

QUID?

Fribourg Law Review

ARTICLES

L'allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination salariale : facilitation effective ou vecteur de complexité ?

Pauline Venti

La médiation préalable à l'arbitrage ou à l'action judiciaire : l'heure de (ré)concilier les deux régimes

Ludivine Jordan

Gleichwertigkeit geschlechtsspezifischer Berufsbilder und diskriminierungsfreie Arbeitsbewertung

Christina Schuhmacher

L'imposition à la source des personnes domiciliées ou en séjour en Suisse face à l'égalité de traitement

Ina Spiess

La dimension religieuse des droits humains : aperçu d'une étude

Hardouin Amsler Denogent

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Binderiya Gan-Ayush

Associate bei Niederer Kraft Frey



Editors	Luis A. Maiorini Emmanuel Chouchena Jean Fiorellino Nadia Masson Ange Moka Fodjo Irina Müller Nicole Schmid
Faculty Advisors	Prof. Isabelle Chabloz Prof. Thomas Probst
Honorary Members	Prof. Benoît Chappuis Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens
Sponsors	AGEF Fondation pour le droit suisse de la circulation routière Helmuth M. Merlin Stiftung Institut pour le droit suisse et international de la construction Law Faculty of the University of Fribourg Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung
Contact	Quid? Fribourg Law Review Case postale 51, Miséricorde, Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg https://student.unifr.ch/quid
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Ange Moka Fodjo Irina Müller

EDITORIAL	4
ARTICLES	
<hr/>	
L'allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination salariale : facilitation effective ou vecteur de complexité ?	6
<i>Pauline Venti</i>	
La médiation préalable à l'arbitrage ou à l'action judiciaire : l'heure de (ré) concilier les deux régimes	10
<i>Ludivine Jordan</i>	
Gleichwertigkeit geschlechtsspezifischer Berufsbilder und diskriminierungs- freie Arbeitsbewertung	14
<i>Christina Schuhmacher</i>	
L'imposition à la source des personnes domiciliées ou en séjour en Suisse face à l'égalité de traitement	18
<i>Ina Spiess</i>	
La dimension religieuse des droits humains : aperçu d'une étude	23
<i>Hardouin Amsler Denogent</i>	
CAREER SPOTLIGHT	29
<hr/>	
Interview mit Binderiya Gan-Ayush	
<i>Associate bei Niederer Kraft Frey</i>	
LEADING CASES	37
<hr/>	

Chères lectrices, chers lecteurs,

Nous avons non seulement le plaisir, mais également la fierté de vous présenter la 19^{ème} édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Avec le soutien des professeurs, nous tâchons chaque semestre de mettre en lumière les contributions estudiantines de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, et de sensibiliser les futurs professionnels du droit à un ensemble de thématiques d'actualité. Nous espérons ainsi vivement que l'interview et les articles de la présente édition retiendront toute votre attention et susciteront également votre curiosité.

Le présent numéro de QUID? propose diverses contributions à la fois instructives et actuelles. Tout d'abord, PAULINE VENTI questionne l'efficacité réelle de l'allégement de la preuve en cas de discrimination salariale. L'auteure présente notamment une analyse critique de l'application de l'art. 6 LEg par les tribunaux. Dans une contribution traitant également de droit procédural, LUDIVINE JORDAN propose de concilier le régime de la médiation préalable à l'arbitrage avec celui de la médiation préalable à l'action judiciaire. L'auteure soutient ainsi l'instauration d'une obligation de la tentative de médiation, mais nuance toutefois l'obligation de participation à une telle procédure. Ensuite, CHRISTINA SCHUHMACHER se penche sur les critères d'évaluation du travail de valeur égale. En effet, elle décrit cette problématique actuelle et défend la mise en place d'une méthodologie transparente pour s'assurer que de telles évaluations ne soient pas discriminatoires. Par la suite, INA SPIESS examine si le régime de l'imposition à la source des individus domiciliés ou en séjour en Suisse est conforme avec l'égalité de traitement. Son article y détaille notamment le système de taxation ordinaire ultérieure, introduit par la révision de 2021. Finalement, HARDOUIN AMSLER DENOGENT présente un aperçu de la dimension religieuse des droits humains. Sa contribution retrace en particulier la relation entre les droits humains et les notions de transcendance et d'universalité.

Au début du mois de mars, des membres du Comité éditorial de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ont eu l'opportunité de s'entretenir avec M^e Binderiya Gan-Ayush, associée au sein de l'étude Niederer Kraft Frey. Ancienne étudiante de l'Université de Fribourg, elle livre un témoignage à la fois authentique et inspirant sur son parcours académique et professionnel, ponctué de fascinantes anecdotes. Son entretien est publié sous la forme d'une interview captivante dans notre rubrique *Career Spotlight* : il met notamment en évidence les défis de son quotidien d'avocate ainsi que ses conseils aux étudiant·e·s qui souhaiteraient suivre un parcours similaire.

Dans la rubrique *Leading Cases*, LawInside présente un aperçu passionnant de quelques décisions récentes de jurisprudence. Par ailleurs, nous remercions sincèrement l'ensemble des collaborateurs et collaboratrices LawInside pour leur remarquable et constante collaboration.

La revue QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ne pourrait pas exister sans le soutien de nombreuses personnes et associations. Pour leur soutien indéfectible et leur disponibilité lors de l'élaboration de cette édition, nous remercions nos Faculty Advisors : la Professeure Isabelle Chabloz et tout particulièrement le Professeur Thomas Probst qui nous accompagne pour la dernière fois dans cette édition. Nos remerciements vont également à l'AGEF, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmuth M. Merlin ainsi qu'à la Fondation Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung qui, par leur confiance et leurs contributions, rendent la publication de cette revue possible.

Nous vous souhaitons une excellente lecture et attendons avec impatience vos impressions et réactions sur la 19^{ème} édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le Comité éditorial

Werte Leserinnen, werte Leser

Wir haben nicht nur das Vergnügen, sondern auch den Stolz, Ihnen die 19. Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW vorzustellen. Mit Unterstützung der Faculty Advisors versuchen wir jedes Semester, Beiträge von Studierenden der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg hervorzuheben und die angehenden Jurist:innen für eine Reihe aktueller Themen zu sensibilisieren. Wir hoffen daher sehr, dass das Interview und die Artikel dieser Ausgabe Ihre ganze Aufmerksamkeit erregen sowie auch Ihre Neugier wecken werden.

Die vorliegende Ausgabe von QUID? enthält diverse lehrreiche und aktuelle Beiträge. Zunächst stellt PAULINE VENTI die tatsächliche Wirksamkeit der Beweiserleichterung bei Lohndiskriminierungen in Frage. Die Autorin präsentiert insbesondere eine kritische Analyse der Anwendung von Art. 6 GIG durch die Gerichte. In einem ebenfalls verfahrensrechtlich gelagerten Beitrag schlägt LUDIVINE JORDAN vor, die Regelung der Mediation vor dem Schiedsverfahren mit derjenigen vor dem Gerichtsverfahren in Einklang zu bringen. Die Autorin befürwortet damit die Einführung einer Mediationspflicht, differenziert jedoch hinsichtlich der Pflicht zur Teilnahme an der Schlichtung. Danach beschäftigt sich CHRISTINA SCHUHMACHER mit den Bewertungskriterien für gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern. Sie umschreibt die Tragweite der Thematik und befürwortet die Einführung einer transparenten Methodik, um sicherzustellen, dass Arbeitsbewertungen diskriminierungsfrei sind. Anschließend prüft INA SPIESS, ob das Quellensteuersystem für Personen mit Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar ist. Im Besonderen geht die Autorin auf die nachträgliche ordentliche Veranlagung ein, welche mit der Revision von 2021 eingeführt wurde. Schliesslich schafft HARDOUIN AMSLER DENOGENT einen Überblick über die religiöse Dimension der Menschenrechte. Sein Beitrag zeichnet die Beziehung zwischen den Menschenrechten

und den Vorstellungen von Transzendenz und Universalität nach.

Anfang März hatten Mitglieder des Redaktionskomitees von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW die Gelegenheit, mit Binderiya Gan-Ayush zu sprechen, Associate der Anwaltskanzlei Niederer Kraft Frey. Als ehemalige Studentin der Universität Freiburg gibt sie ein authentisches und zugleich inspirierendes Zeugnis über ihre akademische und berufliche Laufbahn mit faszinierenden Anekdoten. Ihre Geschichte erscheint in einem spannenden Interview in unserer Rubrik *Career Spotlight*: Sie hebt insbesondere die Herausforderungen ihres Anwaltsalltags hervor und berät Studierende, die eine ähnliche Laufbahn einschlagen möchten.

In der Rubrik *Leading Cases* präsentiert LawInside einen spannenden Überblick über einige aktuelle Themen der Rechtsprechung. Darüber hinaus bedanken wir uns herzlich bei allen LawInside-Mitarbeiter:innen für ihren herausragenden Beitrag und die konstante Zusammenarbeit.

Die Zeitschrift QUID? FRIBOURG LAW REVIEW könnte ohne die Unterstützung vieler Personen und Verbände nicht existieren. Für ihre unermüdliche Unterstützung und Verfügbarkeit bei der Erstellung dieser Ausgabe danken wir unseren Faculty Advisors Prof. Isabelle Chabloz und insbesondere auch Prof. Thomas Probst., der uns bei dieser Ausgabe zum letzten Mal begleitet hat. Unser Dank gilt auch der AGEF, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Stiftung für Strassenverkehrsrecht, der Helmuth M. Merlin-Stiftung sowie der Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung, die durch ihr Vertrauen und ihre Beiträge die Veröffentlichung dieser Zeitschrift ermöglicht.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zur 19. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

L'allègement du fardeau de la preuve d'une discrimination salariale : facilitation effective ou vecteur de complexité ?

Pauline Venti (MLaw student, Université de Fribourg)

Um eine tatsächliche (Lohn) Gleichheit zwischen Männern und Frauen in der Schweiz zu erreichen, verabschiedete der Gesetzgeber 1995 das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG). Darin wird u.a. für den Fall einer Lohn-diskriminierung eine Beweislastleichterung gewährt, wobei die einfache Glaubhaftmachung genügt. In diesem Beitrag führt die Autorin eine Bestandsaufnahme der Anwendung dieser Norm durch, indem sie die Diskrepanzen zwischen dem ursprünglichen Instrument, wie es vom Gesetzgeber konzipiert wurde und seiner Anwendung durch die Gerichte hervorhebt. Anhand dieser kritischen Analyse soll die tatsächliche Wirksamkeit des Verfahrensmechanismus untersucht werden.

Ce travail a pour vocation de questionner l'efficacité réelle de ce mécanisme procédural en soulignant les dichotomies entre l'instrument initial introduit par le législateur et la manière dont ce dernier a été façonné par la pratique des tribunaux.

I. L'allègement du fardeau de la preuve incombant au travailleur

A. Le fondement et l'application d'une preuve facilitée

Dans son rapport d'analyse des inégalités entre les sexes de 1986, le Conseil fédéral avait déjà noté le manque d'efficacité de la disposition constitutionnelle promouvant l'égalité entre les sexes dans les relations de travail³. Pour expliquer cette efficacité moindre, il avait notamment mis en évidence la difficulté de l'apport de la preuve d'une discrimination en raison de son caractère souvent insidieux⁴. Un allègement du fardeau de la preuve a ainsi été introduit à l'art. 6 LEg lors de l'adoption de la loi afin de remédier au fait que les moyens de preuve de la discrimination se trouvent souvent en mains de l'employeur⁵. Cette disposition prévoit que l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable, notamment en matière de rémunération.

Ainsi, une fois la preuve de la discrimination rendue vraisemblable par l'employé, une inversion du fardeau de la preuve survient⁶. Il appartient alors à la partie adverse d'apporter la preuve que la discrimination n'a pas eu lieu ou qu'elle repose sur des motifs objectifs, le degré de preuve applicable étant alors la certitude⁷. L'art. 6 LEg donne de ce fait lieu, au sein d'une même procédure, à deux niveaux de décisions afin de tenir

Introduction

Problématique séculaire et pourtant toujours aussi actuelle, la maxime « salaire égal pour travail de valeur égale » entre femmes et hommes, inscrite depuis 1981 dans la Constitution fédérale, est un objectif qui peine à être atteint. Droit constitutionnel pourtant pourvu d'un effet horizontal direct novateur, le droit à un salaire égal consacré à l'art. 8 al. 3 Cst ne s'est que très peu vu invoqué et appliqué, raison pour laquelle le législateur a adopté la loi sur l'égalité entre femmes et hommes du 25 mars 1995 (LEg)¹. Parmi ses règles procédurales particulières, un allègement du fardeau de la preuve de la discrimination trouve ancrage à l'art. 6 LEg dans le but de faciliter l'invocation de l'interdiction de toute discrimination dans les rapports de travail de l'art. 3 al. 1 LEg².

¹ Message concernant la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1178 et 1236 (ci-après : « Message LEg »).

² F. AUBRY GIRARDIN, Égalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice, PJA 9/2005, p. 1063.

³ Rapport sur le programme législatif « Égalité des droits entre hommes et femmes » du 26 février 1986, FF 1986 I 1179 (ci-après : « Rapport programme »).

⁴ Rapport programme (n. 3), p. 1180 ; C. NYDEGGER, Gleichstellungsprozesse in der Schweiz, Zurich/Saint-Gall 2019, p. 46.

⁵ ATF 130 III 145, c. 4.2 ; Message LEg (n. 1), p. 1215.

⁶ NYDEGGER (n. 4), p. 51.

⁷ *Ibidem*.

compte des différentes exigences en matière de preuve⁸.

B. La vraisemblance comme degré de preuve

1. La notion de vraisemblance

Aux termes de l'art. 6 LEg, *lex specialis* de l'art. 8 CC, une présomption de l'existence de la discrimination naît dans le cas où elle a été rendue vraisemblable par la personne qui s'en prévaut ; charge ensuite à la partie employeuse d'apporter la preuve complète de la non-discrimination⁹.

À défaut de définition légale, la notion de vraisemblance a été façonnée par la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰. D'une manière générale, lorsque la loi n'exige que la vraisemblance, il n'est pas nécessaire d'emporter l'entière conviction du tribunal comme dans le cas d'une preuve stricte, en ce sens qu'il suffit que l'existence d'un fait apparaisse comme probable¹¹.

Pour BERGER-STEINER, un degré de certitude de 51% doit être atteint afin de considérer une discrimination comme vraisemblable¹². D'après STEIGER-SACKMANN, dont nous suivons l'avis, l'admission de la vraisemblance ne devrait pas exiger que la discrimination fondée sur le sexe soit plus probable que la non-discrimination, mais se satisferait au contraire d'un degré de certitude de 25%, afin de répondre à l'objectif du législateur¹³.

2. L'appréciation de la vraisemblance d'une discrimination salariale

Une discrimination se définit comme une différence de traitement injustifiée entre deux personnes ou deux groupes de personnes¹⁴. Elle est rendue vraisemblable lorsque les membres d'un sexe perçoivent un salaire

significativement inférieur à celui des membres de l'autre sexe, tous engagés auprès du même employeur, sans raison objective, pour un travail identique ou à tout le moins de même valeur avec un cahier des charges comparable¹⁵. Dans ce cas, il est présumé, s'il y a une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste¹⁶.

D'un point de vue quantitatif, le Tribunal fédéral a admis qu'une discrimination salariale était généralement rendue vraisemblable lorsque la différence de salaire se situait entre 15 et 25% à fonctions identiques¹⁷. Notre Haute Cour n'a ainsi pas réellement défini de seuil significatif nécessaire à l'admission de la vraisemblance d'une discrimination salariale¹⁸.

II. Analyse critique du système de l'art. 6 LEg

La discrimination n'étant rendue vraisemblable que dans 47% des cas et n'étant admise que dans 29% de ceux-ci au niveau cantonal, il existe bien des disparités entre le mécanisme procédural de l'allègement du fardeau de la preuve de discrimination tel que pensé par le législateur et l'application concrète qui en est faite¹⁹.

A. La méconnaissance de la LEg et de sa preuve allégée

L'une des problématiques majeures en lien avec la preuve facilitée de l'art. 6 LEg réside dans la faible notoriété de la LEg elle-même, tant du point de vue des avocats que des juges²⁰. Les premiers omettent parfois d'invoquer des prétentions fondées sur la LEg et restent cantonnés à celles découlant du CO²¹. Les

⁸ NYDEGGER (n. 4), p. 48 s.

⁹ TF, arrêt du 2.12.2013, 4A_473/2013, c. 3.1 ; R. WYLER, art. 6 LEg, in : G. Aubert/K. Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Genève 2011, N 8.

¹⁰ WYLER (n. 9), art. 6 LEg N 8.

¹¹ ATF 130 III 145, c. 4.2.

¹² I. BERGER-STEINER, Beweisass und Privatrecht, ZBJV 2008 p. 303.

¹³ S. STEIGER-SACKMANN, art. 6 LEg, in : C. Kaufmann/S. Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3^e éd., Bâle 2022, N 144.

¹⁴ NYDEGGER (n. 4), p. 46.

¹⁵ F. AUBRY GIRARDIN, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in : J.-P. Dunand/K. Lempen/P. Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 103 ; R. WYLER/B. HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 1115.

¹⁶ ATF 127 III 207, c. 3b ; TF, arrêt du 10.03.2022, 8C_424/2021, c. 6.2.2.

¹⁷ ATF 125 III 368, c. 4, JdT 2000 I 596.

¹⁸ AUBRY GIRARDIN (n. 15), p. 104.

¹⁹ K. LEMPEN/A. VOLODER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2015), Berne 2017, p. 22.

²⁰ AUBRY GIRARDIN (n. 15), p. 98.

²¹ Rapport relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142

seconds, eux, hésitent à l'appliquer d'office en tant que loi spéciale tel que commandé par l'art. 57 CPC en raison des particularismes procéduraux qu'elle contient et de la complexité d'application qui en découle²². AUBRY GIRARDIN relevait en 2016 que, depuis son entrée en vigueur en 1995, cette loi n'avait été citée, sans forcément être appliquée, que dans une centaine d'arrêts du Tribunal fédéral parmi les 150'000 rendus durant la même période²³.

À ceci s'ajoute que lorsque la loi est appliquée, l'art. 6 LEg est parfois omis par les juges cantonaux, comme le révèle une analyse de la jurisprudence cantonale relative à la LEg²⁴. D'après ce rapport, lequel passe en revue les 108 jugements rendus entre 2004 et 2015 donnant des indications sur l'application de l'art. 6 LEg, l'allègement du fardeau de la preuve n'a pas été accordé dans 13 cas, dont 5 en matière de discrimination salariale, qui entraînent normalement dans son champ d'application²⁵.

Il n'est en revanche nullement fait mention de tels oublis dans l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce dernier ayant allégé le fardeau de la preuve dans les cas qui le commandaient²⁶. Toutefois, la rectification par le Tribunal fédéral des erreurs commises par les instances inférieures n'est, à notre avis, pas suffisante pour assurer la protection contre les discriminations voulue par le législateur. En effet, il est peu concevable qu'une application des bases légales adéquates à un cas ne puisse être garantie qu'à condition de solliciter toutes les instances possibles en guise de filet de sécurité.

B. La problématique de l'appréciation de la vraisemblance

L'employeur ne profitant pas de cet allègement et devant ainsi s'en tenir à un degré de preuve confinant à la certitude lors de l'apport de ses moyens de preuve, l'art. 6 LEg donne lieu, au sein d'une même procédure, à deux niveaux de décisions afin de tenir compte des

différentes exigences en matière de preuve²⁷. Outre le fait que les instances cantonales ne procèdent que rarement en deux phases afin de garantir l'application de ces différents degrés de preuve, un obstacle majeur provient de la notion même de vraisemblance²⁸.

En pratique, nonobstant le dessein du législateur d'atténuer les difficultés de preuve, les tribunaux peinent à adopter une appréciation uniforme de la vraisemblance d'une discrimination et semblent parfois avoir perdu de vue la *ratio legis* de l'art. 6 LEg. Il a en effet été constaté que la vraisemblance est appréciée de manière fort différente selon les tribunaux²⁹. Sur 71 jugements rendus en première et deuxième instances dans quatre cantons différents, « [l']éventail va ' d'une certaine vraisemblance qui peut aussi être inférieure à 50 pour cent ' jusqu'à ' un degré élevé de vraisemblance ' et ' très vraisemblable ' en passant par ' la discrimination plus vraisemblable que la non-discrimination ' »³⁰. Le Tribunal fédéral a pourtant déjà clarifié cette notion en arrêtant que « [d]ans la mesure où le juge considère que la discrimination est prouvée, ou qu'elle est plus vraisemblable que la non-discrimination ou qu'elle est plutôt invraisemblable mais pas exclue, il doit examiner si la partie adverse a rapporté la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci [...] »³¹.

À notre avis, la vraisemblance devrait être admise si la discrimination n'apparaît pas invraisemblable ou n'est pas uniquement alléguée sans autre indice. Exiger un degré de preuve plus élevé irait à l'encontre de la volonté du législateur et ne compenserait finalement pas la difficulté de preuve propre aux discriminations sexistes.

C. La limite tenue entre discrimination et différence de traitement justifiée

1. Les moyens de défense de l'employeur

Une fois la différence de traitement rendue vraisemblable et la discrimination sexiste ainsi présumée, charge à la partie employeuse de prouver

du 15 février 2006, FF 2006 3082 (ci-après : « Rapport efficacité ») ; LEMPEN/VOLODER (n. 19), p. 28.

²² *Ibidem*.

²³ AUBRY GIRARDIN (n. 15), p. 96.

²⁴ LEMPEN/VOLODER (n. 19), p. 22.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ K. LEMPEN/A. VOLODER, Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004-2019), Berne 2021, p. 27.

²⁷ NYDEGGER (n. 4), p. 48 s.

²⁸ AUBRY GIRARDIN (n. 15), p. 102 ; LEMPEN/VOLODER (n. 19), p. 22.

²⁹ Rapport efficacité (n. 21), p. 3076.

³⁰ H. STUTZ ET AL., Évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Berne 2005, p. 98.

³¹ TF, arrêt du 04.07.2000, 4C.463/1999, c. 2a.

qu'il n'en est rien³². Cette dernière, ne bénéficiant pas de la preuve facilitée de l'art. 6 LEg, doit alors amener la preuve stricte, prescrite par le principe général de l'art. 8 CC, que la discrimination est inexistante (contre-preuve) ou qu'elle repose sur des motifs objectifs (preuve du contraire), de manière à emporter la pleine conviction du tribunal³³.

Bien qu'il n'en existe pas une liste exhaustive, WYLER a compté plus d'une vingtaine de motifs objectifs justifiant une différence de traitement, allant de critères objectivement vérifiables tels que l'ancienneté ou le plurilinguisme, à d'autres, plus subjectifs, comme la marge de négociation individuelle³⁴. Ce large spectre de justifications complique encore, à notre avis, la preuve d'une discrimination ; cela d'autant plus qu'il a été observé que les tribunaux de première instance étaient souvent enclins à admettre toute justification paraissant plausible, sans vérifier qu'elle soit effectivement déterminante dans le cas d'espèce³⁵.

2. Le cas particulier de la marge de négociation individuelle

La marge de négociation individuelle comme motif justificatif d'une inégalité de traitement met en lumière la fine limite entre liberté contractuelle et discrimination sexiste. Pour rappel, le Tribunal fédéral admet généralement qu'un écart salarial de 15 à 25% pour un travail de valeur égale permet de rendre la discrimination vraisemblable. À cet égard, WYLER et HEINZER avancent qu'une différence de salaire oscillant entre 5 et 10% se justifierait par la latitude laissée à la négociation, la discrimination ne devant dans tous les cas pas être présumée en deçà de la limite de 15% posée par le Tribunal fédéral³⁶.

Toutefois, placer le seuil de l'écart salarial acceptable à un tel pourcentage équivaut, à notre sens, à laisser une place disproportionnée à la liberté contractuelle au vu de la réalité sociale et des chiffres en matière d'égalité entre les sexes. En effet, la différence de rémunération

s'élève, dans le secteur privé, à 18,9%, dont une part de 57% est justifiée par des facteurs objectifs tels que l'ancienneté, le niveau professionnel ou la formation, mais dont l'autre part de 43% reste sans explication³⁷. Cette analyse révèle alors une différence de salaire non expliquée de 8,1% à qualifications égales³⁸.

Ainsi, au vu de cette part d'ombre qui persiste et qui comprend certainement la marge de négociation individuelle, admettre que cette variable puisse atteindre 10% tel que proposé par WYLER et HEINZER est à notre avis insatisfaisant. Outre son grand potentiel de subjectivité, cela signifierait que seuls les écarts salariaux crasses supérieurs à 10% seraient réellement problématiques. Or, l'écart salarial entre les sexes ne s'amointrit que doucement sans n'avoir jamais été supprimé malgré l'adoption de la LEg il y a presque 30 ans. La multiplicité d'écarts trop faibles pour la LEg rend peut-être ainsi les inégalités salariales incompressibles.

Conclusion

L'allègement du fardeau de la preuve en matière de discrimination salariale a fait naître autant de problématiques qu'il en a réglé. En théorie, le mécanisme de l'art. 6 LEg se veut simple, tant pour les juges que pour les demandeurs : présumer l'existence d'une discrimination si son allégation par le travailleur ne semble pas dénuée de tout fondement, pour ensuite éclaircir la situation à la lumière des éléments de preuve détenus par l'employeur. En pratique, toutefois, la notion juridique indéterminée qu'est la vraisemblance ainsi que la mise en tension de la liberté contractuelle créée par l'art. 6 LEg ont fait émerger de nouvelles incertitudes.

À notre sens, la pratique actuelle est insatisfaisante, en ce sens qu'elle peine à prendre en compte la particularité des discriminations sexistes en matière de rémunération et à embrasser réellement le mécanisme de l'art. 6 LEg, tel que conçu par le législateur.

Pour conclure, la pratique hésitante des tribunaux n'a pas encore permis d'atteindre la pleine efficacité de la discrimination salariale qui, pour l'instant, est plus vecteur de complexité que facilitation effective.

³² F. TREZZINI, *Commentario pratico al contratto di lavoro*, Lugano 2020, art. 322 CO N 18.

³³ ATF 130 III 145, c. 5.2 ; AUBRY GIRARDIN (n. 2), p. 1068.

³⁴ TREZZINI (n. 32), art. 322 CO N 15.

³⁵ Rapport efficacité (n. 21), p. 3076.

³⁶ WYLER/HEINZER (n. 15), p. 1135.

³⁷ B. KAISER / T. MÖHR, *Analyse des différences salariales entre femmes et hommes sur la base de l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) 2016*, Neuchâtel 2019, p. 7.

³⁸ *Ibidem*.

La médiation préalable à l'arbitrage ou à l'action judiciaire : l'heure de (ré)concilier les deux régimes

Ludivine Jordan (MLaw student et CAS+ Médiation, Université de Fribourg)

Viele Verträge sehen eine obligatorische vorherige Schlichtung vor, bevor ein Gericht angerufen wird. Wenn diese Vertragsklausel eine Mediation vor einem Schiedsverfahren oder vor einem Verfahren vor einem öffentlichen Gericht vorsieht, hat dies eine völlig andere Tragweite: Ersteres ist obligatorisch, Letzteres fakultativ. Die Autorin schlägt vor, diese Regelung zu harmonisieren, indem eine Pflicht zum Schlichtungsversuch vorgesehen wird. Dies würde bedeuten, dass Parteien, deren Vertrag eine obligatorische Mediation vorsieht, verpflichtet wären, an einer Mediationsitzung teilzunehmen und zwar sowohl vor einem Schiedsverfahren als auch vor einem Verfahren vor öffentlichen Gerichten.

Introduction

« En cas de litige(s) émanant du présent contrat, les parties s'engagent à participer à une médiation avant de recourir aux tribunaux. ».

Ce type de clause, dont le contenu se retrouve dans de nombreux contrats en pratique, soulève de grandes questions. Cette clause implique-t-elle réellement une obligation de médiation ? Si oui, que se passe-t-il lorsqu'une partie engage une procédure sans remplir son obligation de médiation préalable ? Peut-on réellement « forcer à la médiation » une partie qui s'y est engagée contractuellement ? Si oui sur le principe, que signifie concrètement « forcer à la médiation » ? Nous verrons que le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine distinguent deux régimes : celui de la médiation préalable à un tribunal arbitral, et celle préalable à un tribunal public. Nous sommes de l'avis que cette différence de traitement n'a pas lieu d'être et aspirons à encourager à une harmonisation de ces régimes.

La présente contribution s'articule en trois parties. Dans un premier temps, nous discuterons des conséquences des clauses de médiation préalable à l'arbitrage au vu de la doctrine et de la jurisprudence

actuelle (*infra* I). Dans un deuxième temps, nous étudierons les clauses de médiation préalable aux tribunaux publics sous un angle similaire et y préciseront les différences de régime (*infra* II). Dans un troisième et dernier temps, nous émettrons une critique de la différence de régimes et proposerons une mise en œuvre uniforme du caractère obligatoire de ces clauses (*infra* III).

I. La médiation préalable à l'arbitrage : une suspension de la procédure arbitrale

La première question que se pose un tribunal lorsqu'il se trouve face à une clause de médiation préalable à un arbitrage est celle de son caractère obligatoire ou facultatif, avec pour conséquence d'éventuelles sanctions en cas de non-respect¹. À ce propos, la solution se trouve au cas par cas, et repose principalement sur l'interprétation de la volonté des parties². Si les parties avaient la commune et réelle intention de rendre obligatoire la résolution amiable avant l'arbitrage, il appartiendrait normalement au défendeur de soulever l'exception d'incompétence et le tribunal arbitral devrait se prononcer à ce sujet³.

Si l'on considère que le caractère obligatoire de la clause est donné, il convient de se poser l'importante question des sanctions en cas de non-respect. Dans un arrêt de 2007, le Tribunal fédéral résume la problématique comme suit : « Celui qui viole une convention de médiation ne s'expose-t-il qu'à l'obligation de payer d'éventuels dommages-intérêts à son adverse partie ou court-il le risque que sa demande soit déclarée

¹ TF, arrêt du 06.06.2007, 4A_18/2007, c. 4.3.2 ; voir également : C. BOOG, How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses - Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007, Bulletin ASA 01/2008, p. 105.

² TF, arrêt du 06.06.2007, 4A_18/2007, c. 4.3.2.

³ C. OETIKER/C. WALZ, Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland, Bulletin ASA 04/2017, p. 878 ; sur l'exception d'incompétence : G. KAUFMANN-KOHLER/A. RIGOZZI, International Arbitration - Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015, N 5.10.

irrecevable, voire rejetée (en l'état) par l'arbitre ? »⁴. C'est finalement dans un arrêt de 2016 que notre Haute Cour s'est prononcée directement sur le sujet⁵. Elle indique en premier lieu que la sanction de dommages et intérêts n'est pas une solution satisfaisante⁶. En effet, la sanction, intervenant trop tard, viderait de son sens l'obligation de médiation⁷. De plus, il serait ainsi difficile, voire impossible, de quantifier le dommage subi⁸. Le Tribunal fédéral n'est pas non plus favorable à l'irrecevabilité ou au rejet de la demande, car cela obligerait la reconstitution d'un tribunal arbitral et poserait d'éventuels problèmes de récusation⁹. Finalement, il conclut que la meilleure solution est la suspension de l'arbitrage accompagnée de la fixation d'un délai durant lequel les parties tenteront la procédure amiable¹⁰. En ce sens, il semble que le Tribunal fédéral considère en matière d'arbitrage qu'il est juste de « forcer » la médiation mais ne s'étend pas pour autant sur la mise en pratique concrète de celle-ci. Selon l'opinion défendue ici, l'obligation de médiation ne peut se limiter qu'à une première rencontre en personne entre les parties et le médiateur (*infra* III).

Ainsi, dans l'éventualité où les parties veulent poursuivre la procédure et obtenir une sentence du tribunal arbitral, ce dernier devra suspendre la procédure tant qu'une réelle tentative de médiation n'aura pas eu lieu. Si les deux parties souhaitent renoncer à la médiation, elles ont toujours la possibilité de modifier leur accord initial en supprimant cette obligation. Cependant, dès lors que la clause possède un caractère obligatoire, une partie seule ne peut pas unilatéralement renoncer à la médiation sans que cela n'entraîne de conséquences, contrairement à ce qui est avancé par certains auteurs

⁴ TF, arrêt du 06.06.2007, 4A_18/2007, c. 2.4.4.1.

⁵ ATF 142 III 296 c. 2.4.4.1 (non publié au JdT) ; voir également : OETIKER/WALZ (n. 3), p. 879 s.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ATF 142 III 296, c. 2.4.4.1 (non publié au JdT) ; voir également : P. PICHONNAZ, Contractual Issues Arising from the Arbitration Agreement and the receptum arbitri, in : C. Müller/S. Besson/A. Rigozzi (édit.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2016*, Genève/Zurich 2016, p. 57.

⁸ ATF 142 III 296, c. 2.4.4.1 (non publié au JdT) ; voir également : PICHONNAZ, p. 57.

⁹ ATF 142 III 296, c. 2.4.4.1 (non publié au JdT).

¹⁰ *Ibidem* ; voir également : TF, arrêt du 16.05.2011, 4A_46/2011, c. 3.4 ; B. DUTOIT/A. BONOMI, art. 190 LDIP in : B. Dutoit/A. Bonomi (édit.), *Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Bâle 2022, N 37 ; PICHONNAZ (n. 7), p. 55.

concernant la médiation en procédure judiciaire (*infra* II).

II. La médiation préalable à l'action judiciaire : une différence de régime basée sur le caractère volontaire

Dans le système judiciaire civil, la médiation est prévue aux articles 213 à 218 CPC. Elle peut remplacer la procédure de conciliation obligatoire si toutes les parties en font la demande (art. 213 CPC). Le Message du CPC relève que les parties peuvent en tout temps interrompre la médiation, en informant l'autorité de conciliation¹¹. Cela est, toujours selon le Message, un corollaire de l'aspect volontaire de la médiation¹². Certains auteurs vont plus loin et indiquent qu'une partie peut à tout moment déclarer ne plus être liée par une clause de médiation préalable, rendant la clause facultative par nature¹³. C'est également le point de vue qui a été repris par le Tribunal fédéral dans un arrêt récent, où il réfute la portée procédurale de la clause de médiation dans une affaire civile¹⁴. Il est d'avis que les parties doivent, pour remplacer la conciliation par une médiation, déposer une requête commune et être pourvu d'un consentement mutuel existant « au moment » de son introduction¹⁵.

Ainsi, même si les parties avaient l'intention de s'obliger à une médiation préalable à un recours aux tribunaux publics, le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine défendent que chacune des parties peut renoncer unilatéralement à cet engagement. Autrement dit, une même clause de médiation préalable à un tribunal arbitral ou à un tribunal public aurait une portée drastiquement opposée, l'une possiblement obligatoire, l'autre forcément facultative (sous réserve d'une clause pénale).

¹¹ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 (ci-après, Message CPC), p. 6944 s.

¹² *Ibidem*.

¹³ F. BOHNET, art. 213, in : F. Bohnet et al. (édit.), *Commentaire romand du Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019 N 8 ; P. RUGGLE, art. 213, in : K. Spühler/L. Tenchio/D. Infanger (édit.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Zurich/Coire 2017, N 7.

¹⁴ TF, arrêt du 05.05.2020, 4A_132/2019, c. 3.3.2.

¹⁵ *Idem*, c. 3.3.1 et 3.3.2.

III. Une proposition uniforme : obliger une première rencontre avec le médiateur

Est-il vraiment correct d'affirmer que la clause de médiation préalable à la saisie des tribunaux publics ne peut avoir qu'une portée facultative ? Si le système judiciaire dénie le caractère obligatoire d'une clause de médiation préalable, ne doit-on pas arriver à la même conclusion avec les clauses préalable à l'arbitrage ? Inversement, si les clauses préalables à l'arbitrage sont admises sur leur principe, ne devrait-on pas les accepter également devant les tribunaux publics ?

Selon nous, l'opinion en vertu de laquelle les clauses de médiation sont « sans engagement » dans le système judiciaire trouve sa source dans une conception maladroite de la médiation comme un processus entièrement consensuel et facultatif. Ce propos doit être nuancé. Bien que la progression d'une médiation soit dépendante d'une participation active des parties, celles-ci sont souvent « forcées » de venir à la première séance. En effet, de nombreuses médiations sont mandatées par une personne externe, par exemple par un employeur lors d'un conflit d'équipe, dont les membres sont ainsi invités à se présenter à la séance. Rares sont d'ailleurs les participations volontaires et enthousiastes. Malgré tout, ce processus aboutit à de très hauts taux d'accords trouvés, et ce même lorsque les parties ne souhaitaient pas venir¹⁶. Il convient ainsi, selon nous, de **nuancer l'obligation de tenter la médiation et l'obligation de participer à la médiation**. Il n'est effectivement pas conforme au caractère volontaire du processus de forcer une personne à participer à la médiation ou à se confier ; chacun étant libre de se taire ou de quitter la pièce à tout moment. Cependant, il est possible de contraindre les parties à venir à une première séance, laissant ainsi une réelle chance à la magie de la médiation d'opérer.

Cette interprétation est conforme à la loi et au Message du CPC¹⁷, en ce sens que les parties peuvent effectivement interrompre en tout temps la médiation, mais seulement à partir du moment où cette dernière débute. C'est également ce qu'indique l'article 7 alinéa 2 des lignes directrices de la Fédération Suisse des Médiateurs, selon lequel des clauses contractuelles

¹⁶ Fédération Suisse des Associations de Médiation, Enquête Médiation Suisse 2014, Jona 2014 (ci-après, Enquête FSM), p. 8.

¹⁷ Message CPC (n. 11), p. 6944 s.

peuvent restreindre le caractère volontaire de la médiation car elles ne concernent que sa mise en œuvre¹⁸. Nous rejoignons ainsi l'opinion d'une partie de la doctrine selon laquelle la jurisprudence du Tribunal fédéral prévoyant la suspension de la procédure arbitrale en cas de clause de médiation obligatoire non exécutée (*supra* II) doit être appliquée aux clauses de médiation préalable à la saisie des tribunaux publics¹⁹. Nous précisons que la mise en œuvre doit, selon nous, se traduire par au moins une rencontre entre le médiateur et les parties. Cette opinion est conforme à l'avis du Tribunal fédéral qui indique dans son arrêt de 2016 en arbitrage qu'une « tentative de médiation » nécessite au moins une rencontre en personne avec le médiateur²⁰.

Nous espérons ainsi que notre Haute Cour reviendra sur sa décision de 2019 et retiendra, conformément à l'avis d'une partie de la doctrine et au Message du CPC, qu'une clause de médiation préalable à la saisie d'un tribunal public peut être obligatoire. Si tel est le cas, il en découlerait une suspension de la procédure tant que les parties n'ont pas effectué au moins une rencontre avec le médiateur.

Conclusion

Dans cette contribution, nous avons abordé les différences entre les conséquences des clauses de médiation préalable à la saisie des tribunaux arbitraux (*supra* I) et celles des médiations antérieures à la saisie des tribunaux publics (*supra* II) et avons plaidé pour une uniformisation des deux régimes (*supra* III). Avec un taux constant autour des 70% d'accords trouvés, la médiation constitue incontestablement un réel bénéfice pour les parties²¹. De plus, cette méthode offre

¹⁸ Fédération Suisse des Associations de Médiation, Lignes directrices déontologiques pour médiatrices et médiateurs FSM, Berne 2022, p. « https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/01/taetikeit/fr/FSM_Ethique_professionnelle_Lignes_directrices.pdf » (consulté le 04.12.2022).

¹⁹ F. BASTONS BULLETTI, La clause de médiation préalable dans une procédure civile : un engagement, mais pas de sanction?, Newsletter CPC Online 2020-N26, N 9 ; M. BEYELER/M. HEINZMANN, art. 213, in : I. Chabloz/P. Dietschy-Martinet/M. Heinzmann (édit.), Petit Commentaire - Code de procédure civile, Bâle 2021, N 17 s. ; M. BEYELER, La médiation selon les art. 213 à 218 CPC, PCEF 48/2019 p. 292 ss, N 75.

²⁰ ATF 142 III 296, c. 2.4.2 (non publié au JdT).

²¹ Enquête FSM (n. 16), p. 8.

une possibilité de désengorger les tribunaux de leur surcharge de travail liée, entre autres, à la croissance de la population²².

Permettre aux parties de s'obliger à l'avance à effectuer au moins une rencontre avec le médiateur ne peut donc que bénéficier à celles-ci, ainsi qu'aux tribunaux. Lors de l'introduction du CPC en 2011, le législateur a émis un réel gage de confiance aux méthodes alternatives de résolutions de conflits en faisant de la conciliation un préalable par défaut obligatoire à l'action en justice. Selon nous, l'heure est venue d'offrir une opportunité similaire à la médiation qui a aujourd'hui fait ses preuves et mérite de quitter le banc de touche au profit d'un statut de titulaire²³.

²² Message CPC (n. 11), p. 6943 ; Conseil de la Magistrature du Canton de Fribourg, Vision pour le Pouvoir Judiciaire - Plan Directeur 2017-2021, p. 11.

²³ Les personnes intéressées à lire le travail complet sur les clauses Med-Arb peuvent s'adresser directement à l'auteure, à l'adresse suivante : ludivineneigejordan@gmail.com.

Gleichwertigkeit geschlechtsspezifischer Berufsbilder und diskriminierungsfreie Arbeitsbewertung

Christina Schuhmacher (BLaw student, Universität Freiburg)

La difficulté de l'évaluation du travail de valeur égale réside dans son caractère subjectif. Il est donc nécessaire de mettre en place une méthodologie transparente afin de vérifier que les évaluations ne sont pas discriminatoires envers un sexe. Dans cet article, l'auteure introduit la pratique actuelle et les problèmes prédominants, puis explique les exigences et les conditions nécessaires pour une évaluation non discriminatoire du travail.

Einleitung

Die Lohndifferenz zwischen den Geschlechtern von hierzulande durchschnittlich 19% ist ein klarer Indikator dafür, dass Frauen und insb. sogenannte Frauenberufe von Diskriminierung betroffen sind.¹ Der Lohngleichheitssatz «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit» des Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie dessen Konkretisierung auf Gesetzesstufe durch Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG, will «Frauenarbeit» aufwerten und dadurch der diskriminierenden Entlohnung von Frauen entgegenwirken.² Doch was genau heisst gleichwertig? Wie kann die Wertigkeit einer Arbeit festgestellt werden? Welche Faktoren haben einen Einfluss auf den Arbeitswert und in welchem Masse? Ist die körperliche Anstrengung einer Reinigungsfachkraft gleichzusetzen mit der eines Klempners? Dieser Artikel will darlegen, wie bei der Beantwortung dieser Fragen vorzugehen ist.

¹ BFS, Durchschnittslöhne und Lohnunterschiede 2018, erklärter und unerklärter Anteil, öffentlicher Sektor, Grafik vom 22.02.2021 <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten.assetdetail.15864664.html>> (besucht am 29. August 2022).

² Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, BBl 1993 1248 ff., 1267. (zit. Botschaft GlG).

I. Bewertung gleichwertiger Arbeit nach Lehre und Rechtsprechung

A. Wertemassstab

Mittels eines einheitlichen Massstabs sollen unterschiedliche Tätigkeiten miteinander verglichen werden können. Das BGer räumt den Arbeitgebenden einen «erhebliche[n] Gestaltungsspielraum»³ für die Beurteilung von Arbeitstätigkeiten ein. Leitplanken bilden lediglich die Willkür und der nicht gerechtfertigte Rückgriff auf geschlechtsspezifische Bewertungskriterien.⁴ Unter Letzterem versteht man die Verwendung von Kriterien, die sich im Hinblick auf die Erfüllbarkeit der Anforderung übermässig zum Vorteil bzw. Nachteil nur eines Geschlechts auswirken.⁵ Dies ist z.B. der Fall, wenn bei der Arbeitsbewertung auf biologische Faktoren wie Körpergrösse oder Kraft abgestellt wird. Ungerechtfertigte geschlechtsspezifische Bewertungskriterien bestehen aber auch dort, wo nach der allgemeinen Lebenserfahrung oder statistisch nachgewiesenen Ungleichheiten in der Gesellschaft bestehen. Ein Beispiel hierfür ist das Dienstalter, welches bei Frauen durchschnittlich niedriger ist.⁶ Die Verwendung von Kriterien, die aufgrund gesellschaftlicher Rollenbilder eher dem einen oder dem anderen Geschlecht zugeschrieben werden, gilt dagegen nicht als geschlechterdiskriminierend. Gemäss BGer würde dies dem Gleichstellungsgebot geradezu widersprechen. Gemeint ist damit, dass die unbewiesene Vermutung, bestimmte Eigenschaften

³ BGer 8C_179/2020 vom 12. November 2020 E 3.2.

⁴ BGer 8C_179/2020 vom 12. November 2020 E 3.5 ; M. BIGLER-EGGENBERGER/R. KÄGI-DIENER, Kommentar zu Art. 8 Abs. 3 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, N 128; H. SEILER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, in: B. Schindler/G. Biaggini/C. Auer/M. Russli/S. Haag/D. Thurnherr (Hrsg.), SCSZ 2003, S. 113 ff., S. 118 f.; S. STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, S. 1352 ff., S. 1358.

⁵ BGE 124 II 409, E 6 S. 425; BGE 125 I 71, E 2 S. 78 ff.

⁶ BGE 124 II 409, E 9d S. 428.

seien geschlechtsspezifisch, keine Diskriminierung begründet.⁷

Nach der Rechtsprechung besteht ausserdem kein verfassungsmässiger Anspruch auf eine bestimmte Geschlechterverteilung in den mit der Arbeitsbewertung einer Organisation betrauten Gremien.⁸ SEILER ist hier richtigerweise entgegengesetzter Meinung. Wo ein erheblicher Ermessensspielraum und damit ein hohes Mass an Subjektivität eingeräumt wird, ist auch von wesentlicher Bedeutung, wer die Bewertung vornimmt.⁹

B. Methodik

Der herangezogene Wertemassstab schlägt sich in einer Methodik der Arbeitsbewertung nieder. Entsprechend liegt auch die Wahl der Methode im Ermessen der Arbeitgebenden und wird lediglich durch das Willkürverbot und das Gleichstellungsgebot beschränkt.

Eine Arbeitsbewertung ist ein Verfahren zur Qualifizierung der Arbeitsschwierigkeit, das im Wesentlichen von den Anforderungen an eine Funktion und den mit der Funktionsausübung verbundenen Belastungen bestimmt wird.¹⁰ Die zur Beurteilung herangezogenen Kriterien müssen den Wert einer Arbeit objektiv beeinflussen.¹¹ Die Rechtsprechung benennt folgende Faktoren regelmässig als objektiv: Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung und mit der Tätigkeit verbundene Risiken.¹² Diese Kriterien können jedoch keinesfalls als absolut objektiv und bei jeder Sachlage relevant gelten. Vielmehr muss die Relevanz der gewählten Kriterien stets im Einzelfall geprüft werden.¹³

⁷ BGE 125 I 71, E 2 S. 78 ff.

⁸ BGE 125 I 71, E 3c S. 81.

⁹ SEILER (Fn. 4), S. 154.

¹⁰ C. KAUFMANN, Kommentar zu Art. 3 GlG, in: C. Kaufmann/S. Steiger-Sack (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Auflage, Basel 2022, N 119; F. HENNEBERGER/K. OBERHOLZER/S. ZAJITSCHKEK, Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung, ein Beitrag zur Gleichstellungsdiskussion in der Schweiz, Basel 1997, S. 98.

¹¹ BGer 8C_420/2019 vom 20. Februar 2020, E 3.3; G. AUBRY, Discrimination salariale, in: G. Aubert/K. Lempen, Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genf 2011, N 33 ff.

¹² BGer 8C_420/2019 vom 20. Februar 2020, E 3.3.

¹³ KAUFMANN (Fn. 10), N 30; SEILER (Fn. 4), S. 129.

II. Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis

A. Geschlechtsneutrale Faktoren und Rechtfertigungsgründe

Regelmässig zitiert das BGer «objektive Kriterien» der Arbeitsbewertung als geschlechtsneutral, doch können sich auch diese geschlechterdiskriminierend auswirken. Oft versäumt das BGer, die von den Arbeitgebenden vorgebrachten Kriterien darauf zu überprüfen, ob sie den Wert der Arbeit tatsächlich beeinflussen und ob Vorurteilen in der Beurteilung der Arbeitswertigkeit angemessen entgegengewirkt wurde.¹⁴ Dagegen wäre eine Arbeitsbewertung, die lediglich Kriterien berücksichtigt, die den Funktionswert der Arbeit betreffen, per se geschlechtsneutral und bedürfte keiner Rechtfertigung.

B. Arbeitswertfaktoren und Lohnfaktoren

Das BGer hat es bisher unterlassen, klar zwischen Faktoren, die den Funktionswert einer Arbeit bestimmen und solchen, die sich im Lohn niederschlagen, zu unterscheiden. Während erstere beispielsweise durch Ausbildung, Qualifikation, konkreten Aufgabenbereich und mit diesem verbundenen Risiken bestimmt werden, sind letztere durch Persönlichkeitsmerkmale des Angestellten, wie etwa Erfahrung, Leistungen und Dienstalter beeinflusst.¹⁵ Bei der Arbeitsbewertung geht es jedoch zunächst um die Beurteilung der Arbeitsfunktion unabhängig von der Person, die diese tatsächlich ausführt. Die Persönlichkeitsmerkmale von Arbeitnehmenden wären dagegen im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zu prüfen.¹⁶

C. Tat- und Rechtsfrage

Eine umfängliche Sachverhaltsfeststellung ist von wesentlicher Bedeutung, um Aussagen über eine allfällige Gleichheit bzw. Ungleichheit von Tätigkeiten vornehmen zu können. Wenn geschlechtsdiskriminierende Kriterien im Rahmen des Sachverhalts jedoch als Tatfragen und nicht als vom BGer frei überprüfbare Rechtsfragen eingestuft werden,

¹⁴ STAUBER-MOSER (Fn. 4), S. 1358.

¹⁵ HENNEBERGER/OBERHOLZER/ZAJITSCHKEK (Fn. 10), S. 96; M. SCHÄR MOSER/J. BAILLOD, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung: Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern 2006, S. 19 ff.

¹⁶ SEILER (Fn. 4), S. 113 f.; STAUBER-MOSER (Fn. 4), S. 1361.

schränkt dies die Betroffenen bei der Durchsetzung ihrer Rechte erheblich ein.¹⁷ Durch die derzeitige Praxis ist die verfassungsmässige Schranke der Geschlechterdiskriminierung derart aufgeweicht, dass sich die gerichtliche Prüfung teilweise nur noch auf die Willkür beschränkt.¹⁸

III. Diskriminierungsfreie(re) Arbeitsbewertung

Wie die vorherigen Ausführungen darlegten, ist die Arbeitsbewertung ein sehr individueller Prozess im Ermessen der Arbeitgebenden. Dennoch lassen sich aus der Lehre und Rechtsprechung folgende grundsätzliche Anforderungen an eine geschlechtsneutrale Arbeitsbewertung ableiten:¹⁹

1. Funktionsbewertung anhand von objektiven Kriterien, die die Gesamtheit der auszuführenden Tätigkeit abbilden.
2. Transparenz und Nachvollziehbarkeit der angewendeten Methode.
3. Einheitlicher Massstab über alle Beschäftigungsgruppen.
4. Diskriminierungsfreie Auslegung der Kriterien.

Genügt die Arbeitsbewertung diesen Anforderungen nicht, kann dies als Indiz für eine potentielle Geschlechterdiskriminierung gewertet werden.²⁰ Das bedeutet nicht, dass Arbeitgebende nicht auch ein anderes Vorgehen wählen könnten, dies wäre jedoch mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen.

A. Vollständigkeit der Funktionsbewertung

Zu Beginn einer Funktionsbewertung sind die

¹⁷ STAUBER-MOSER (Fn. 4), S. 1363.

¹⁸ STAUBER-MOSER (Fn. 4), S. 1353.

¹⁹ Botschaft GIG, BBI 2017 5507 ff., 5525; V. ALBRECHT, Geschlechterdifferenzierung in der Arbeitswelt, Unternehmenskulturelle Einflüsse und personalwirtschaftliche Gestaltungsoptionen, Frankfurt am Main 2007, S. 215 f.; M. CHICHA, Gendergerechtigkeit Stärken – Entgeltgleichheit Sicherstellen, Ein Ilo-Leitfaden für Genderneutrale Tätigkeitsbewertung, Genf 2016, S. 18 ff.; HENNEBERGER/OBERHOLZER/ZAJITSCHKE (Fn. 10), S. 111 ff.; S. LILMEIER, Entgeltgleichheit - Anforderungen einer geschlechtsneutralen Arbeitsbewertung und Entlohnung, Arbeit und Recht März 2018, S. 119 ff.

²⁰ L. BIERI, La preuve d'une discrimination salariale fondée sur le sexe à l'aide de méthodes de régression, AJP 2019 S. 819 ff., S. 829.

unterschiedlichen Arbeitstätigkeiten im Unternehmen zu bezeichnen und eine detaillierte Beschreibung dieser Tätigkeiten zu erstellen.²¹ Tätigkeiten sind voneinander abzugrenzen, wenn sie sich hinsichtlich der Aufgaben und Zuständigkeiten sowie den Anforderungen betreffend die Qualifikationen und Kenntnisse unterscheiden. Tun sie dies nicht, ist auch deren Unterscheidung nicht gerechtfertigt.²² Von der Tätigkeitsbeschreibung ausgehend sind Kriterien zu ermitteln, welche auf den Anforderungen basieren, die an die Funktion bzw. den Funktionsinhaber gestellt werden und auf Belastungen, die bei der Ausübung der Funktion auf den Funktionsinhaber einwirken. Nach der Definition der Kriterien sind diese anhand des Masses der Anforderung bzw. Belastung im Vergleich zu anderen Tätigkeiten zu beurteilen. Wie bereits bei der Beschreibung der Arbeitstätigkeiten, gilt auch für die Festlegung der Kriterien, dass unterschiedliche Anforderungen und Belastungen auch mittels unterschiedlicher Kriterien erfasst werden müssen. Dabei ist darauf zu achten, dass es nicht zu einer Überbewertung einzelner Tätigkeiten kommt, weil die Kriterien nicht klar voneinander abgegrenzt sind. Jedes Merkmal muss einen von den anderen Merkmalen unabhängigen Sachverhalt erfassen.²³

B. Transparente Methodik und einheitlicher Massstab

Die Tätigkeitsbeschreibung sowie die Kriterien und die Bewertung der Kriterien sind sodann aus Transparenzgründen zu dokumentieren. Dies gilt nicht nur für die Ergebnisse, sondern auch für den Prozess, der zu den jeweiligen Ergebnissen geführt hat. Hierzu empfiehlt sich die Methode der analytischen Arbeitsbewertung.²⁴

Der Vergleich von frauendominierten Tätigkeiten mit männerdominierten oder geschlechtsneutralen Tätigkeiten ist nur möglich, wenn alle Funktionen der Organisation in einem einheitlichen Verfahren bewertet wurden, d.h. mit einheitlichen Kriterien und nach gleichem Massstab.²⁵

²¹ CHICHA (Fn. 19), S. 17 ff.; HENNEBERGER/OBERHOLZER/ZAJITSCHKE (Fn. 10), S. 102 f.; LILMEIER (Fn. 19), S. 121.

²² CHICHA (Fn. 19), S. 17 ff.; LILMEIER (Fn. 19), S. 121.

²³ CHICHA (Fn. 19), S. 28; M. SCHÄR MOSER/J. BAILLOD, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung: Orientierungshilfe für die juristische Praxis, Bern 2006, S. 39.

²⁴ LILMEIER (Fn. 19), S. 120 f.

²⁵ ALBRECHT (Fn. 19), S. 227; CHICHA (Fn. 19), S. 18.

C. Diskriminierungsfreie Auslegung

Geschlechtsdiskriminierend ist die niedrige Entlohnung und damit die Wertigkeit von «Frauenberufen», wenn sie nicht auf die mit der Tätigkeit verbundenen Anforderungen und Belastungen zurückzuführen ist, sondern einzig darauf, dass die Tätigkeit mit dem weiblichen Geschlecht assoziiert wird.²⁶ Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn typisch weibliche Tätigkeiten in einer Arbeitsbewertung nicht berücksichtigt oder unterschätzt werden. Das wäre z.B. bei Fachangestellten der Gesundheitsbranche der Fall, wenn sich das Einfühlungsvermögen oder die Verantwortung für Gesundheit und Leben und die damit verbundene psychische Belastung im Umgang mit kranken Menschen in der Arbeitsbewertung nicht angemessen wiederfinden. Gleichzeitig dürfen Charakteristiken, die mit dem männlichen Geschlecht in Verbindung gebracht werden, z.B. Durchsetzungsvermögen, nicht überbewertet werden.²⁷

Auch ein anhand objektiver Kriterien erklärter Lohnunterschied hat Diskriminierungspotential.²⁸ Der Arbeitsmarkt orientiert sich vorwiegend an männlichen Biographien und geht von einer «vollständigen Verfügbarkeit als Arbeitskraft [aus], die jedoch nur möglich ist, wenn keine Haus- oder Familienarbeit geleistet werden muss, was in der Regel nur bei Männern der Fall ist».²⁹ Diskriminierung zeigt sich insbesondere dort, wo der Alltag und die Realitäten von Frauen nicht berücksichtigt werden. Eine Arbeitsbewertung muss daher die unterschiedlichen Realitäten der Geschlechter in Erwägung ziehen. Tut sie dies nicht, wirkt sie sich potentiell zum Nachteil der Frauen aus.³⁰

Schlussfolgerung

Ein Arbeitsplatz und dessen Wert wird insbesondere durch die Organisation bestimmt, innerhalb der die Arbeit ausgeführt wird.³¹ Ein bestimmtes Kriterium

wie z.B. Körperkraft kann für ein Unternehmen wesentlich sein, ohne dass es geschlechtsdiskriminierend ausgelegt wird. Auf den ersten Blick objektiv erscheinende Kriterien wie z.B. Qualifikationen können diskriminierend wirken, wenn sie ohne Bezug zur ausgeführten Arbeit herangezogen werden. Was die Kriterien und deren Bewertung betrifft, kann es daher keine «one-fits-all»-Lösung geben.³² Hingegen zeigt sich, dass eine nach den hier geforderten Kriterien vorgenommene Arbeitsbewertung es vermag, dem subjektiven Charakter einer Arbeitsbewertung angemessen zu begegnen und damit zur Rechtsverwirklichung, d.h. der Aufwertung von «Frauenberufen», beitragen kann.³³

³² ALBRECHT (Fn. 19), S. 232.

³³ Botschaft GlG, 1267.

²⁶ ALBRECHT (Fn. 19), S. 48; KAUFMANN (Fn. 11), N 12; K. LEMPEN, *Interdiction de discriminer*, in: G. Aubert/K. Lempen (Hrsg.), *Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes*, Genf 2011, N 3 f.

²⁷ AUBRY (Fn. 11), N 46; CHICHA (Fn. 19), S. 33.

²⁸ Botschaft GlG, BBI 1993 1248 ff., 1266; AUBRY (Fn. 11), N 44.

²⁹ ALBRECHT (Fn. 19), S. 51.

³⁰ CHICHA (Fn. 19), S. 29; KAUFMANN (Fn. 10), N 29 ff.; LEMPEN (Fn. 26), N 25.

³¹ HENNEBERGER/OBERHOLZER/ZAJITSCHKE (Fn. 10), S. 61 f.

L'imposition à la source des personnes domiciliées ou en séjour en Suisse face à l'égalité de traitement

Ina Spiess (BLaw student, Université de Fribourg)

Dieser Beitrag untersucht, inwiefern das System der Quellensteuer mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar ist. Das Bundesgericht anerkannte im Leitentscheid 136 II 241 dessen Unvereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot. Dieses Urteil liegt auch der Revision der Regelungen über die Quellensteuer, die seit dem 1. Januar 2021 in Kraft ist, zugrunde. Die darauffolgend ergriffenen Massnahmen, welche für eine stärkere Gleichbehandlung sorgen sollen, sind jedoch gemäss einem Teil der Lehre weiterhin ungenügend.

Introduction

En droit fiscal, les États se réfèrent au critère de la résidence et non à celui de la nationalité pour définir le cercle de personne soumis à l'impôt dans l'État en question¹. En Suisse, selon les art. 3 LIFD et 3 LHID, une personne physique est assujettie à l'impôt de manière illimitée en vertu de son rattachement personnel si elle est domiciliée ou en séjour en Suisse². Par conséquent, il existe en Suisse deux systèmes d'imposition distincts : l'imposition ordinaire et l'imposition à la source.

Le régime de l'impôt à la source a été institué pour deux raisons. Premièrement, du point de vue du contribuable, cette procédure lui évite certaines inconvénients administratives. Deuxièmement, du point de vue de l'administration, l'impôt à la source sert à garantir l'acquittement des obligations fiscales du contribuable étranger³. Ce régime est néanmoins

vivement critiqué par une partie de la doctrine dans la mesure où il créerait une inégalité de traitement entre les nationaux et les titulaires d'un permis C d'une part, et les étrangers domiciliés ou en séjour en Suisse d'autre part.

Mais quels problèmes présente le régime d'imposition à la source face à l'égalité de traitement ? Quelles solutions le législateur a-t-il mises en place pour y pallier ? Ces mesures sont-elles suffisantes ?

Afin de répondre au mieux à ces interrogations, cet article présentera brièvement les généralités du régime d'imposition à la source (*infra I*), ainsi que les principes de non-discrimination et la jurisprudence à l'origine de la révision de 2021 (*infra II*). Nous expliquerons ensuite le système de la taxation ordinaire ultérieure mis en place par la révision de 2021 (*infra III*), ce qui nous permettra d'exposer les critiques subsistant au régime et les solutions proposées par la doctrine (*infra IV*).

I. Généralités

Afin de cerner les reproches faits au régime, il faut comprendre dans quelle mesure le régime de l'imposition à la source diffère du régime ordinaire. Selon les art. 83 ss LIFD et 32 ss LHID, les personnes soumises à l'imposition à la source sont les personnes physiques de nationalité étrangère qui ne sont pas au bénéfice d'un permis d'établissement (permis C) domiciliées ou en séjour en Suisse et qui exercent une activité lucrative dépendante⁴. Seuls certains revenus sont soumis à l'impôt à la source⁵. Ainsi, l'objet de l'impôt à la source se distingue de l'impôt ordinaire en ne frappant que certaines composantes préétablies du revenu et non le revenu dans sa globalité⁶. Le calcul de la retenue est fait sur la base du revenu brut. Cela s'explique par la prise en compte préalable des

la source – Analyse à la lumière de l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 janvier 2010, ASA 79/2010-2011, p. 345.

⁴ Circulaire n° 45 de l'AFC du 12 juin 2019, Imposition à la source du revenu de l'activité lucrative des travailleurs (ci-après : « Circulaire »), p. 45 ; LURÀ (n. 2), N 155 ; OBRIST (n. 4), N 208.

⁵ Message (n. 3), p. 644 ; X. OBERSON, Droit fiscal suisse, 5^e éd., Bâle 2021, § 13 N 12 ; RIVIER (n. 1), p. 106.

⁶ MOSHEK (n. 3), p. 326 ; D. YERSIN, L'égalité de traitement, RDF 111/1992, N 183.

¹ J.-M. RIVIER, L'égalité devant l'impôt des travailleurs suisses et étrangers, ASA 71/2002-2003, p. 102.

² F. LURÀ, L'impôt anticipé – Ses origines, sa genèse et sa nature – Comparaison avec d'autres systèmes de retenue à la source et de communication de renseignements, thèse Fribourg, Zurich 2015, N 155 ; A. PEDROLI, Intro. aux art. 83-101, art. 83, 88, 90 LIFD : in : Y. Noël/F. Aubry Giradin. (édit.), Impôt fédéral direct – Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, art. 83 LIFD N 3 ; RIVIER (n. 1), p. 102.

³ Message du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 concernant la loi fédérale sur la révision de l'imposition à la source du revenu de l'activité lucrative, FF 2015 p. 625 ss (ci-après : « Message »), p. 662 ; V. MOSHEK, L'impact de l'ALCP sur l'impôt à

frais professionnels, des primes d'assurances ainsi que des déductions pour les charges de famille du contribuable dans les barèmes de retenue à la source (art. 1 al. 1 OIS)⁷. Ainsi, dans le régime de l'impôt à la source, les déductions sont prises en compte de manière forfaitaire dans les barèmes de sorte que les particularités de chaque contribuable ne peuvent être considérées comme elles le sont dans le régime de l'impôt ordinaire⁸. Par conséquent, la base d'imposition à la source est plus large que celle de l'impôt ordinaire⁹. Dans le cadre d'une procédure d'imposition à la source, le débiteur — dans un contrat de travail, il s'agira de l'employeur¹⁰ — se substitue au contribuable et verse mensuellement la somme retenue à l'autorité fiscale¹¹. Dès lors, une autre différence de traitement entre les deux régimes apparaît puisque le contribuable imposé selon le régime ordinaire verse personnellement ses impôts annuellement à l'autorité fiscale¹².

II. Conformité de l'imposition à la source face au principe d'égalité

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination sont ancrés dans diverses sources nationales et internationales (art. 8 Cst., art. 2 ALCP, art. 24 Modèle OCDE). Avant 2010, le Tribunal fédéral a, dans une multitude d'arrêts, jugé que le régime d'imposition à la source était compatible avec le principe d'égalité de traitement. En effet, l'absence de permis d'établissement était considérée comme un critère objectif permettant de différencier les personnes imposées à la source et les personnes imposées selon le régime ordinaire puisque la première catégorie n'avait pas de lien suffisamment étroit avec la Suisse pour prétendre au même traitement¹³.

Dans son arrêt du 26 janvier 2010, le Tribunal fédéral a dû, pour la première fois, se prononcer sur la question de savoir à partir de quelle ampleur une inégalité de traitement entre un contribuable imposé selon le régime à la source et le régime ordinaire devient intolérable¹⁴. Il s'agissait pour notre Haute Cour d'analyser le cas d'un travailleur frontalier imposé à la source qui s'est vu refuser diverses déductions qu'il aurait pu faire valoir s'il avait été imposé selon la procédure ordinaire¹⁵. Un quasi-résident devrait, selon cette jurisprudence, être traité de la même manière qu'un résident puisque tous deux se trouvent dans des situations comparables. Il n'y aurait dès lors aucune différence objective étant susceptible de justifier une inégalité de traitement du point de vue fiscal¹⁶.

III. Révision de 2021

C'est ainsi que, sous l'influence des règles internationales et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le régime de l'imposition à la source est révisé. Cette révision comprend des mesures visant à atteindre une plus grande égalité de traitement. Désormais, le contribuable imposé à la source peut être soit obligatoirement soumis à une taxation ordinaire ultérieure (ci-après : TOU) soit, le cas échéant, en faire la demande.

La loi prévoit deux situations dans lesquelles le contribuable doit obligatoirement procéder à une TOU. La première concerne les contribuables percevant des revenus qui ne sont pas soumis à l'imposition à la source et, la seconde, les contribuables dont les revenus dépassent la valeur de CHF 120'000¹⁷. De cette manière, cette catégorie de contribuable est en principe épargnée par des situations qui pourraient être contraires à l'égalité de traitement relative aux déductions fiscales.

⁷ Circulaire (n. 3), p. 15 ; P. LOCHER/E. GIGER/A. PEDROLI, Intro. aux art. 83 ss, art. 83, 84, 85, 89, 89a LIFD, in : Kommentar zum DGB – Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 2^e éd., Bâle 2022, art. 84 LIFD N 3 ; PEDROLI (n. 2), art. 84 LIFD N 1.

⁸ LOCHER/GIGER/PEDROLI (n. 7), art. 89a LIFD N 1 ; OBRIST (n. 4), N 213.

⁹ MOSHEK (n. 3), p. 327 ; OBRIST (n. 4), N 210 ; RIVIER (n. 1), p. 107.

¹⁰ Circulaire (n. 3), p. 5 ; PEDROLI (n. 2), art. 88 LIFD N 2.

¹¹ D. BERDOZ/M. BUGNON, La procédure mixte en matière d'impôts directs, in : Ordre romand des experts fiscaux diplômés (édit.), Les procédures en droit fiscal, Berne 2021, (n. 8) p. 506 ; OBRIST (n. 4), N 207 ; OBERSON, (n. 4), §13 N 3.

¹² BERDOZ/BUGNON (n. 11), p. 502 ; LOCHER/GIGER/PEDROLI (n. 7), Intro. aux art. 83 ss LIFD N 14.

¹³ Message (n. 3), p. 631 ; ATF 91 I 81 c. 3, JT 1966 I 21

(rés.) ; ATF 124 I 251 c. 6, RDAF 1999 I 489 ; P. HINNY, Personenverkehrsabkommen und Schweizer Quellensteuerordnung, IFF 2004, p. 264 ; LURÀ (n. 2), N 148 ; OBERSON (n. 4), § 13 N 1 ; PEDROLI (n. 2), Intro aux art. 83-101 LIFD N 6.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999, relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 p. 5540 (ci-après : « Message ALCP »), p. 626.

¹⁵ D. de VRIES REILINGH, Manuel de droit fiscal international, 2^e éd., Berne 2014, p. 45 ; LOCHER/GIGER/PEDROLI (n. 7), Intro. aux art. 83 ss LIFD N 38.

¹⁶ Message ALCP, (n. 14), p. 633 ; MOSHEK (n. 3), p. 332 ; OBERSON (n. 4), § 13 N 7 ; PEDROLI (n. 2), Intro aux art. 83-101 LIFD N 28c.

¹⁷ Circulaire (n. 4), p. 65 ; Message (n. 3), p. 641 ; LOCHER/GIGER/PEDROLI (n. 7), art. 89 LIFD N 14.

Afin de pallier au problème de la prise en compte des déductions de manière forfaitaire pour les contribuables imposés à la source dont le revenu n'excède pas CHF 120'000, la révision met en place une nouvelle mesure. Celle-ci permet au contribuable d'accéder à une TOU sur demande et, de ce fait, de bénéficier du même traitement qu'un contribuable imposé selon le régime ordinaire¹⁸.

IV. Critiques et solutions

Pour une partie de la doctrine, la révision ne constitue qu'un remède insuffisant au problème étant donné que certaines discriminations persistent. Par exemple, elle ne remédie pas au problème de la retenue mensuelle à la source.

Pour remédier à ces problèmes et supprimer toute discrimination possible, la doctrine offre deux solutions. Premièrement, imposer à la source tous les contribuables exerçant une activité dépendante. En effet, en étendant le régime de l'imposition à la source à tous les travailleurs dépendants en Suisse, tous les travailleurs dépendants seraient traités de manière égale¹⁹. Le législateur a cependant déjà renoncé à cette méthode en affirmant que ce système causerait une inégalité de traitement entre les contribuables exerçant une activité indépendante et ceux exerçant une activité dépendante²⁰.

L'autre solution est quant à elle plus radicale, il s'agit de la suppression du régime d'imposition à la source. Certains auteurs soutiennent que ce régime est, de par son essence, discriminatoire. Partant, seule sa suppression représenterait un remède acceptable²¹.

Nous pensons, tout comme une partie de la doctrine²², que le système de la TOU sur demande représente une mesure suffisante au vu des avantages que l'imposition à la source présente. Rappelons que ce système avait pour objectif initial de limiter les tâches administratives du contribuable imposé à la source — ce qui simplifie également la tâche des administrations fiscales. Certaines situations contraires à l'égalité de traitement pouvaient certes en résulter en raison

du système de déductions forfaitaires. Cependant, avec cette nouvelle mesure de TOU sur demande, le contribuable dont le revenu est inférieur à CHF 120'000 peut, s'il le considère avantageux, choisir d'être traité selon le régime ordinaire. Il doit néanmoins en subir les conséquences administratives qui lui affèrent et remplir une déclaration d'impôt. En d'autres termes, nous pensons que la dispense des incombances administratives pour le contribuable imposé à la source justifie une différence de traitement. La retenue mensuelle et les déductions préétablies ne présentent dès lors que des désavantages proportionnés face à l'avantage de la dispense de la déclaration fiscale. De surcroît, la révision de 2021 permet au contribuable imposé à la source de choisir le régime qui lui est applicable.

Conclusion

Cette contribution avait pour objectif d'expliquer les inégalités de traitement qui existent entre le régime d'imposition à la source et le régime ordinaire. Nous avons exposé les généralités du régime afin de cerner les inégalités de traitement entre les deux régimes d'imposition. Nous avons ensuite décrit l'évolution de la jurisprudence du régime à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination. Finalement, nous avons analysé la TOU sur demande ce qui nous a permis de conclure que, malgré la révision, qu'une forme d'inégalité persiste selon une partie de la doctrine. Nous avons néanmoins nuancé ces critiques en rappelant que le système d'imposition à la source était initialement conçu pour simplifier les tâches administratives des contribuables imposés à la source. De plus nous avons vu que ceux-ci peuvent, depuis l'entrée en vigueur de la révision de 2021, choisir leur régime d'imposition.

Au vu de ce qui a été présenté, il est légitime de se demander si, ce que certains qualifient encore aujourd'hui d'inégalité de traitement ne serait, en réalité, qu'une simple différence de traitement supportable au vu des avantages que le système présente. La suppression du système de l'imposition à la source proposée par une partie de la doctrine présenterait, selon nous, de nombreux désavantages, et ce, même si elle mettrait fin à tout débat sur l'inégalité de traitement. Il n'existe, à ce jour, aucun système d'imposition alternatif permettant de garantir à l'État le paiement de l'impôt, tout en simplifiant les tâches administratives des contribuables imposés à la source. Ainsi, selon nous, le système en vigueur depuis 2021 permet de respecter le principe d'égalité et, partant, ne perpétue aucune discrimination.

¹⁸ Circulaire (n. 4), p. 65 ; Message (n. 3), p. 626 ; LOCHER/GIGER/PEDROLI (n. 7), art. 89a LIFD N 6 ; PEDROLI (n. 2), art. 90 LIFD N 11b.

¹⁹ MOSHEK (n. 3), p. 325 ; PEDROLI (n. 2), Intro. aux art. 83-101 LIFD N 25 ; RIVIER (n. 1), p. 123.

²⁰ LURÀ (n. 2), N 150.

²¹ HINNY (n. 13), p. 265 ; RIVIER (n. 1), p. 123.

²² M. MÖHR, Die Bedeutung der Staatsangehörigkeit der natürlichen Personen im schweizerischen Steuerrecht, thèse Coire 2002, p. 167 ; R. ZIGERLIG /G. JUD, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, M. Zweifel, P. Athanas (édit.), 2^{ème} éd., Bâle 2008, Intro. art. 83-101 LIFD, N 12b.

Jacquemoud
Stanislas
Attorneys at Law



Join our team

If you want to work in a modern,
entrepreneurial atmosphere, submit your
application!

More information about our summer programs and career
perspectives on jacquemoudstanislas.com

La dimension religieuse des droits humains : aperçu d'une étude

Hardouin Amsler Denogent (BLaw student, Université de Fribourg)

Die Menschenrechte, wie der Autor sie in diesem Beitrag untersucht, zeichnen sich durch ihren Anspruch auf Universalität aus. Die Revolutionäre von 1789, die die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte verfasst haben, hatten sich zum Ziel gesetzt, über die Bräuche und die Zeit hinauszugehen. Dennoch wollten diese Menschenrechte oftmals immanent und damit fern von jeder religiösen Gestalt sein. Aber ist es überhaupt möglich, sich jeder Form von Transzendenz zu entziehen, wenn es darum geht, ein universales Konzept zu unterstützen? In diesem Beitrag wird die Frage der religiösen Dimension der Menschenrechte aus der doppelten Perspektive der Sakralisierung und der Geschichte behandelt.

Introduction

Notre époque connaît bien des cultures religieuses différentes. Si elle est une richesse, cette diversité peut déclencher, parfois, d'importants conflits, notamment lorsqu'il s'agit d'établir puis de mettre en œuvre des notions générales, telles que celle des droits humains. Bien que le message des religions et celui des droits humains professent des valeurs identiques de respect du prochain, ils ne semblent pas s'accorder toujours facilement. La question est tout-à-fait actuelle, à l'heure où de nombreux individu.e.s, habité.e.s d'une foi fanatique, invoquent, par exemple, les droits de Dieu pour enfreindre ceux de l'être humain¹.

Dans notre étude, nous avons abordé tout d'abord la problématique des droits humains à la lumière des textes sacrés. Ensuite, nous nous sommes penchés sur les rapports qu'entretiennent ces droits avec les notions de Dieu, de transcendance, d'universalité et d'égalité. Enfin, nous avons examiné les raisons qui permettent de fonder les droits humains en l'être humain lui-même.

¹ S. FERRARI, Droits de l'homme, droits de Dieu : Une inévitable tension ?, SC 65(1)/2018, pp. 11 à 24, N 2.

I. Les droits humains et les textes sacrés

A. La Bible : une annonce des droits humains ?

Notre étude commence par la recherche des droits humains dans la Bible. Nous constatons, dans un premier temps, que la Bible est plutôt le théâtre de violations de tels droits, dans le rapport entre femme et homme notamment². Que ce soit de celle du père ou du mari, la femme de l'Ancien Testament, comme celle du Nouveau, se retrouve sa vie durant, sous la tutelle d'un homme.

Mais en adoptant un point de vue différent, nous pouvons trouver dans la Bible quelques pistes de réflexion intéressantes sur des valeurs qui semblent annoncer les « droits humains ». Il nous faut considérer alors la Bible sous un angle contextualisé, non pas comme un ensemble d'arguments définitifs, mais comme le récit d'une évolution, celle des relations humaines et théologiques : un Exode universel vers la connaissance.

À titre d'exemple, concentrons-nous sur la loi particulière dite du « talion »³. Jusque-là, bien souvent, la rigueur des peines était proportionnée au statut social de la victime⁴. La loi biblique du talion, en ce qu'elle énonçait strictement « œil pour œil, dent pour dent (...) », représenta un progrès vers l'égalité entre êtres humains. Étant tous-tes fait-e-s à l'image de Dieu, « vous aurez une seule législation : la même pour l'émigré et pour l'indigène »⁵. Alors, pour la première fois, l'œil de l'esclave valut celui du maître. Cette égalité reçut également une vocation intemporelle, devant valoir « dans tous les âges » : un caractère universel et éternel garanti par une autorité divine⁶. Il y a dans l'universalité des lois qu'énonce la Bible, quelque chose qui semble annoncer les combats

² Traduction œcuménique de la Bible, nouvelle édition revue, Paris 1988 (cité : TOB), Gn 2, 18 ; Ex 20, 17 et Dt 5, 21 ; Nb 30, 4 – 17.

³ TOB (n. 2), Ex 21, 23 – 25 et Dt 19, 20 – 21.

⁴ A. HARI/A. VERDOODT, Les droits de l'homme dans la Bible et aujourd'hui, Strasbourg 2001, p. 19.

⁵ TOB (n. 2), Lv 24, 17 – 23.

⁶ *Idem*, Lv 24, 17 – 23 et Nb 15, 15.

que mèneront les défenseurs des droits humains deux millénaires plus tard.

B. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : un texte sacré ?

Venons-en maintenant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (ci-après : DDHC), adoptée en France par l'Assemblée constituante en 1789⁷. Ce texte, qui mit à bas toute autorité religieuse instituée, présente paradoxalement, dans son contenu comme dans sa forme, un fort caractère religieux. Phénomène passionnant, compte tenu du zèle anticlérical des révolutionnaires⁸. Au Dieu des chrétiens les constituants substituèrent les droits d'une raison universelle qui, dès leur déclaration, firent l'objet d'une sacralisation étonnante, aux allures liturgiques.

Dans son apparence, déjà : la DDHC fut coulée dans du bronze, gravée sur des Tables, comme celles de Moïse, ou encore scellée dans un coffre, à l'instar de l'arche de l'alliance vétérotestamentaire⁹. Dans les rites, ensuite : de grands cortèges furent organisés en son honneur au cours desquels elle fut présentée à la foule, élevée à bout de bras tel un ostensor puis déposée sur un piédestal public au centre de la ville¹⁰. Ailleurs, dans les tribunaux révolutionnaires par exemple, elle fut accrochée au mur entre les figures des martyrs récents de la Liberté¹¹.

La visée de ces réappropriations symboliques était sans doute la volonté d'ancrer ces droits dans l'intemporalité et l'universalité¹². Avec la DDHC pour Évangile, les révolutionnaires ont tenté de créer une nouvelle sacralité : laïque, tournée vers la Nation, les citoyens et le nouveau régime¹³. Une véritable forme de religion, avec son catéchisme, ses symboles, ses cérémonies, ses prières et un objet propre : son institution elle-même¹⁴.

II. Les droits humains et Dieu

A. De l'universalité à la transcendance

Au-delà du paradoxe révolutionnaire évoqué, la DDHC est intéressante de par la vocation universelle qu'elle s'est attribuée en France¹⁵. Jusque-là, aucune déclaration de droit n'avait fait un tel vœu (États-Unis d'Amérique, Angleterre)¹⁶. La DDHC voulut aller « au-delà des coutumes et du temps »¹⁷. Cette quête d'universalité, si elle n'est pas exclusive à la religiosité, en est cependant une composante nécessaire.

Cela explique sans doute l'accueil réticent que lui réserva l'Église catholique¹⁸. En effet, jusqu'à la promulgation de la déclaration, l'Église catholique avait, en France, un statut acquis de « religion nationale » et universelle¹⁹. La politique des révolutionnaires était une menace : laisser aux créatures de Dieu une pleine liberté de conscience, c'était leur donner un pouvoir excessif²⁰. Si droits humains il devait y avoir, ils ne pouvaient être que d'origine divine.

Nous constatons ici un conflit de transcendance entre deux Vérités aux prétentions exclusives : celle des droits humains et celle de l'Église. Devant cette contradiction, deux questions se posent : est-il possible de prétendre à l'universalité sans admettre une part de transcendance ? Comment deux Vérités transcendantes, peuvent-elles – ou non – coexister ?

B. De la transcendance à l'égalité

À la lecture de la DDHC, nous constatons que les révolutionnaires firent le vœu de se soumettre à une autorité de force supérieure : la Loi. Tous-tes se sont alors retrouvés-e-s égaux-ales devant Elle (art. 1 DDHC). Nous avons proposé un parallélisme sur ce point avec les penseurs de la Réforme, qui, eux aussi, ont reconnu la brutale mais entière égalité des individu-e-s devant la question impénétrable de Dieu²¹. Ils en déduisirent le sacerdoce universel : un appel à l'égalité des êtres, dans un rapport difficile mais direct avec le Ciel, sans

⁷ Assemblée nationale, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁸ I. GOLDBERG, *Et Dieu créa... la laïcité – Fondements et futur de la démocratie et des droits de l'homme*, Paris 2018, p. 142.

⁹ M.-L. NETTER/J.-L. POUTHIER, *L'impossible religion civile républicaine*, SDS 34(1)/2016, p. 155 ; V. ZUBER, *Le culte des droits de l'homme*, Paris, p. 146.

¹⁰ A. MATHIEZ, *Les origines des cultes révolutionnaires (1789 – 1792)*, Paris 1904, p. 34 ; ZUBER (n. 9), p. 123.

¹¹ E. DE WARESQUIEL, *Les derniers jours de Marie-Antoinette*, 2^e éd., Paris 2021, p. 14 ss.

¹² ZUBER (n. 9), p. 149.

¹³ DE WARESQUIEL (n. 11), p. 14 ; ZUBER (n. 9), p. 138.

¹⁴ MATHIEZ (n. 10), p. 62.

¹⁵ J. MORANGE, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 4^e éd., Paris 2002, p. 52 ; C. SÄGESSER, *Les droits de l'homme*, Dossiers du CRISP 73(2)/2009, pp. 9 à 96, N 20.

¹⁶ B. HOFER/J.-C. HUOT, *Les droits de l'homme : leur réalisation, une mission des chrétiens*, Fribourg 1986, p. 7 ; SÄGESSER (n. 15), N 13.

¹⁷ NETTER/POUTHIER (n. 9), p. 155, N 31 ; J.-F. SIX, *Religion église et droits de l'homme*, Paris 1991, p. 45.

¹⁸ HOFER/HUOT (n. 16), p. 26 ; V. ZUBER, *L'origine religieuse des droits de l'homme*, Genève 2017, p. 185.

¹⁹ MORANGE (n. 15), p. 34 ; SIX (n. 17), p. 43.

²⁰ SIX (n. 17), p. 45.

²¹ GOLDBERG (n. 8), p. 50.

médiation²².

Une implication plus concrète des concepts protestants dans le développement de la notion des droits humains peut être trouvée du côté des déclarations et des constitutions anglo-saxonnes, qui revendiquent explicitement, elles, leur origine divine et leur dimension religieuse²³. Lorsque les puritain·e·s partirent pour le Nouveau Monde, iels s'inspirèrent effectivement du modèle des églises protestantes pour y créer les premières assemblées politiques représentatives²⁴. Ce modèle repose sur le principe défendu par Théodore DE BÈZE selon lequel ce n'est pas le peuple qui est créé pour le magistrat mais, au contraire, le magistrat pour le peuple²⁵. Tout roi, dès lors, n'est plus que l'administrateur des lois qu'il reçoit du peuple et qu'il se doit de maintenir²⁶. Pour Roger MEHL, cette suprématie de la loi sur la volonté royale est fondatrice des droits humains et de la démocratie telle que nous la connaissons aujourd'hui²⁷. La monarchie d'ordre divin serait donc morte, notamment, d'une conception nouvelle du christianisme.

Nous nous sommes intéressés, par ailleurs, au Contrat Social de ROUSSEAU, dans lequel la notion d'égalité tient également un rôle central. Grâce à ce pacte fondamental, les êtres humains sont faits juridiquement égaux « par convention et de droit »²⁸. Cet ouvrage posa les bases d'un système juridique qui influença grandement les révolutionnaires²⁹. Le dernier chapitre du Contrat Social, consacré à la « religion civile », confirme que dans les faits, un système politique comme celui du Contrat repose, même lui, sur une force transcendante de nature religieuse³⁰. En effet, pour donner autorité à la loi et au pouvoir, le besoin d'un absolu finit toujours par se manifester³¹. Il nous met en garde, toutefois : si elle est indispensable, la Religion peut se révéler bien

bancale comme fondement³². Le recours au religieux peut impliquer, en effet, des dieux propres à chaque nation, avec le risque d'une intolérance réciproque des peuples³³.

III. Les droits humains et l'Humain

A. Sébastien Castellion et la tolérance

Donner à un texte tel que celui de la DDHC un fondement suffisamment solide pour soutenir le poids de sa prétention à l'universalité n'est donc pas chose évidente. D'autant moins lorsque le souhait est exprimé de ne pas recourir à la toute-puissance d'un Dieu, quel qu'il soit³⁴.

Pour résoudre cette question insoluble de l'universalité, nous nous sommes tournés alors vers Sébastien CASTELLION (1515-1563), défenseur infatigable de la liberté de conscience. Selon lui, chercher la vérité et la dire telle qu'on la pense, n'a jamais été criminel³⁵. CASTELLION reconnaît l'impuissance des êtres humains à comprendre Dieu et cela l'amène à un concept qui lui apparaît comme une obligation : la tolérance³⁶. Nos vérités, à tous-tes ne sont que relatives. Douter est le sort de l'être humain, une réalité à laquelle il ne peut pas échapper³⁷. Par conséquent, pour fonder un universel, il convient de faire preuve d'humilité et de viser à une Vérité qui reste dans la sphère de compétence humaine. Si Dieu est hors de portée, l'idée de tolérance, elle, semble un objectif raisonnable : un fondement modeste mais humain, suffisamment solide, cependant, pour fonder un universel.

Il n'y a qu'en prenant appuis sur un socle « dynamique » comme celui d'une tolérance ouverte aux autres, que les droits humains peuvent s'approcher d'une dimension universelle. Universelle mais perfectible : car aujourd'hui encore, rappelons-le, ces droits ne sont pas pleinement définis.

²² *Idem*, p. 51.

²³ H. ARENDT, *Essai sur la Révolution*, Paris 1967, p. 273 ; SIX (n. 17), p. 32.

²⁴ ARENDT (n. 23), p. 266 ; HOFER/HUOT (n. 16), p. 26.

²⁵ T. DE BÈZE, *Du droit des Magistrats*, Genève 1970, p. 9 ; ZUBER (n. 18), pp. 157 et 176.

²⁶ J. BRUTUS, *De la puissance légitime du Prince sur le peuple et du peuple sur le Prince*, Paris 1581, p. 154.

²⁷ HOFER/HUOT (n. 16), p. 26 ; R. MEHL, *La tradition protestante et les droits de l'homme*, RHPR 58(4)/1978, p. 374.

²⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris 2012, pp. 43 et 60 ; SÄGESSER (n. 15), n° 9.

²⁹ C. MAZAURIC, *La réception publique et populaire de Jean-Jacques Rousseau pendant la Révolution française. (1789-1794)*, in : B. Bernardi (édit.), *Rousseau et la Révolution*, Paris 2012, p. 46 ; SÄGESSER (n. 15), n° 11.

³⁰ GOLDBERG (n. 8), p. 109 ; NETTER/POUTHIER (n. 9), p. 154.

³¹ ARENDT (n. 23), p. 236.

³² ROUSSEAU (n. 28), p. 165.

³³ *Ibidem*.

³⁴ GOLDBERG (n. 8), p. 144.

³⁵ S. CASTELLION, *Conseil à la France désolée*, Genève 2017, pp. 16 et 20 ; S. ZWEIG, *Castellio gegen Calvin oder Ein Gewissen gegen die Gewalt*, Francfort 1992, p. 135.

³⁶ S. CASTELLION, *Préface à la Bible nouvellement tradlatée*, Paris 2005, p. 99.

³⁷ S. CASTELLION, *De l'art de douter et de croire, d'ignorer et de savoir*, Genève 1953, traduction de l'original latin par C. BAUDOIN, p. 75 ; voir également : C. BUIRON, *Sébastien Castellion (1515 – 1563), Penseur de la tolérance & de la liberté de conscience*, Orthez 2015, p. 100.

B. La dignité humaine

Nous en sommes venus enfin à réfléchir à la notion de dignité humaine, corolaire direct de la notion de tolérance. Chaque être est libre de chercher la Vérité et ne peut être inquiété pour cela. Cette liberté de la personne fonde sa dignité, pour l'Église catholique (*Dignitatis Humanae*, déclaration sur la liberté religieuse, 1965), comme pour les Nations Unies qui ont fait de cette notion l'un des piliers de leur Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948 ; ci-après : DUDH). Que son origine soit perçue comme divine, ou fondamentalement humaine, la dignité permet de rassembler les êtres humains.

Pour Muriel FABRE-MAGNAN, même si la dignité de l'être humain ne peut être ni prouvée ni démontrée, elle doit, cependant, être posée en tant que vérité « minimale » et incontestable³⁸. Cette « foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine », pour reprendre le préambule de la DUDH, doit être le dogme premier de tout système juridique³⁹.

Conclusion

Cette étude, qui porte peut-être la marque d'une vision occidentale, nous a permis de constater que même si la notion des droits humains s'est souvent voulue propre à la nature humaine et éloignée de Dieu, elle n'en restait pas moins frappée du sceau de la religiosité et de la foi. La récente fondation des droits humains sur la dignité humaine n'y fait pas exception, cette dernière restant posée sans démonstration définitive.

Même s'ils doivent être universels et inaliénables, les droits humains n'en sont pas pour autant immuables. Ils continueront de se développer au fil de la densification des relations humaines. Si nous parvenons à rester tolérant-e-s, alors, nous mènerons le combat des droits humains avec le respect et l'empathie que cette lutte attend de nous. Nous, les êtres humains, qui sommes à la fois la source et l'objet de ces droits.

³⁸ M. FABRE-MAGNAN, La dignité en Droit : un axiome, RIEJ 58(1)/2007 p. 29.

³⁹ *Idem* ; ZUBER (n. 18), p. 180.

Culture du bâti et droit

8.11.2023

Université de Fribourg

 Institut pour le droit suisse et
international de la construction

Stiftung Baukultur Schweiz
Fondation Culture du bâti Suisse
Fondazione Cultura della
costruzione Svizzera



Baukultur und Recht

8.11.2023

Universität Freiburg

 Institut für Schweizerisches
und Internationales Baurecht

Stiftung Baukultur Schweiz
Fondation Culture du bâti Suisse
Fondazione Cultura della
costruzione Svizzera



Interview mit Bideriya Gan-Ayush

Associate bei Niederer Kraft Frey

Bideriya Gan-Ayush

2015	Bachelor of Law (BLaw), Universität Fribourg
2017	Master of Law (MLaw), Universität Fribourg Junior Associate, Niederer Kraft Frey
2018	Anwaltspraktikum, Bezirksgericht Meilen
2020	Anwaltspatent in Zürich Associate, Niederer Kraft Frey



Wieso hast du dich dazu entschieden, Recht zu studieren?

Anscheinend wollte ich das als Kind schon aber ehrlich gesagt, keine Ahnung warum ich das wollte. Es war einfach immer irgendwie in meinem Hinterkopf. Ich hatte mich eigentlich schon für ein Biologiestudium an der ETH eingeschrieben, aber es war nicht eine sehr durchdachte Entscheidung. Dann habe ich überlegt, in welche Richtung es später mal gehen soll und am Schluss habe ich, wie viele, zwischen Medizin und Jus hin und her überlegt und es schliesslich einfach mal mit Jus probiert. Es steckt wirklich nicht eine grosse Leidenschaftsgeschichte dahinter.

Wenn du an die Zeit in Fribourg zurückdenkst, was ist deine beste Erinnerung an deine Studienzeit?

Ich habe meinen Freund im ersten Jahr vom Studium kennengelernt. Ich weiss noch, der Dekan hat damals bei der ersten Vorlesung gesagt: «Schauen sie sich mal genauer um, 30% der Leute finden ihren Lebenspartner hier in diesem Saal» und ich habe darüber gelacht, aber naja, ich habe ihn immer noch. Das, und die ganzen sozialen Dinge, dieses Studierendenleben, das Gefühl, mit meinen Freundinnen und Freunden in

der Cafeteria zu sitzen und zu reden. Verglichen mit anderen Unis ist das nicht so selbstverständlich, dass du ein schönes Studierendenleben hast, wo Leute aus der ganzen Schweiz kommen und darauf aus sind, Kontakte zu knüpfen. Das ist ein superschönes Erlebnis gewesen.

Du kannst nie einschätzen, wie dein Tag wird und was du machst. Du hast einen Plan, der geht aber meistens flöten.

War dir schon immer klar, dass es dich in eine Grosskanzlei, bzw. eine Wirtschaftskanzlei ziehen wird oder war das eher Zufall?

Das war wirklich Zufall. Ich habe nicht gewusst, was ich schlussendlich mit Jus anfangen wollte. Angefangen habe ich mit der Überlegung, ich möchte Strafrecht machen, aber mir wurde schnell klar, dass es mich dann doch nicht so sehr faszinierte. Ich glaube es kam daher, dass es am Anfang so das Greifbarste war. Den Rest kann man sich nicht so wirklich vorstellen, wenn man das Studium gerade erst anfängt.

Dann habe ich überlegt, in Richtung internationales Recht und Menschenrechte zu gehen, aber in der Vorlesung wurde mir klar, dass mir das etwas zu abstrakt ist. Schliesslich hat bei den Law-Days Lenz und Staehelin einen Vortrag gehalten und erklärt, dass man bei ihnen Sommerpraktika machen kann. Bis dahin hatte ich das Konzept von Grosskanzleien nicht wirklich verstanden, ich wusste nur, dass es die gab. Und dann dachte ich mir, ein Kurzpraktikum wäre vielleicht spannend. Das war dann eher eine Zufallsentscheidung und ich habe mich bei verschiedenen Kanzleien beworben, bei Lenz und Staehelin, bei Homburger, und mein ehemaliger Mitbewohner hat mir NKF vorgeschlagen.

Hattest du nie das Bedürfnis, als Rechtsanwältin vor Gericht aufzutreten und zu plädieren?

Das stellt man sich immer so vor. Ich bin aber nicht die grosse Rednerin, ich habe Vorträge schon immer gehasst. So extrovertiert und vor Leuten dastehen, das ist nie meins gewesen. Ich habe kein Bedürfnis danach und bin eher froh, muss ich das in meinem Alltag nicht tun. Ich bin ja auch eine Zeit lang im Gericht gewesen und dort bekommst du das in den Verhandlungen mit. Ich finde es beeindruckend, wenn Leute das können, die Anwesenden mitzureissen und sich gut zu artikulieren, aber ich fühle mich wohler, das von Weitem zu beobachten.

Du musst im Kopf extrem flexibel bleiben.

Ab wann war dir klar, dass du bei NKF arbeiten möchtest und was war der Grund dafür?

Es gab keinen spezifischen, ausschlaggebenden Moment. Ich habe zuerst das Praktikum bei Homburger gemacht, dort hatten wir ein sehr gutes Verhältnis unter den Praktikantinnen und Praktikanten. Im Sommer darauf war ich bei NKF. Dort habe ich dann eine sehr intensive und gute Betreuung gehabt durch meinen Mentor, der seinen Job sehr ernstgenommen hat. Vom Menschlichen her hat es mir bei NKF einfach gefallen und ich habe mich enorm wohlgefühlt. Die Arbeit ist schon überall ähnlich, Mandate unterscheiden sich allenfalls in Grössen, aber im Endeffekt

machst du in jeder Grosskanzlei etwa das Gleiche.

Dass ich nach dem Praktikum zurückkomme, war auch nicht immer klar. Ich war im Gesellschaftsrecht-Team, wo ich jetzt immer noch bin. Es hat mir gefallen, aber ich habe nicht gedacht, dass es genau das ist, was ich für immer machen möchte; das habe ich sehr lang nicht gehabt. Wenn es einen Schlüsselmoment gab, dann nach meiner Substizeit, als ich zwischen den Anwaltsprüfungen wieder bei NKF war. Da hat es dann klick gemacht. Ich konnte mehr Verantwortung übernehmen und die Mandate haben plötzlich Sinn ergeben, weil ich viel mehr allein machen konnte und auch den Hintergrund der Arbeiten besser verstand.

Ich war auch im Gericht, dort habe ich aber gemerkt, diese Arbeit ist nichts für mich und die Arbeit in einer kleineren Kanzlei liegt mir nicht, vor allem wegen den Rechtsgebieten. Dort «menschelte» es mir zu sehr, das war auch im Gericht so. Da wurde mir klar, dass ich, zumindest vorerst, zu NKF zurückgehen würde.

Wie sieht ein gewöhnlicher Arbeitstag von dir aus?

Schwierig zu sagen. Du kannst nie einschätzen, wie dein Tag wird und was du machst. Du hast einen Plan, der geht aber meistens flöten. Grundsätzlich stehe ich am Morgen auf und prüfe mein Handy um zu schauen, welche E-Mails in der Nacht kamen und ob ich etwas verpasst habe. Das mache ich jeweils noch bevor ich die Zähne putze, das ist wie ein Reflex. Ich gehe dann mit einem Plan zur Arbeit, habe Deadlines, Calls mit Klient:innen, Abklärungen, die ich machen muss, Besprechungen im Team, E-Mails die ich verschicken muss; ich weiss, ich muss das dem Handelsregister schicken, das mit dem Notar besprechen, Verträge prüfen und Dokumente erstellen. Meistens bleibt das dann alles liegen, weil der Job mit sich bringt, dass er komplett unvorhersehbar ist. Dann kommen plötzlich dringende Anfragen von Klienten, die kannst du nicht ignorieren. Was warten kann, das wartet dann und schliesslich sieht dein Tag ganz anders aus als du geplant hast. Was du machen musst, verschiebt sich dann auf den Abend oder den nächsten Tag. Du musst im Kopf extrem flexibel bleiben. Es passiert regelmässig, dass eine dringende Anfrage für eine Transaktion kommt und dann hast du den ganzen Tag alles gemacht, nur nicht das, was du wolltest.

Manchmal gibt es einen Tag, da sind alle zufrieden und da muss man sich einfach mal sagen, dass man etwas richtig gut gemacht hat.

Wie schaffst du es, dass da nicht mal was untergeht und dass du organisiert bleibst?

Ich habe es auch noch nicht rausgefunden. Ich probiere alle paar Monate mal eine neue Taktik aus. Sachen gehen mal vergessen oder verloren, du kannst nur hoffen, dass es nicht enorm dramatisch ist. Aber du kannst dich auch darauf verlassen, dass wenn es dramatisch wäre, irgendjemand schreien würde, entweder der:die Klient:in oder der:die Partner:in, von daher: No news is good news. Ich habe immer so zwei bis drei Systeme parallel, um das Risiko zu minimieren, dass etwas untergeht.

Gab es eine Erfahrung bei NKF, die dich besonders geprägt hat?

Es gibt so Mandate, bei denen ist der Wurm drin, ein solches habe ich ganz am Anfang gehabt, mir sind dort grauenhaft viele Fehler passiert. Schlussendlich war es nicht dramatisch, da es eher kleine Fehler waren und wir alles schnell bereinigen konnten. Aber ich glaube, die ersten grossen Patzer bleiben dir im Kopf, was eigentlich ja auch gut ist, denn diese Fehler passieren dir dann nie wieder.

Positiv gibt es ab und zu so helle Momente, wo du realisierst, wie viel du eigentlich schon gelernt hast. Manchmal gibt es einen Tag, da sind alle zufrieden und da muss man sich einfach mal sagen, dass man etwas richtig gut gemacht hat. Es tut gut zu merken, dass man etwas auch ohne Hilfe des Partners schaffen kann. Ich würde jetzt nicht sagen, dass einen das besonders prägt, aber es gibt einem einfach ein gutes Gefühl.

Du sagst, du schaffst gewisse Dinge auch ohne grosse Hilfe des Partners. Wie frei seid ihr als Associates in eurer Arbeitsweise von den Partnerinnen und Partnern, mit denen ihr zusammenarbeitet?

Wir sind sehr selbstständig, aber es ist natürlich

immer personenabhängig. Du passt dich den Leuten an, mit denen du zusammenarbeitest. Am Anfang musst du dir das Vertrauen verdienen, dann bist du eher eingeschränkt, aber wenn man merkt es läuft, dann lassen sie dir, zumindest in unserem Team, den Freiraum. Wir sind nicht so viele Leute und du musst irgendwo auch einfach Verantwortung übernehmen, das hilft allen. Wir wünschen uns das auch von Praktikantinnen und Praktikanten, dass das Bewusstsein besteht, dass das unser Mandat ist und der:die Klient:in ein gutes Bild haben soll. Das Identifizieren mit dem:der Arbeitgeber:in und Verantwortung zu übernehmen für das Mandat ist wichtig. Wenn du Verantwortung übernimmst, kriegst du alles, auch manchmal mehr als dir lieb ist.

Man muss dann auch mal Reaktionen abfedern können, ohne es persönlich zu nehmen. Auch musst du mit Stress umgehen können.

Was sind Qualitäten, die man haben muss, um in einer Grosskanzlei zu arbeiten?

Was du brauchst, ist ein Organisationstalent, sodass du deine Pendenzen im Griff hast. Social Skills solltest du auch haben, du musst mit Klient:innen und Behörden umgehen und mit diversen Leuten, das ist ein grosser Teil vom Job. Klient:innen sind auch Menschen und man sollte spüren, wie Leute ticken. Auch Belastbarkeit ist wichtig, es ist ein stressiges Umfeld. Für die Klient:innen ist es oft eine stressige Situation, worst case ist etwas passiert und die Leute stehen unter Druck. Man muss dann auch mal Reaktionen abfedern können, ohne es persönlich zu nehmen. Auch musst du mit Stress umgehen können. Du wirst phasenweise zugeschüttet mit Aufgaben, da kann auch mal ein Panikgefühl aufkommen. Dann musst du dich wieder bremsen können, dich sammeln und dann eins nach dem anderen erledigen. Damit muss man langfristig umgehen können, es ist nicht jeder Tag gleich stressig, aber es ist einfach ein stressiges Arbeitsumfeld. Aber du musst auch immer eine Balance finden, du kannst dich nicht komplett aufgeben, es ist schliesslich ein Marathon und du kannst dich nicht in jeden Fall komplett reingeben.

(...) wir haben ein tolles Team, welches sich gegenseitig Unterstützung bietet.

Was macht dir in deiner Tätigkeit am meisten Spass?

Ich habe gern Klientenkontakt. Obwohl das «Menscheln» im Gericht mein Problem war und mich die Sachlichkeit eher zu der Grosskanzlei gezogen hat, mag ich den Umgang mit Klient:innen. Natürlich kommt es immer auf die Klient:innen an, aber meistens, wenn die Klient:innen zufrieden sind, dann hast du das Gefühl, jemandem geholfen zu haben. Auch die Arbeit per se ist sehr spannend. Wenn ich etwas Neues machen kann, dann merke ich, dass ich aufgeregt bin und mich richtig freue. Die Freude verfliegt dann teilweise, wenn es stressig wird, aber die Tätigkeit per se ist sehr interessant. Und auch wenn es mich oft nervt, dass alles unberechenbar ist, so ist es doch spannend, dass nicht jeder Tag genau gleich aussieht. Es ist sehr vielseitig – am einen Tag machst du Abklärungen zum Telekommunikationsrecht und am nächsten Tag verkaufst du ein Unternehmen. Und auch der Umgang untereinander; wir haben ein tolles Team, welches sich gegenseitig Unterstützung bietet. Wir sitzen schliesslich alle im selben Boot und das ist ein schöner Halt.

Aber du musst auch immer eine Balance finden, du kannst dich nicht komplett aufgeben, es ist schliesslich ein Marathon und du kannst dich nicht in jeden Fall komplett reingeben.

Du beschäftigst dich in deinem Beruf auch viel mit Datenschutzrecht: Was fasziniert dich ausgerechnet daran?

Das war auch eher Zufall. Während meiner Substizeit habe ich mit einer Partnerin gearbeitet, die Datenschutz machte und es war einfach mal komplett was anderes. Damals 2017, da war das in meinem Alltag noch nicht

ein grosses Thema. Im Jahr darauf ist dann die DSGVO in Kraft getreten und seither wird das Thema immer grösser. Es ist anders als die klassischen juristischen Themen, mit denen ich mich sonst beschäftige. Oft bekomme ich zu hören «oh Datenschutz ist einfach nur blöd und ein Papiertiger». Aber es ist eben nicht ohne und wenn das Bewusstsein mal da ist, mit welchen Personendaten ein Unternehmen arbeitet, wo die gespeichert werden, ob die in Timbuktu sind oder in den USA und was das bedeutet, dann verändert sich die Einstellung dazu schon. Diese faktische Situation zu erfassen ist nicht mehr juristisch, sondern du schaust im Unternehmen mit diversen Abteilungen, was genau geschieht. Die Schaffung von diesem Bewusstsein ist ein work in progress, was sehr spannend ist.

Positionen in einer Kanzlei wie NKF sind bestimmt begehrt. Welchen Tipp kannst du Studierenden geben, die sich später für so eine Position bewerben möchten? Wie sticht man aus der Masse heraus?

Ich führe immer wieder Bewerbungsgespräche durch und sehe die Unterlagen. Ich bin nicht immer ein Fan davon, aber ein erstes Ausschlusskriterium sind halt die Noten. Ich finde das nicht immer repräsentativ, du kannst schliesslich jemanden haben mit bombastischen Noten, aber der kann einfach nicht arbeiten. Du hast Leute mit mässigen Noten, aber die haben bereits Arbeitserfahrung, darauf wird auch geachtet. Ich finde das auch wichtig, weil wenn jemand bereits in einem Arbeitsumfeld war, dann merkst du das in der Arbeit und im Alltag, das kannst du nicht an der Uni lernen. Ich finde aber auch, Jus ist oft Fleissache. Wenn du wirklich schlechte Noten hast im Jus, dann sagt das vielleicht schon auch etwas über deine Arbeitsweise oder deine Strategie aus und darüber, wie du mit Prüfungen umgehst.

Und um Himmels willen: keine Rechtschreibfehler in den Bewerbungsschreiben! Was ich jeweils an Rechtschreibfehlern sehe. Schreiben ist nun mal ein grosser Teil vom Job, du musst dich ausdrücken und artikulieren können und einen Satz schreiben, der sich nicht anhört, als hätte ein:e Drittklässler:in ihn geschrieben. Du merkst aus dem Schreiben auch, ob sich jemand die Mühe gemacht hat, es ein zweites Mal durchzulesen. Und wenn es zum Gespräch kommt: Interesse zeigen. Wenn du nicht interessiert bist, merkt man das einfach. Es erwartet niemand,

dass du hier dein Leben verbringst, es ist ein gegenseitiges Kennenlernen, wir möchten wissen, passt du in unser Team und du möchtest rausfinden, ob das Leben in einer Grosskanzlei überhaupt zu dir passt. Es ist natürlich nur ein kurzer Einblick, aber hier arbeitest du an echten Mandaten mit und wir sind darauf angewiesen, dass du als Teil vom Team mitmachst. Es wirft dir niemand vor, wenn du nach 6-8 Wochen merkst, das ist es nicht, aber während dieser Zeit erwarten wir Interesse an der Arbeit.

Wenn du auf dein Studium und deinen bisherigen Werdegang zurückblickst, gibt es etwas, das du im Nachhinein anders machen würdest?

Nein. Ich bin da wo ich bin wegen den Entscheidungen, die ich getroffen habe.

Welche Skills, die man später in der Praxis braucht, werden im Studium deiner Meinung nach nicht genügend vermittelt?

Ich habe manchmal das Gefühl, es sind die Falllösungen. Ich meine, sie sagen es dir in der Uni schon, aber wenn du tatsächlich einen Fall lösen musst, musst du zuerst mal den Sachverhalt rausfinden und den in ein Themengebiet einordnen. An der Uni ist klar, es geht um Privatrecht, es geht um Familienrecht, es ist klar begrenzt, aber in der Realität ist alles möglich. Da kommt jemand und will etwas Gesellschaftsrechtliches wissen und plötzlich bist du tief im Finanzmarktrecht und im Steuerrecht. Diesen fachübergreifenden Link und die Fächer zu verknüpfen, das fehlt an der Uni. Auch soft skills würden nicht schaden. Damit meine ich den Umgang mit Vorgesetzten, mit Klient:innen, E-Mails zu schreiben und solche Dinge. So banal das auch klingt, aber du kannst nach der Uni zwar Arbeiten schreiben, aber schreib mal eine möglichst kurze E-Mail an eine:n Klient:in, so dass der:die versteht, was du sagen willst.

Keine Rechtschreibfehler in den Bewerbungsschreiben!

Was war das grösste Hindernis, welches du in deiner Laufbahn bisher überwinden musstest und wie hast du es geschafft, es zu überwinden?

Ganz klar die Anwaltsprüfung. Der Prozess ist in Zürich einfach sehr lang und es ist eine grosse psychische Belastung. In Zürich hast du ca. fünf Monate Lernzeit für die schriftliche Phase und dann nochmal ca. fünf Monate für die mündliche. In der Zeit musst du so viele Dinge aufnehmen und hast gleichzeitig Panik, dass du das Gelernte schon wieder am vergessen bist. So vieles ist vom Zufall abhängig, du kannst einen schlechten Tag haben, oder der:die Prüfer:in kann einen schlechten Tag haben, es kann genau der Fall kommen, den du nicht angeschaut hast, oder etwas, das du in der Praxis noch nie gesehen hast, du kannst einfach Pech haben. Du musst in der gesamten Phase damit klarkommen, nie die Gewissheit zu haben, dass du gut genug vorbereitet bist.

Gibt es ein Ziel, das du unbedingt noch erreichen möchtest?

Ich bin recht bescheiden, ich will einfach ein zufriedenes, idealerweise glückliches Leben haben. Ich musste mich in meinem Berufsalltag damit abfinden, dass es das jetzt vorerst ist. Vorher hattest du immer abgesteckte Ziele, Studium, Praktikum, Anwaltsprüfung, und jetzt für eine Weile ist es einfach dein Arbeitsalltag. Ich mache meine Arbeit sehr gern, aber ich glaube, es gibt Leute, die machen den Job mit einer grösseren Leidenschaft als ich. Ich habe nicht das Ziel, die beste in einem bestimmten Feld zu sein. Ich möchte natürlich einen Job haben, der mich erfüllt, aber du kannst von einem Job nicht alles verlangen. Ich denke nicht, dass ein Job mich von A bis Z glücklich machen kann. Ich möchte einen stabilen Job, der mir Spass macht und in dem ich mit angenehmen Leuten arbeiten kann, vielleicht kann man das als Ziel bezeichnen.

Und auch wenn es manchmal eher als Witz gesagt wird, weil es ein Trendwort ist: Work-Life-Balance. Ich finde nicht, dass das ein Witz ist, es ist wichtig für deine psychische und körperliche Gesundheit. Die Arbeit wirkt sich auf deinen Körper aus, auf dein soziales Umfeld und ich möchte nicht mit 60 keine Freunde mehr haben, weil ich nie für sie Zeit hatte. Ich bin sehr sozial, meine Freunde und Familie sind

mir sehr wichtig und ich möchte an ihrem Leben beteiligt sein. Ich möchte leben, aber ich möchte nicht erst leben, wenn ich 70 bin. Ich möchte sorgenfrei leben, aber ich möchte eben auch leben, und zwar jetzt.

Ich möchte natürlich einen Job haben, der mich erfüllt, aber du kannst von einem Job nicht alles verlangen. Ich denke nicht, dass ein Job mich von A bis Z glücklich machen kann.

Wenn du den Studierenden abschliessend einen Rat geben könntest, welcher wäre das?

Jetzt wo es wieder möglich ist: Geniesst das Studienleben. Es ist eine coole Lebensphase. Geht trinken, bleibt die ganze Nacht draussen, erlebt was. Das sind die schönen Erinnerungen, die bleiben. Was mir geblieben ist, ist nicht die Vorlesung, sondern dass wir um 5 Uhr morgens im Park neben dem Pérolles gegessen sind und uns unterhalten haben. Geniesst die Freiheit im Studium, das Leben wird später noch ernst genug.

Where will your NKF career take you?

We help you build your future career and support you in achieving your goals.



nkf.ch/career

Are you ready to
start your career?
We are ready
for you!



LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaelin.com

LEADING CASES



LawInside.

Leading Cases is a section compiled by LawInside within the framework of a collaboration with QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. It contains an update of the latest cases from recent Swiss jurisprudence.

Un arrêt détaillé

La suppression d'un commentaire Instagram par la SSR

TF, 29.11.2022, 2C_1023/2021*

Lorsque la SSR supprime un commentaire publié par une utilisatrice en réponse à un contenu rédactionnel, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) est compétente pour examiner la conformité de la mesure avec la liberté d'expression.

Faits

En août 2021, SRF News publie un post Instagram relatant la décision de l'Allemagne de ne plus couvrir les coûts pour les tests Covid. En réaction à ce post, une utilisatrice publie le commentaire suivant : « Ils devraient introduire cela en Suisse également. Je n'ai pas besoin d'aller dans un bar ou faire autre chose. Je peux aussi danser dans la rue et préparer mes propres boissons, et n'ai pas besoin de vacances à l'étranger. Jusqu'à présent, je me suis bien débrouillée sans faire de test ou de vaccination » (traduction libre de l'allemand). La rédaction de SRF News efface ce commentaire quelques heures plus tard au motif qu'il viole les règles d'utilisation applicable appelées « Netiquette ». L'Ombudsman SRG Deutschschweiz et l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) refusent de traiter la plainte de l'utilisatrice en se déclarant incompétents.

L'utilisatrice saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public en demandant principalement que son commentaire soit publié. Se pose en particulier la question de savoir si l'accès au juge doit être garanti dans ce cas et, cas échéant, quelle autorité est compétente.

Droit

L'utilisatrice soutient que la suppression de son commentaire constitue une restriction à sa liberté d'expression et se prévaut de la garantie de l'accès au juge prévue par l'art. 29a Cst. pour demander que sa plainte soit traitée par une autorité judiciaire.

La liberté d'expression garantit à toute personne le droit de former et d'exprimer librement son opinion (art. 16 al. 2 Cst.). En tant que droit fondamental, elle doit être réalisée dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.). De plus, les institutions assumant une tâche publique, telle que la SSR, sont tenues de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.). L'art. 29a Cst. ainsi que l'art. 13 CEDH garantissent quant à eux à toute personne le droit de faire examiner sa cause par une autorité judiciaire avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit. Ces dispositions étendent donc le contrôle judiciaire en principe à toutes contestations juridiques.

La publication de contributions sur les réseaux sociaux fait partie des « autres services journalistiques » offerts par la SSR, dans le contexte desquels la SSR est liée par les exigences de contenu relatives aux programmes (art. 25 al. 3 let. b *cum* art. 5a LRTV). La possibilité de commenter les contributions sur les réseaux sociaux est étroitement liée au mandat public concédé à la SSR et sert le débat public. Le Tribunal fédéral observe qu'en soi la SSR n'est pas tenue de par la loi à offrir en dehors de ses programmes des possibilités d'échanges d'opinions telles que le permettent ses pages sur les réseaux sociaux. Toutefois, lorsqu'elle offre cette possibilité, la SSR est liée par les droits fondamentaux lors de la modération de contenus publiés par les utilisateurs.

S'agissant plus spécifiquement de la liberté d'expression, le Tribunal fédéral se réfère aux principes applicables en matière de publicité. Des contenus publicitaires ne peuvent être refusés qu'en présence de motifs importants tels que la violation d'intérêts prépondérants de tiers. La SSR peut notamment refuser des contenus publicitaires, et donc restreindre la liberté d'expression des entités

effectuant la publicité, lorsque les contenus ont un caractère discriminatoire, incitent à la haine, mettent en danger les mœurs, ou encore déprécient les croyances religieuses ou les opinions politiques. Sur cette base le Tribunal fédéral retient que la suppression d'un commentaire publié sur Instagram constitue une atteinte à la liberté d'expression qui doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire conforme à l'art. 29a Cst.

S'agissant de la voie de droit applicable, l'OFCOM et l'AIEP ne s'estiment pas compétents en particulier en raison du fait que le contenu litigieux n'est pas produit par la SSR, mais par une utilisatrice. Le Tribunal fédéral contredit ce point de vue et considère que les voies (générales) civile (protection de la personnalité, art. 28 ss CC) et pénale (infractions contre l'honneur) prévues par le législateur ne répondent pas aux exigences de l'accès au juge notamment en raison de l'absence d'examen quant à la légitimité de l'atteinte à la liberté d'expression. Il en va de même s'agissant des procédures de surveillance menées par l'OFCOM dès lors que les plaignants éventuels n'ont pas la qualité de partie dans ces procédures. Ainsi, la voie de droit applicable est la plainte auprès de l'AIEP, à l'instar de ce qui vaut pour le contenu des « publications rédactionnelles » et en cas de refus d'accès aux « au programme ou aux autres services journalistiques de la SSR » (lesquels comprennent la publicité, cf. art. 83 al. 1 let. a LRTV). Le Tribunal fédéral interprète ainsi la notion de « publication rédactionnelle » prévue à l'art. 2 lit. c^{bis} LRTV de façon conforme à la constitution et au but de la loi.

Pour ces raisons l'AIEP est compétente pour connaître du litige en tant qu'instance précédant le Tribunal fédéral (art. 86 al. 1 let. c LTF). Dans son analyse, l'AIEP devra appliquer les principes jurisprudentiels développés en matière de publicité et examiner si la restriction du droit à la liberté d'expression est justifiée par des motifs pertinents en application de la « Netiquette » édictée par la SSR.

Note

Cet arrêt représente à notre connaissance une première pour ce qui est des principes applicables à la modération de contenus sur les réseaux sociaux. La récente nouvelle du dépôt d'une action de la part du Credit Suisse à l'encontre du blog Inside Paradeplatz est symptomatique de l'importance du thème.

La problématique abordée dans l'arrêt est très ciblée et concerne exclusivement la question de la voie de droit applicable lorsque la SSR modère les contenus publiés sur ses pages. L'AIEP devra désormais connaître des plaintes utilisateurs mécontents de la suppression de leurs commentaires publiés sur les réseaux sociaux de la SSR, voire sur le site de la SSR, ou plus généralement privés de la possibilité d'accéder aux pages de la SSR ou de commenter sur celles-ci suite au blocage de leur compte SSR. Le Tribunal fédéral mentionne au passage que cette tâche n'impliquera qu'une charge de travail limitée. Nous émettons quelques doutes à cet égard compte tenu de la quantité de contenus publiés et de la vivacité des échanges que certains articles suscitent. Par ailleurs, les décisions à prendre en la matière sont souvent très délicates.

La SSR connaît deux types de Netiquette. L'une s'applique à tout « *user generated content* » (UGC) publié directement sur le site de la SSR, lorsque l'option « commenter » est ouverte (ce qui n'est pas toujours le cas). L'autre est spécifique à tout UGC publié sur les réseaux sociaux de la SSR. Dans cette dernière, la SSR réserve le droit d'effacer tout commentaire ou de bloquer l'accès aux pages SSR lorsque les contenus suivants sont publiés (en traduction libre de l'allemand) :

- Attaques personnelles de toute nature, les insultes ou les provocations ciblées, y compris sous forme d'emojis
- Discrimination de toute sorte, par exemple en raison de la religion, de la nationalité, de la couleur de peau, de l'orientation sexuelle, de l'opinion politique, de l'âge ou du sexe
- Contenus faisant l'apologie de la violence ou de la pornographie
- Contenus illégaux
- Commentaires dans d'autres langues (à l'exception des langues nationales italien et français et de l'anglais)
- Publicité commerciale ou propagande politique
- Commentaires contenant exclusivement un lien
- Liens externes qui contreviennent à cette netiquette
- Contenus qui n'ont aucun rapport avec le thème concerné

- Généralisations, insinuations ou affirmations qui ne peuvent pas être vérifiées.

Le 7 juin 2022 l'OFCOM a publié un rapport examinant la pratique de la SSR en lien avec la modération d'UGC publié sur le site internet de la SSR. La modération d'UGC publié sur les réseaux sociaux n'a en revanche pas (encore) fait l'objet d'une revue par l'OFCOM. Le rapport mentionne que la SSR revoit tous les contenus publiés par les utilisateurs manuellement, par ses employés, et n'emploie aucun processus technique ou outil d'intelligence artificielle pour la revue. L'OFCOM a toutefois émis les recommandations suivantes :

- Informer systématiquement les utilisateurs lorsque des commentaires ont été effacés ou n'ont pas été publiés ;
- À tout le moins sur demande fournir à l'utilisateur concerné les raisons d'une telle mesure ;
- Lorsqu'un utilisateur est bloqué, il devrait être automatiquement informé de la durée de la mesure.

Sur le plan international, les législateurs de l'Union Européenne et de plusieurs Etats américains, dont en particulier la Californie, le Texas et la Floride ont reconnu le besoin d'intervenir en exigeant des « big tech » exploitant les réseaux sociaux mondialement connus la publication de rapports détaillés sur leurs pratiques en matière de modération de UGC et des données statistiques à cet égard (dans le jargon anglais on parle de *compelled editorial transparency*). Au Texas et en Floride, la constitutionnalité des lois fait l'objet de procédures judiciaires qui pourraient être décidés par la *Supreme Court* prochainement (*NetChoice, LLC v. Paxton et NetChoice v. Att'y Gen.*). Dans ces cas, l'une des questions centrales est de savoir si les lois respectent la liberté d'expression garantie par le *First Amendment*. L'argument utilisé pour questionner la constitutionnalité de ces lois consiste à dire qu'imposer des exigences de transparence aurait forcément un *chilling effect* sur les contenus publiés en ce sens que les exploitants de plateformes censureraient davantage de contenu par peur d'être tenus pour responsables à l'égard de tiers. Pour un aperçu de la situation aux Etats-Unis, nous recommandons le blog du Prof. ERIC GOLDMAN.

Un troisième cas concernant la responsabilité des exploitants de plateforme en matière de UGC a été porté devant la *Supreme Court* récemment. Dans cette affaire *Gonzales v. Google LLC*, une des victimes des attentats de Paris de 2015 reproche à Google d'avoir

indirectement promu le Groupe d'Etat islamique en omettant d'effacer certains contenus YouTube. L'importance de ce cas est considérable et déterminera le champ d'application d'une disposition qui jusqu'à présent a permis aux exploitants de plateformes d'échapper toute responsabilité dans ce domaine : § 230 du 1996 *Communications Decency Act*.

En Europe, le *Digital Services Act*, entré en vigueur le 16 novembre 2022, prévoit des obligations du même type que celles contenues dans les lois édictées par certains Etats américains. Dans un premier temps, d'ici au 17 février 2023 les plateformes doivent communiquer à la Commission le nombre d'utilisateurs actifs. C'est sur cette base que la Commission déterminera ensuite la catégorie de règle applicable, à la suite de quoi les plateformes auront quatre mois pour se conformer aux nouvelles dispositions.

Finalement, en Suisse, le Conseil fédéral a chargé l'OFCOM de lui présenter une « note de discussion » avant fin 2022. Dans ce contexte, plusieurs rapports ont été publiés par des experts. Dans un rapport intermédiaire du 17 novembre 2021, le Conseil fédéral ne reconnaissait pas de besoin de légiférer en matière de plateformes de communication. Néanmoins, le Conseil fédéral mentionnait que « [l]es utilisateurs n'ont aucun droit ou n'ont que des droits insuffisants vis-à-vis des plateformes, ne peuvent pas ou insuffisamment se défendre contre des décisions de suppression de contenus, par exemple, et ne savent pas sur la base de quels critères ils peuvent voir quels contenus », sous-entendant que la protection de la personnalité garantie sur le plan civil et par les infractions contre l'honneur sur le plan pénal offre une protection insuffisante. Le Conseil fédéral souhaitait « une large discussion sur la question de l'implication sociale et de la gouvernance des intermédiaires est nécessaire en Suisse ». Il reste donc à voir comment ce débat évoluera, tout en gardant à l'esprit qu'il est difficilement imaginable de s'écarter des tendances internationales lorsqu'il s'agit de légiférer dans un domaine tel qu'Internet. Pour des réflexions approfondies sur le système suisse *de lege lata*, nous recommandons la lecture de la thèse de doctorat de JULIEN FRANCEY, La responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement et d'accès sur Internet, Zurich 2017.

SIMONE SCHÜRCH, La suppression d'un commentaire Instagram par la SSR, in : www.lawinside.ch/1266/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Droit pénal, CourEDH, 14.02.2023, Affaire Halet c. Luxembourg, requête n° 21884/18

ARIANE LEGLER, CourEDH : La condamnation pénale d'un lanceur d'alerte viole son droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH)

La condamnation pénale d'un lanceur d'alerte des "LuxLeaks" viole sa liberté d'expression (art. 10 CEDH) car la mesure n'est pas nécessaire dans une société démocratique au sens de l'art. 10 par. 2 CEDH. En effet, l'intérêt public lié à la divulgation des informations en cause l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables, soit le préjudice financier et réputationnel de l'employeur, l'intérêt public à prévenir et à sanctionner le vol, et le respect du secret professionnel.

Procédure pénale, TF, 26.01.2023, 6B_1362/2021*

QUENTIN CUENDET, Indemnité du défenseur d'office : interdiction de la *reformatio in pejus* ?

La réduction par l'autorité de recours de l'indemnité allouée au défenseur d'office en première instance viole l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

Procédure pénale, TF, 29.11.2022, 1B_282/2022*

ARIANE LEGLER, La prolongation d'une mesure de surveillance secrète

En matière de mesures de surveillance secrètes, le Ministère public doit déposer une demande de prolongation motivée avant l'expiration de la durée autorisée (art. 274 al. 5 CPP). Lorsqu'une demande de prolongation est déposée tardivement, les données enregistrées entre la fin de la durée de surveillance autorisée par le tribunal des mesures de contrainte et la réception de la demande de prolongation par le tribunal des mesures de contrainte sont inexploitables.

Droit des contrats, TF, 30.01.23, 4A_357/2022*

VICTOR SELLIER, L'inclusion de l'indemnité de vacances au salaire global de la travailleuse employée à plein temps

Si une travailleuse est employée à plein temps auprès de la même employeuse, une convention prévoyant l'inclusion exceptionnelle du salaire afférent aux

vacances dans le salaire global est exclue même lorsque le salaire mensuel de la travailleuse varie.

Droit civil, TF, 05.12.2022, 5A_60/2022*

CAMILLE de SALIS, La prise en compte globale des contributions de prise en charge et d'entretien du conjoint en appel

En cas de réduction de la contribution de prise en charge de l'enfant, il n'est pas arbitraire d'augmenter dans la même mesure la contribution d'entretien due au conjoint même si celle-ci n'est pas contestée dans l'appel interjeté par le parent débiteur.

Procédure civile, TF, 08.09.2022, 5A_130/2022*

MARC GREZELLA, La recevabilité du recours en matière civile à l'encontre d'une décision cantonale de première instance

En vertu du principe de l'épuisement formel des voies de droit, une décision de première instance rendue à la suite d'une décision de renvoi prononcée par une autorité cantonale de dernière instance doit en principe à nouveau être attaquée par un recours cantonal. Un recours direct au Tribunal fédéral n'est ouvert que lorsque les griefs du recourant portent exclusivement sur les considérants de la décision de renvoi et que l'autorité de première instance ne bénéficie d'aucune marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ladite décision.

Droit public, ATF 148 II 564

ARNAUD LAMBELET, La nullité d'une décision de concession d'affichage en l'absence de procédure d'appel d'offres

La décision d'attribuer l'exploitation d'une concession d'affichage est nulle lorsqu'elle n'est pas précédée d'une procédure d'appel d'offres. Le juge peut ordonner la tenue d'une procédure d'appel d'offres de rattrapage afin de rétablir un état conforme au droit. Selon les circonstances, la convention de concession peut être déclarée nulle « par ricochet » (pas d'application de l'art. 9 al. 3 LMI à l'attribution d'un monopole communal).

Exécution forcée, TF, 14.12.2022, 5A_452/2021*

VICTOR SELLIER, Le recours des créanciers contre la faillite sans poursuite préalable à l'initiative du débiteur

En principe, faute de disposer de la qualité de partie dans la procédure de faillite sans poursuite préalable intentée à la requête du débiteur (art. 191 LP), les créanciers n'ont pas la qualité pour recourir contre le prononcé de la faillite du débiteur (art. 174 LP). En revanche, les créanciers ont la qualité pour recourir contre l'ouverture de la faillite lorsqu'ils soulèvent l'incompétence (notamment en raison du lieu) du tribunal ayant prononcé la faillite.

**Next deadline :
October 2023**



Publish. Stand Out.

Publish your legal article in QUID? FRIBOURG LAW REVIEW and become part of Switzerland's first student law review

YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or you are planning to do so)
- want to publish and show your commitment

WE

- are the QUID? FRIBOURG LAW REVIEW
- publish under the auspices of Fribourg Law Professors
- are officially referenced by the Swiss National Library and Swisslex
- cooperate with several Swiss Law Firms

LEARN MORE <https://student.unifr.ch/quid>
CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch



Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

Par ces quelques lignes, la Fachschaft Jus souhaite vous faire un retour sur l'activité tenue au cours du dernier semestre, tant du point de vue de la politique universitaire que de l'événementiel. Nous nous réjouissons par avance du prochain semestre qui s'annonce déjà bien rempli, alors un conseil : soyez à l'affût !

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Ce semestre a été très riche.

Die Fachschaft Jus nahm ihr politisches Mandat wahr, indem sie in verschiedenen Fakultätskommissionen Einsitz nahm, darunter insbesondere in die Unterrichtskommission, die kürzlich die Unterrichtsmodalitäten ab dem HS 23 diskutierte. Bei dieser Gelegenheit konnte die FS JUS erneut die Bedeutung der Bereitstellung von effizienten Lernmaterialien unterstreichen, insbesondere im Hinblick auf die obligatorischen Masterkurse. Die Kommission diskutierte auch die Frage, ob die Fakultät weiterhin Streaming-Kurse anbieten sollte.

Darüber hinaus ist die FS JUS in der Fakultätsstrukturkommission des Lehrstuhls für Strafrecht II und Strafprozessrecht vertreten, um die Nachfolge von Prof. Riedo zu bestimmen.

Die Universitätskommission, in der die FS JUS vertreten war, war die Kommission zur Ernennung der neuen Rektorin, in der Prof. Katharina Fromm gewählt wurde.

La FS JUS a aussi eu l'occasion de vous présenter des événements variés.

D'une part, ces derniers se voulaient divertissants, tel que l'ont été l'édition 2023 de la Law Night qui a connu un franc succès et l'incontournable Tournoi de Jass réunissant autour de tables tant des Professeurs que d'étudiantes et étudiants.

D'autre part, nos événements se voulaient également pédagogiques. C'est à ce dessein qu'a eu lieu une Conférence simulant la procédure pénale à l'occasion de laquelle nous avons pu entendre un avocat, une procureure et le chef de brigade de la police cantonale. Chacun et chacune nous expliquait sa tâche dans le cadre d'une telle procédure, et cela était illustré au travers d'un scénario fictif.

Nous avons été ravi-e-s de vous accueillir aussi nombreux-ses à cette conférence.

Die Law Career Week bot uns dann die Gelegenheit, mit anderen Vereinen wie il Circolo, die Permanence Juridique Bénévole (PJB), ELSA-Fribourg sowie der International Bridge to Justice (IBJ)-Freiburg zusammenzuarbeiten, um verschiedene Veranstaltungen zu präsentieren. Im Rahmen dieses Projekts wurden zwei Besuche durchgeführt, der erste war der Besuch der Kanzlei NKF in Zürich, und der zweite der Sitz der IBJ in Genf. Wir organisierten auch eine Konferenz, bei der ein Diplomat die Rolle der Jurist:innen im EDA erläuterte sowie einen Infotag, an dem verschiedene Akteure aus der Rechtswelt, wie Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, Juristinnen aus staatlichen Departementen sowie ein Staatsanwalt und eine Richterin über ihre jeweiligen Aufgaben und die Wege, die sie einschlagen können, informierten. Wir danken allen Studentinnen und Studenten für ihre Teilnahme, aber auch den Vereinen, mit denen wir zusammenarbeiten durften, für ihre Zeit und ihr Engagement.

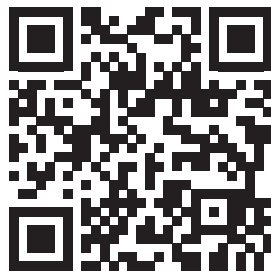
En guise de conclusion, la Fachschaft Jus se réjouit de vous accueillir encore nombreux-ses aux événements du semestre prochain, et vous souhaite d'ici-là, une belle fin de semestre, et une agréable période estivale.

Votre comité de la Fachschaft-Jus

Euer Vorstand der Fachschaft-Jus



QUID?
Fribourg
Law Review



<https://student.unifr.ch/quid>

