important au cœur des institutions comme de la société civile (catégorie 3).

La différence en matière d'âge de la retraite des femmes et des hommes (art. 3-5, 21, 39, 40, c et d dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 6^{quater}, c dispositions finales RAVS ; art. 13a OAF ; art. 2 LAI ; art. 45 OPC-AVS/AI ; art. 13, 14, 16, 24, 95, b, c, e dispositions transitoires

³³³ Cf. volumes I et V (RS 1.19 et 510.10, 520.1).

03.10.2003 LPP ; art. 62a-62c OPP 2 ; disposition finale OPP 3) est un sujet complexe qui n'a pas encore trouvé d'aboutissement, malgré le fait que les inégalités entre les sexes soient identifiées depuis longtemps³³⁴. L'élimination de l'inégalité formelle opérée par la loi se heurte à l'argument des nombreuses inégalités subies par les femmes durant toute leur carrière, qui ont un impact sur le montant de leurs retraites. Certes, la suppression de cette différence permet d'assurer un traitement formellement égal par la loi des femmes et des hommes. Cependant, un tel traitement n'aura pas pour effet de diminuer l'inégalité de fait dans l'AVS, qui découle d'une multitude de facteurs, notamment les différences de salaire et le temps partiel des femmes. Cette imbrication des inégalités de fait et d'une inégalité formelle est unique et probablement la plus complexe parmi les différences identifiées dans la présente étude. À ce jour, aucune solution satisfaisante ou de compromis ne semble avoir été trouvée, alors que le Parlement se penche sur la réforme AVS 21.

Force est ainsi de constater qu'en matière de protection sociale, le droit suisse comporte plusieurs différences de traitement entre femmes et hommes, qui ne sont pas du tout ou pas totalement justifiées. Les inégalités de fait existantes, notamment dans le domaine de l'emploi, s'ajoutent à ce constat et renforcent la discrimination touchant les femmes, rendant délicate toute tentative de réforme.

³³⁴ Cf. FF 1986 I 1217. Le Conseil fédéral prévoyait une égalité absolue des droits en la matière lors des révisions prévues dans les années 1990.

9. Économie - Coopération technique

916.161 Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, OPPh)

Art. 3 Définitions

1 Au sens de la présente ordonnance, on entend par:

m. *groupes vulnérables*: les personnes nécessitant une attention particulière dans le contexte de l'évaluation des effets aigus et chroniques des produits phytosanitaires sur la santé. Font partie de ces groupes les femmes enceintes et les femmes allaitantes, les enfants à naître, les nourrissons et les enfants, les personnes âgées et les travailleurs et habitants fortement exposés aux pesticides sur le long terme;

Il est renvoyé aux considérations relatives à la protection de la maternité dans le domaine de l'emploi et en particulier à la loi fédérale sur le travail et ses ordonnances :

- **822.11** Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr).
- **822.111** Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1).
- **822.111.52** Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité).
- **822.113** Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé).

951.25 Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME

Art. 2 Principes du soutien

En accordant les aides financières, la Confédération veille à ce que:

- a. les besoins des régions géographiques du pays soient pris en compte;
- b. les cautionnements soient proposés dans toute la Suisse;
- c. les intérêts des femmes dirigeant une entreprise et ceux des personnes aspirant à exercer une activité lucrative indépendante soient pris particulièrement en compte;

Il est renvoyé aux considérations relatives à l'encouragement et à la promotion des femmes ainsi qu'aux mesures visant à atteindre l'égalité de fait³³⁵.

Synthèse

Le volume neuf contient deux distinctions entre les femmes et les hommes, qui assurent :

- une coordination en matière de protection de la maternité dans les rapports de travail (art. 3 OPPh), en accord avec la LTr, l'OLT 1, l'Ordonnance sur la protection de la maternité et l'OLT 3), et

³³⁵ Cf. *supra* I.1.

- la mise en œuvre des objectifs de la Confédération en matière de promotion de l'égalité de fait (art. 2 Loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME).

Il s'agit de différences de catégorie 1, pleinement justifiées aux yeux de la loi.

III. Conclusions

Ainsi que cela a été exposé, la présente étude a identifié les dispositions légales et d'exécution opérant une distinction formelle entre les femmes et les hommes.

Pour mémoire, les différences de traitement entre les hommes et les femmes ont été classifiées en trois catégories :

- Catégorie 1 :

La différence identifiée est considérée comme admissible, soit parce qu'elle est motivée par une spécificité physiologique ou biologique, soit parce qu'elle est justifiée par un motif particulier tel que l'égalité de fait entre les sexes.

- Catégorie 2 :

La différence identifiée constitue une discrimination qui ne repose pas sur un motif justifié et est dès lors inadmissible et contraire à l'art. 8 al. 3 Cst. Toutefois, l'existence de la différence, bien que connue, ne suscite que peu le débat et n'est que marginalement remise en cause.

- Catégorie 3 :

La différence identifiée constitue une discrimination qui ne repose pas sur un motif justifié et est dès lors inadmissible et contraire à l'art. 8 al. 3 Cst. Cette différence fait aujourd'hui l'objet de critiques, cas échéant de débats (jurisprudentiels, institutionnels, au sein de la société civile, des organisations non gouvernementales et/ou de la part des médias), et apparaît de ce fait aujourd'hui discutable.

1. Catégorie 1

Ainsi que cela ressort de l'analyse, l'essentiel des différences de traitement formelles contenues dans le droit interne suisse sont justifiées et appartiennent à la catégorie 1 définie ci-dessus.

Il en va ainsi des règles en matière :

- de protection de la maternité et de la paternité (art. 41, 116 Cst.) et notamment :
 - sur la protection de la maternité au travail (art. 40, 40a O-OPers ; art. 324a, 328a, 329b, 329f, 329g, 336c CO ; art. 34-36 OSAV ; art. 35-35b, 59 LTr ; art. 13, 43, 60-66 OLT 1 ; Ordonnance sur la protection de la maternité ; art. 34, 171 OLT 3 ; art. 3 OPPh ; art. 2 LDét ; art. 16 Ordonnance sur la sécurité des travailleurs en milieu hyperbare ; art. 11, 14a OPTM),

- sur la prise en charge de la maternité par l'assurance obligatoire des soins en matière de maladie (art. 29, 30 LAMal ; art. 33, 96, 104 OAMal ; art. 5 Ordonnance sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie ; art. 13 ss OPAS),
 - sur les femmes au chômage élevant des enfants (art. 19 LAFam ; art. 10, 16a OAFam ; art. 13, 14 LACI ; art. 13 OACI),
 - sur les centres de consultation en matière de grossesse dans lesquels les femmes enceintes peuvent se rendre (art. 1 de la Loi et art. 1 de l'Ordonnance sur les centres de consultation en matière de grossesse),
 - sur le congé de maternité et de paternité (art. 16b-16m LAPG ; art. 4, 5, 24-35 RAPG ; art. 10 LFA).
- de procréation médicalement assistée – don d'embryons et maternité de substitution (art. 119 Cst. ; art. 4, 29-31 LPMA), stérilisation (art. 7 Loi sur la stérilisation) et en matière de recherche sur l'être humain (art. 37, 39, 69 Loi sur la transplantation ; art. 26, 27, 39 LRH ; art. 44, 45 ORH ; art. 3, 24 LRCS) ;
 - de promotion de l'égalité de fait (promotion des femmes, protection du handicap, etc.) (art. 53a LEI ; 3, 17 LAsi ; art. 3, 15 LEg ; art. 5, 21 LHand ; art. 5 Org DFI ; art. 7 Org DFJP ; 5 OPers ; art. 2, 8, 9 Ordonnance COVID-19 sports d'équipe ; art. 8 O LERI DEFR ; art. 2 Loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME) ;
 - de protection pénale des femmes (art. 116, 118-120, 124, 260^{bis}, 264a, 264e CP ; Convention d'Istanbul ; Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique) ;
 - sur l'environnement et la protection contre certains produits notamment pour les femmes enceintes (art. 21 OPBio ; art. 13 LPE ; art. 53, 57, 58, 142 ORaP ; art. 6 OPTP) ;
 - sur les informations contraignantes devant figurer sur les produits pour nourrissons qui s'adressent uniquement aux femmes sans raison, mais ne sont en réalité contraignantes que pour les fabricants de produits et ne créent pas véritablement de différences (art. 22a OBNP) ;
 - sur la promotion du sport dans la Loi COVID-19 (art. 12b).

Il est à noter toutefois que si l'existence d'un congé de maternité n'est pas débattue, l'aspect minimaliste du congé de paternité est davantage susceptible de l'être. Si l'on peut discuter du fait qu'il constitue une inégalité formelle dans la loi, il entraîne une importante inégalité dans les faits, reportant encore les charges de famille essentiellement sur les femmes. L'état du droit en la matière est loin de satisfaire globalement et les discussions ont toujours cours à ce sujet.

2. Catégorie 2

Plusieurs des différences faites par la loi entre les femmes et les hommes sont dépourvues de justification, même si elles sont peu critiquées malgré ce résultat.

Parmi ces règles, certaines reposent partiellement sur des différences physiologiques et s'en réclament. Elles doivent toutefois être considérées comme dépassant les différences de stricte biologie. En effet, elles découlent en réalité davantage de considérations et de valeurs sociétales.

Il en va ainsi des règles en matière :

- d'établissement de la filiation (art. 109, 252, 255-263, 270a, 295, 298a, 298c CC ; art. 9c OEC ; 81, 83 LDIP) ;
- de procréation médicalement assistée s'agissant du don d'ovules (art. 4 LPMA) ;
- d'armée et de service civil en cela qu'elles sont partiellement justifiées par des différences physiologiques entre femmes et hommes (art. 59, 61 Cst. ; art. 2, 3, 8 LAAM ; art. 3 RSA ; art. 11, 42, 87 OMi ; art. 29, 33 LPCCi ; art. 5 OPCi ; LTEO et OTEO ; art. 15 LSC).

D'autres distinctions sont davantage reconnues et admises comme discriminatoires.

La distinction opérée en matière de rente de veuf et de veuve (art. 23-24a, f dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 46 RAVS ; art. 29, 32 LAA) est contraire au droit supérieur et ne repose, d'un point de vue strictement juridique, sur aucune justification. Si elle n'est pas immédiatement au centre des discussions actuelles en matière de révision de la LAVS, cette règle appelle une modification prochaine.

Ainsi que cela a été constaté, les règles précitées de catégorie 2 opèrent des différences entre les femmes et les hommes dépourvues de justification sans toutefois susciter de critiques ou de débats particuliers.

En matière d'obligation de service, cet état de fait réside probablement tant dans le fait que ces principes sont ancrés dans la Constitution que dans la difficulté à trouver une alternative socialement satisfaisante (abolition de l'armée de milice, service obligatoire pour toutes et tous).

En ce qui concerne l'établissement de la filiation et la distinction établie en matière de procréation médicalement assistée entre don d'ovules et don de sperme, les différences figurant dans la loi se basent sur un choix de valeurs (bien de l'enfant, limitation de l'éclatement de la parentalité, etc.) qui ont été préférées à la norme constitutionnelle d'égalité entre les sexes, à laquelle elles sont pourtant contraires.

3. Catégorie 3

Plusieurs domaines du droit consacrent des discriminations qui soulèvent à ce jour un débat public intense.

Il en va ainsi de la notion de viol (art. 190 CP, art. 109, 112a, 154 CPM) qui ne s'applique qu'aux victimes de sexe féminin et procède à une distinction entre femmes et hommes obsolète et injustifiée qui fait l'objet de nombreuses critiques, tant de la part de la société civile que des associations ou de membres de l'Assemblée fédérale. Cette question est régulièrement discutée depuis de nombreuses années, sans qu'aucun changement législatif ne soit intervenu jusqu'à maintenant.

Les discriminations recensées et aujourd'hui abondamment critiquées dans le débat public concernent les assurances sociales et notamment la question de la différence d'âge de la retraite des femmes et des hommes (art. 41a LPers ; RPEC ; RP-EPF 1 ; RP-EPF 2 ; art. 3-5, 21, 39, 40, c et d dispositions finales 10^{ème} révision LAVS ; art. 6^{quater}, c dispositions finales RAVS ; art. 13a OAF ; art. 2 LAI ; art. 45 OPC-AVS/AI ; art. 13, 14, 16, 24, 95, b, c, e dispositions transitoires 03.10.2003 LPP ; art. 62a-62c OPP 2 ; disposition finale OPP 3). Il s'agit d'un sujet complexe qui cristallise de nombreuses inégalités formelles et matérielles entremêlées. Les réformes se sont enlisées à de nombreuses reprises et se heurtent notamment au fait que l'introduction d'une égalité formelle ne résoudrait pas les inégalités matérielles et entraînerait aux yeux de certains milieux une plus grande inégalité de fait en défaveur des femmes. Dès lors, bien qu'une distinction en matière d'âge de départ à la retraite n'ait plus de raison d'être d'un point de vue historique ou physiologique, il n'est pas aisé de trouver un compromis satisfaisant pour toutes et tous.

Malgré le constat de la persistance de plusieurs différences injustifiées entre les femmes et les hommes dans la loi, les recherches menées ont permis de constater à quel point les discriminations entre les femmes et les hommes étaient bien plus nombreuses jusqu'à récemment. De très grands pas vers l'égalité ont été réalisés dans une grande partie du droit interne ces dernières décennies et encouragent à penser que les différences injustifiées opérées entre les femmes et les hommes par la loi pourraient disparaître dans un futur proche, comme d'autres ont déjà disparu.

* * *

Le présent avis tient compte du droit fédéral en vigueur au 30 juin 2021.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'A' followed by a large 'D' and a long horizontal stroke.

Anne-Sylvie DUPONT

A handwritten signature in blue ink, featuring a stylized 'Z' and 'S'.

Zoé SEILER

Annexe : Tableau récapitulatif

	<u>Catégorie 1</u> Différences justifiées et admissibles	<u>Catégorie 2</u> Différences non justifiées (discriminations) mais qui ne suscitent pas en l'état de critiques particulières	<u>Catégorie 3</u> Différences non justifiées (discriminations) et critiquées
<u>VOLUME I</u>	art. 41, 116, 119 Cst. art. 40, 40a O-OPers art. 53a LEI art. 3, 17 LAsi art. 3, 15 LEg art. 5, 21 LHand art. 5 Org DFI art. 7 Org DFJP art. 5 OPers	art. 59, 61 Cst.	art. 41a LPers RPEC RP-EPF 1 RP-EPF 2
<u>VOLUME II</u>	art. 7 Loi sur la stérilisation art. 324a, 328a, 329b, 329f, 329g, 336c CO	art. 109, 252, 255-263, 270a, 295, 298a, 298c CC art. 9c OEC art. 81, 83 LDIP (catégorie 1 selon l'interprétation possible de ces règles)	
<u>VOLUME III</u>	art. 80, 116, 118-120, 124, 260 ^{bis} , 264a, 264e, 377, 387 CP		art. 190 CP art. 109, 112a, 154 CPM

	Convention d'Istanbul Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique		
<u>VOLUME IV</u>	art. 2, 8, 9 Ordonnance COVID-19 sports d'équipe, art. 8 O LERI DEFR		
<u>VOLUME V</u>	art. 38 OAdma art. 11 OPoA	art. 2, 3, 8 LAAM art. 3 RSA art. 11, 42, 87 OMi art. 29, 33 LPCCi art. 5 OPCi	
<u>VOLUME VI</u>		LTEO et OTEO	
<u>VOLUME VII</u>	Art. 34-36 OSAv		
<u>VOLUME VIII</u>	art. 4 (s'agissant du don d'embryons et de la maternité de substitution), 29-31 LPMA art. 37, 39, 69 Loi sur la transplantation art. 26, 27, 39 LRH art. 44, 45 ORH art. 3, 24 LRCS art. 21 OPBio art. 13 LPE art. 53, 57, 58, 142 ORaP	art. 4 LPMA (s'agissant du don d'ovules) art. 15 LSC art. 23-24a, f dispositions finales 10 ^{ème} révision LAVS art. 46 RAVS art. 29, 32 LAA	art. 3-5, 21, 39, 40, c et d dispositions finales 10 ^{ème} révision LAVS art. 6 ^{quater} , c dispositions finales RAVS art. 13a OAF art. 2 LAI art. 45 OPC-AVS/AI art. 13, 14, 16, 24, 95, b, c, e dispositions transitoires 03.10.2003 LPP art. 62a-62c OPP 2 disposition finale OPP 3

	art. 6 OPTP art. 22a OBNP art. 12 Loi COVID-19 art. 35-35b, 59 LTr art. 13, 43, 60-66 OLT 1 Ordonnance sur la protection de la maternité art. 34, 171 OLT 3 art. 2 LDet art. 16 Ordonnance sur la sécurité des travailleurs en milieu hyperbare art. 11, 14a OPTM art. 29, 30 LAMal art. 33, 96, 104 OAMal art. 5 Ordonnance sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie art. 13 ss OPAS art. 19 LAFam art. 10, 16a OAFam art. 13, 14 LACI art. 13 OACI art. 1 Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse art. 1 Ordonnance sur les centres de consultation en matière de grossesse		
--	---	--	--

	art. 16b-16m LAPG art. 4, 5, 24-35 RAPG art. 10 LFA		
<u>VOLUME IX</u>	art. 3 OPPh art. 2 Loi sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME		

