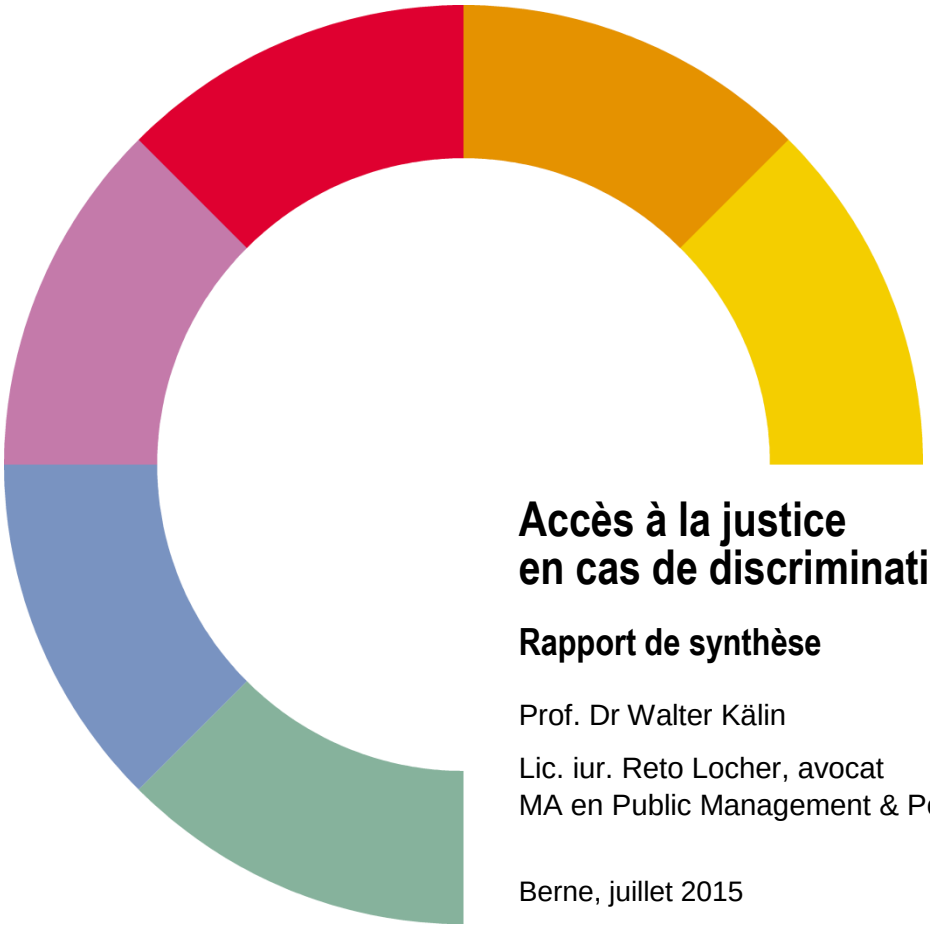

Accès à la justice en cas de discrimination

Rapport de synthèse

Prof. Dr Walter Kälin

Lic. iur. Reto Locher, avocat
MA en Public Management & Policy

Berne, juillet 2015

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Berne
Téléphone +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations VII
Résumé 1
Rapport de synthèse 7
I. Introduction 7
1. Contexte 7
2. Conception de la recherche et structure de l'étude 7
3. Structure du rapport de synthèse 8
II. Protection contre les discriminations dans le droit matériel 9
1. Introduction 9
2. Discrimination en raison du sexe 9
2.1. Tour d'horizon des sources du droit matériel 9
2.2. Principaux résultats de l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité 10
2.3. Discrimination à l'égard des mères et des femmes enceintes 12
2.3.1. Introduction 12
2.3.2. Droit national et international 12
2.3.3. Analyse de la jurisprudence 14
2.4. La question de la violence domestique 17
2.5. Résultats des enquêtes 18
2.5.1. Entretiens personnels 18
2.5.2. Membres du barreau 19
2.6. Conclusions 19
3. Discrimination à l'égard des personnes LGBTI 20
3.1. Notion de personne LGBTI 20
3.2. Garanties découlant des conventions internationales et de la Constitution fédérale 20
3.3. Garanties découlant des lois concernant spécifiquement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle 21
3.3.1. Loi sur le partenariat et loi sur l'égalité 21
3.3.2. Autres dispositions applicables 21
3.4. Dispositions protégeant les personnes transgenres 22
3.5. Dispositions protégeant les personnes intersexuées 23
3.6. Résultats des entretiens personnels 24
3.7. Conclusions 25
4. Discrimination à l'égard des personnes handicapées 26
4.1. Garanties découlant des conventions internationales et de la Constitution fédérale 26
4.2. Garanties découlant de la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées 27
4.2.1. Objet et champ d'application 27
4.2.2. Parties concernées par l'interdiction de la discrimination 28
4.2.3. Conséquences juridiques des discriminations 28
4.3. Garanties découlant du droit pénal et des dispositions générales du droit privé 29
4.4. Analyse de la jurisprudence 30
4.4.1. Vue d'ensemble 30
4.4.2. Constats et enseignements 31
4.5. Résultats des enquêtes 31
4.5.1. Entretiens personnels 31

4.5.2. Membres du barreau ... 32
4.5.3. Tribunaux ... 33
4.6. Conclusions ... 33
5. Discrimination raciale ... 34
5.1. Droit pénal ... 34
5.1.1. Norme pénale contre la discrimination raciale (art. 261bis CP) ... 34
5.1.2. Infractions contre l'honneur ... 36
5.2. Garanties matérielles découlant du droit privé ... 36
5.3. Analyse de la jurisprudence ... 37
5.4. Résultats des enquêtes ... 37
5.4.1. Entretiens personnels ... 37
5.4.2. Membres du barreau ... 38
5.4.3. Tribunaux ... 38
5.5. Conclusions ... 38
6. Garanties générales découlant du droit matériel ... 39
6.1. Bases du droit matériel ... 39
6.1.1. Droit public ... 39
6.1.2. Droit privé ... 39
6.2. Jurisprudence fondée sur le droit public ... 41
6.2.1. Ventilation des arrêts par thème ... 41
6.2.2. Classification des arrêts concernant des étrangers-ères ... 41
6.3. Jurisprudence fondée sur le CC et le CO ... 42
6.3.1. Affaires connues ... 42
6.3.2. Analyse ... 44
6.4. Résultats des enquêtes ... 45
6.4.1. Membres du barreau ... 45
6.4.2. Tribunaux ... 45
6.5. Conclusions ... 46
7. Synthèse ... 47
III. Protection contre les discriminations dans le droit de procédure ... 48
1. Introduction ... 48
2. Qualité pour agir et pour recourir ... 48
2.1. Règles de procédure civile ... 49
2.2. Règles de procédure administrative ... 49
2.3. Règles de procédure pénale ... 50
2.3.1. Ouverture de la procédure pénale ... 50
2.3.2. Droits de la personne lésée ... 50
2.3.3. Statut de personne lésée et de victime en cas d'infractions à la norme pénale antiraciste ... 51
2.4. Résultats des enquêtes ... 51
2.4.1. Entretiens personnels ... 51
2.4.2. Membres du barreau ... 52
2.5. Conclusions ... 52
3. Qualité pour agir et pour recourir des organisations ... 52
3.1. Observations d'ordre général ... 52
3.2. Qualité pour agir et pour recourir prévue par des lois spéciales ... 53
3.2.1. Discrimination en raison du sexe ... 53
3.2.2. Discrimination des personnes LGBTI ... 54
3.2.3. Discrimination à l'égard des personnes handicapées ... 55
3.3. Absence d'exercice collectif des droits en matière de discrimination raciale dans le domaine pénal ... 55

3.4. Résultats des enquêtes 58
3.4.1. Entretiens personnels 58
3.4.2. Tribunaux et membres du barreau 58
3.5. Conclusions 58
4. Maxime inquisitoire et maxime des débats 60
4.1. Règles de procédure civile 60
4.2. Règles de procédure administrative 61
4.3. Règles de procédure pénale 62
4.4. Résultats des enquêtes 62
4.4.1. Entretiens personnels 62
4.4.2. Membres du barreau 62
4.4.3. Tribunaux 62
4.5. Conclusions 62
5. Allégement du fardeau de la preuve 63
5.1. Règles de procédure civile 64
5.1.1. Principes de répartition du fardeau de la preuve 64
5.1.2. Loi sur l'égalité 64
5.2. Règles de procédure administrative et pénale 65
5.3. Résultats des enquêtes 65
5.3.1. Entretiens personnels 65
5.3.2. Membres du barreau 66
5.3.3. Tribunaux 66
5.4. Conclusions 67
6. Frais et assistance judiciaire 68
6.1. Procédure civile 68
6.2. Procédure administrative 69
6.3. Procédure pénale 69
6.3.1. Frais de procédure 69
6.3.2. Frais de représentation en justice et assistance judiciaire 70
6.4. Pratique judiciaire 70
6.4.1. Discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou d'une maternité (art. 3, al. 1er, LEg) 71
6.4.2. Discrimination en raison du handicap 71
6.5. Résultats des enquêtes 72
6.5.1. Entretiens personnels 72
6.5.2. Membres du barreau 72
6.5.3. Tribunaux 72
6.6. Conclusions 72
7. Délai pour introduire une procédure 74
7.1. Droit civil et procédure civile 74
7.2. Règles de procédure administrative et pénale 75
7.3. Le cas particulier des délais de déchéance et de prescription 75
7.4. Résultats des enquêtes 76
7.4.1. Entretiens personnels 76
7.4.2. Membres du barreau 76
7.4.3. Tribunaux 76
7.5. Conclusions 76
8. Durée de la procédure 77
8.1. Remarques générales 77

8.2. Pratique judiciaire ... 77
8.2.1. Loi sur l'égalité ... 77
8.2.2. Affaires concernant des personnes handicapées ... 78
8.2.3. Droit privé général ... 78
8.2.4. Discrimination raciale ... 79
8.3. Résultat des enquêtes ... 79
8.3.1. Entretiens personnels ... 79
8.3.2. Membres du barreau ... 79
8.3.3. Tribunaux ... 79
8.4. Conclusions ... 79
9. Caractère efficace, proportionné et dissuasif des sanctions ... 80
9.1. Droit civil ... 80
9.2. Droit administratif et droit pénal ... 81
9.3. Pratique judiciaire ... 82
9.4. Résultats des enquêtes ... 82
9.4.1. Entretiens personnels ... 82
9.4.2. Membres du barreau ... 83
9.4.3. Tribunaux ... 83
9.5. Conclusions ... 83
10. Tableaux synoptiques des garanties procédurales ... 84
11. Synthèse ... 88
IV. Institutions et règlement des litiges ... 89
1. Introduction ... 89
2. Institutions existantes ... 89
3. Résultats des enquêtes ... 90
3.1. Discrimination en raison du sexe ... 90
3.2. Discrimination à l'égard des personnes LGBTI ... 91
3.3. Discrimination à l'égard des personnes handicapées ... 92
3.4. Discrimination raciale ... 92
4. Mécanismes de règlement des litiges ... 92
5. Synthèse ... 93
V. Conclusions et recommandations ... 94
1. Instruments juridiques ... 94
2. Importance des instruments juridiques dans la pratique ... 95
3. Obstacles à la mise en œuvre ... 96
4. Comparaison avec d'autres ordres juridiques ... 97
4.1. Union européenne ... 98
4.2. Loi-cadre allemande sur l'égalité ... 99
4.3. Avantages et inconvénients ... 100
5. Recommandations ... 100
Liste des tableaux et liste des annexes ... 104
Bibliographie et liste du matériel consulté ... 105

LISTE DES ABREVIATIONS

al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CDPH	Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109).
CEDEF	Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CFF	Chemins de fer fédéraux
CFR	Commission fédérale contre le racisme
ch.	chiffre
cit.	citation
CNE	Commission nationale d'éthique
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant
CP	Code pénal du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPM	Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst 1874	ancienne Constitution fédérale
DFP	Décret du 24 mars 2010 concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (Décret sur les frais de procédure ; RSB 161.12)
FF	Feuille fédérale
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)

LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1)
let.	lettre
LGBTI	personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées
LHand	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés ; RS 151.3)
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)
LPers	Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail ; RS 822.11)
LU	Lucerne
n.	note
OFEC	Office fédéral de l'état civil
OFJ	Office fédéral de la justice
OHand	Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'égalité pour les handicapés (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés ; RS 151.31)
OLT1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
ORD	Ordonnance du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens (Ordonnance sur les dépens ; RSB 168.811)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Pacte I de l'ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)
Pacte II de l'ONU	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
par ex.	par exemple
PIC	programmes d'intégration cantonaux
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
s.	suivant
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
ss	suivants
UE	Union européenne
ZH	Zurich

RESUME

BUT, OBJET ET STRUCTURE DE L'ETUDE

L'étude « Accès à la justice en cas de discrimination » a pour *but* de vérifier si les dispositions légales en vigueur en Suisse garantissent une protection efficace et appropriée contre la discrimination et de déterminer si les mécanismes d'accès à la justice fonctionnent dans notre pays. Elle a ainsi pour vocation de procurer aux organismes publics chargés de la protection contre les discriminations une base solide pour évaluer l'efficacité des instruments existants, déterminer si le cadre juridique en vigueur est satisfaisant et cerner les domaines dans lesquels des améliorations sont nécessaires ou souhaitables. Enfin, cette étude fournira les fondements nécessaires à l'élaboration du rapport que le Conseil fédéral doit présenter en réponse au postulat 12.3543 Naef « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

L'étude s'intéresse à trois motifs de discrimination : le *sexe* (y compris l'orientation et l'identité sexuelles), le *handicap* et la *race* (y compris l'origine ethnique). Elle examine à cet effet les dispositions du droit matériel, les garanties procédurales et les mesures adoptées par les institutions dans le domaine de la protection contre la discrimination, passe en revue la jurisprudence et analyse, à l'aide d'enquêtes, l'efficacité des instruments à disposition. Pour l'examen des garanties procédurales, nous nous sommes inspirés de la structure de l'étude de la Commission européenne intitulée « Access to justice in gender equality and anti-discrimination law »[1]. Les enquêtes que nous avons effectuées pour analyser la situation actuelle comprenaient des entretiens personnels avec les responsables des centres de consultation, des enquêtes en ligne effectuées auprès de ces mêmes centres de consultation et auprès de membres du barreau ainsi qu'une enquête par questionnaire écrit auprès du personnel de tous les tribunaux et organes de conciliation de Suisse. Nous avons par ailleurs contacté l'ensemble des tribunaux et offices de conciliation de Suisse afin de rassembler leur jurisprudence : 65 % d'entre eux ont fait suite à notre demande et nous ont fourni 453 décisions et jugements rendus ces dix dernières années sur des questions relevant de la discrimination.

L'étude a la structure suivante : le rapport de synthèse résume les résultats de onze études thématiques – qui figurent en annexe –, répond aux questions du postulat et formule des conclusions et des recommandations afin d'améliorer la protection contre la discrimination en Suisse. L'étude thématique n° 1 présente les principes régissant la protection contre la discrimination, tandis que les suivantes abordent les sujets du genre, des personnes LGBTI[2], du handicap (études n° 2 à 5) et de la discrimination raciale (études n° 6 et 7). Les dernières analysent la jurisprudence (étude n° 8) et présentent les résultats de l'enquête adressée aux tribunaux et du questionnaire en ligne envoyé aux membres du barreau et aux centres de consultation (études n° 9 à 11).

---

1 A télécharger à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (consultée le 20 juil. 2015 ; en anglais, avec les « Points clés » et un « Résumé » en français).

2 Il s'agit de l'abréviation de « (personnes) lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées ».

PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS DANS LE DROIT MATERIEL

En droit matériel, la Suisse dispose de normes spécifiques importantes : l'art. 8, al. 2 de la Constitution fédérale (Cst)[3], la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)[4], la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand)[5] et l'art. 261bis du code pénal (CP)[6].

Cette protection est bien développée dans le domaine du droit public, en raison de la LEg et de la LHand qui contiennent des règles précises et parce qu'il est toujours possible d'invoquer l'art. 8, al. 2, Cst et sa liste détaillée de motifs de discrimination dans les cas où les lois spéciales font défaut.

Les lois spéciales recouvrent la discrimination *dans les rapports entre particuliers* de façon très lacunaire et dans une mesure très variable. En plus des normes explicites de la LEg pour le monde du travail et de celles de la LHand pour les services offerts au public, il existe certes de la la jurisprudence sur la protection contre la discrimination dans le cadre de la protection de la personnalité (art. 27 ss du code civil [CC][7] et art. 328 et 336 du code des obligations [CO][8]) et de l'interdiction des contrats illicites et contraires aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO), mais cette jurisprudence se cantonne pour l'essentiel au monde du travail et tranche uniquement la question de l'admissibilité des congés prononcés en raison du sexe ou de la race (ainsi que de l'âge). Pour ce que nous pouvons en juger, les tribunaux n'ont pas examiné d'autres questions relevant du monde du travail et n'ont pas rendu de décision dans des affaires de discrimination relevant d'autres domaines de la vie. En raison du manque de jurisprudence et de doctrine en la matière, il nous est totalement impossible de déterminer dans quelle mesure les dispositions générales et les notions juridiques indéterminées du CC et du CO mentionnées ci-dessus s'appliquent aux personnes LGBTI. Enfin, nous n'avons identifié que dix arrêts portant sur la protection contre la discrimination garantie par le CC et par le CO, et cela dans toute la Suisse : le nombre extrêmement faible d'arrêts que les tribunaux ont rendus dans des affaires de discrimination en se fondant sur ces actes législatifs montre que les dispositions du droit privé sont pour l'essentiel inefficaces. Cet état de fait ne s'explique pas tant par la jurisprudence, peu abondante certes, mais tout de même existante, que par l'absence de mécanismes d'allégement procédural – qui crée un risque important, notamment sur la question de l'établissement des preuves, inhérent aux affaires de discrimination –, ainsi que par le fait que le potentiel de protection existant dans le droit en vigueur est parfois mal connu des centres de consultation, avocat-e-s et des tribunaux et qu'il existe un manque de sensibilisation dans ce domaine.

La norme pénale contre le racisme ne recouvre pas les actes de dénigrement et la propagande xénophobes qui ne se rapportent ni à la race, ni à l'ethnie, ni encore à la religion de la victime, mais à la nationalité ou au statut juridique d'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.). Le droit pénal ne réprime pas non plus les actes de dénigrement ni la propagande haineuse qui prennent

---

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

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

5 Loi fédérale du 13 déc. 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand ; RS 151.3).

6 Code pénal du 21 déc. 1937 (CP ; RS 311.0).

7 Code civil du 10 déc. 1907 (CC ; RS 210).

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

pour cible les femmes ou les personnes LGBTI, pas plus qu'il ne considère les motifs de discrimination comme une circonstance aggravante.

PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS DANS LE DROIT DE PROCEDURE

Il arrive souvent que les victimes renoncent à faire valoir leurs droits en justice. Cette décision peut avoir plusieurs raisons : la crainte de subir des répercussions (comme la perte de leur emploi), le peu de chances d'avoir gain de cause étant donné la difficulté de prouver la discrimination, le risque financier ou le déséquilibre entre l'épreuve que constitue une procédure judiciaire pour toutes les parties et des sanctions souvent modestes pour l'auteur de la discrimination. Le législateur a reconnu cette difficulté et a adopté, dans certaines lois, des mécanismes d'allégement de la procédure.

Les mécanismes d'allégement du fardeau de la preuve sont un instrument essentiel pour faciliter l'accès à la justice, compte tenu des difficultés qu'ont les victimes à étayer leurs accusations. Jusqu'ici, ces mécanismes ne concernent que la LEg, sans que l'on voie de motifs sérieux de ne pas les introduire dans les autres domaines concernés par la discrimination.

La qualité pour agir et pour recourir à but idéal octroyée aux organisations facilite considérablement l'accès à la justice, étant donné qu'elle réduit les obstacles qui peuvent dissuader les victimes de discrimination de saisir le tribunal. Si la LEg confère cette qualité aux organisations, il n'est cependant pas certain qu'elle puisse s'appliquer également aux cas de discrimination envers les personnes homosexuelles, bisexuelles et intersexuées. La LHand octroie elle aussi aux organisations le droit d'agir en justice. Les organisations n'ont en revanche pas la possibilité d'introduire des actions ou des recours pour défendre l'intérêt public lorsque les actes discriminatoires relèvent du droit civil ou du droit public, mais ne tombent pas sous le coup de l'une de ces deux lois. Elles ont néanmoins le droit, dans ces domaines aussi, d'introduire des actions dites « égoïstes » pour défendre les intérêts de leurs membres.

La *maxime inquisitoire* facilite également l'accès à la justice. Si elle s'applique de façon généralisée en droit public et en droit pénal, seule la forme atténuée, dite « sociale », régie par le code de procédure civile (CPC)[9] est valable dans le champ d'application de la LEg qui relève du droit privé, ainsi que dans certaines parties du CC et du CO.

Enfin, les *sanctions* prévues en droit du travail pour les actes discriminatoires fondés sur le sexe et d'autres motifs ne sont pas toujours suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives.

INSTITUTIONS ET REGLEMENT DES LITIGES

Il est important que les victimes de discrimination puissent avoir un accès facilité à des centres et bureaux de consultation. Des institutions de ce genre existent, d'une ampleur très variable, pour les domaines du genre (bureaux communaux et cantonaux de l'égalité), du handicap et du racisme, mais il leur manque souvent des connaissances juridiques pour savoir quand il est nécessaire d'aiguiller les victimes vers des spécialistes des domaines concernés. De plus, ces institutions manquent de ressources. Quant au domaine LGBTI, il ne bénéficie d'aucun ancrage institutionnel et ne fait l'objet d'aucune mesure de sensibilisation ou d'information de la part des ser-

[9] Code de procédure civile du 19 déc. 2008 (CPC ; RS 272).

vices de l'administration. Il présente ainsi un potentiel de développement et d'action considérable.

Dans l'ensemble, on constate une très grande hétérogénéité dans les mandats et la manière dont travaillent ces institutions. De plus, leur forte spécialisation dans certains types de discrimination précis augmente le risque de ne pas identifier les cas de discrimination multiple. En cela aussi, le manque de cohérence est un facteur qui rend difficile l'accès à la justice.

Enfin, la Suisse a mis en place des mécanismes de règlement des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires. Dans le domaine de la protection contre la discrimination, le droit civil propose des procédures de conciliation simples et gratuites, qui sont actionnées avant l'introduction d'une procédure judiciaire, et permettent souvent aux personnes lésées d'obtenir une réparation plus rapide et plus économique. Les offices de conciliation prévus par la LEg jouent en l'occurrence un rôle particulièrement important. Dans l'ensemble, ce ne sont donc pas tant les aspects institutionnels que certains aspects du droit procédural qui posent problème.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Dans la pratique, divers facteurs d'ordre juridique et matériel peuvent entraver l'application des interdictions de la discrimination prévues par le droit suisse ; il s'agit notamment des facteurs suivants : *(1) le manque de sensibilisation et d'information :* les victimes et les centres de consultation ne savent pas, ou pas exactement, quels actes de discrimination sont répréhensibles, c'est-à-dire quand il serait possible d'intenter une action en justice contre l'auteur de la discrimination ; *(2) l'insuffisance des ressources financières et des effectifs des centres de consultation* ; *(3) la réticence des victimes à engager une procédure judiciaire,* que ce soit par crainte des conséquences négatives (comme la perte de l'emploi), en raison de l'issue incertaine du procès, des coûts relativement élevés à la charge de la partie déboutée ou des tracas inhérents à toute procédure judiciaire, ou encore de la faible sanction encourue par l'auteur ; *(4) l'absence de jurisprudence claire,* surtout dans le domaine LGBTI et dans les domaines autres que l'embauche et le licenciement régis par le CC et le CO ; *(5) les lacunes et l'incohérence du droit matériel* ainsi que l'incertitude entourant la pertinence des dispositions du CC et du CO pour la protection contre la discrimination dans les rapports entre particuliers, et *(6) les obstacles procéduraux,* et notamment l'absence, pour les organisations, de qualité pour agir et pour introduire des recours à but idéal contre les discriminations dont sont victimes les personnes homosexuelles et bisexuelles, ainsi que contre les discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique et la religion ; le fait que ni les discriminations dont sont victimes les personnes LGBTI ni celles fondées sur le handicap et la race dans le monde du travail ne bénéficient de la maxime inquisitoire atténuée (« sociale ») lorsque la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs ; le fait que le principe du renversement du fardeau de la preuve ne vaut que pour le champ d'application de la LEg ; et enfin les possibilités de sanction limitées prévues par la LEg et par la LHand.

Des aspects essentiels distinguent le droit suisse du droit européen. Si, dans le domaine du travail, la protection assurée par le droit suisse contre la discrimination fondée sur le sexe est comparable à celle du droit européen, les normes suisses sont inférieures aux normes européennes dans la plupart des autres domaines, car ni la LHand, ni les dispositions du droit public et du droit privé interdisant la discrimination raciale ne prévoient d'allégement du fardeau de la preuve. De façon générale, le champ d'application des dispositions de droit privé contre les discriminations fondées sur le sexe (à l'exception du monde du travail) et contre les discriminations fondées sur

les convictions philosophiques ou politiques, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle est plus vaste dans l'UE qu'en Suisse.

Par rapport à la loi-cadre allemande contre la discrimination, le droit suisse présente deux avantages : l'inscription détaillée de l'interdiction de la discrimination dans la Constitution fédérale (art. 8) et l'adoption de lois spécifiques, comme la LEg et la LHand, qui peuvent mieux s'adapter aux particularités de chaque type de discrimination qu'une loi-cadre. L'expérience montre par ailleurs que les organisations et les centres de consultation s'identifient fortement à ces lois spécifiques, et acquièrent des compétences pointues dans ces domaines. Pour autant, ces avantages ne sauraient dissimuler les diverses faiblesses et lacunes dont souffrent le droit matériel et le droit procédural suisse.

Sur la base de ces conclusions, nous formulons les recommandations suivantes susceptibles d'assurer une protection optimale contre la discrimination :

- *Législation :* même si cette étude n'avait pas pour mission d'élaborer des propositions de réforme détaillées, les résultats auxquels elle parvient nous permettent de recommander d'examiner en particulier les suggestions suivantes, dans l'optique de rendre le droit suisse contre la discrimination plus cohérent, d'améliorer la sécurité juridique et, de façon générale, de renforcer la protection contre la discrimination : (1) inscrire l'interdiction de la discrimination dans une norme de droit privé qui viendrait compléter les art. 27 ss CC relatifs à la protection de la personnalité, et qui se fonderait sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, ou la compléterait dans les domaines où la Cour suprême ne s'est pas prononcée ; (2) étendre le champ d'application de la norme pénale contre le racisme à la propagande haineuse et aux actes de dénigrement xénophobes envers certaines nationalités ou certaines personnes du fait de leur statut d'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.) et adopter des normes pénales qui protègent aussi d'autres victimes de discrimination (femmes, personnes handicapées, personnes LGBTI) des actes de dénigrement et de haine ; (3) étendre le droit d'agir à but idéal des organisations dans les procédures civiles et leur droit de recourir dans les procédures administratives à tous les domaines du droit concernés par la discrimination ; (4) étendre la maxime inquisitoire atténuée (« sociale ») à d'autres domaines du droit concernés par la discrimination (et surtout au champ d'application de la LHand) ; (5) adopter le principe de l'allégement du fardeau de la preuve (présomption de l'existence d'une discrimination lorsque celle-ci est rendue vraisemblable) pour tous les cas de discrimination et (6) durcir les sanctions dans les domaines où le droit en vigueur est plus restrictif que les règles ordinaires.
- *Règlement extrajudiciaire des litiges :* dans bien des cas, les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges, et notamment la conciliation, sont des instruments mieux adaptés que la justice ordinaire à la résolution des différends liés à la discrimination. Dès lors, il y a lieu de les renforcer et d'en promouvoir l'usage, pour autant qu'ils n'existent pas déjà.
- *Sensibilisation de toutes les parties :* le potentiel du droit privé, notamment celui des garanties de la protection de la personnalité (art. 28 CC) et de la qualité pour agir à but idéal octroyée aux organisations (art. 89 CPC), n'étant manifestement pas entièrement exploité, il y a lieu d'adopter des mesures afin de former et de sensibiliser les spécialistes. Nous recommandons aussi de vérifier si les personnes particulièrement marginalisées (comme les migrant-e-s) bénéficient des mesures de sensibilisation et si elles ont accès aux informations nécessaires.

- *Ressources :* il existe certes des centres de consultation financés par les pouvoirs publics dans les domaines de l'égalité des sexes, de l'égalité des personnes handicapées et aussi, depuis la création des programmes d'intégration cantonaux (PIC), du racisme, mais certaines ne disposent pas de suffisamment de ressources, de sorte que ce sont des bénévoles qui conseillent les personnes venues consulter. Ce problème est encore accentué dans le domaine LGBTI, du fait de l'absence de centre de consultation. Il y a lieu de vérifier de quelle manière il serait possible de combler ces lacunes.

- *Données :* dans certains domaines du moins, le manque de données disponibles réduit l'efficacité de la protection contre la discrimination. Les spécialistes estiment en effet que les cas non déclarés sont nombreux et les lacunes statistiques importantes, notamment dans des domaines comme la violence domestique, le racisme et la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI. Il y a donc lieu d'analyser la façon de consolider la collecte des données relatives à la discrimination.

Nous ne recommandons pas d'adopter une loi-cadre contre la discrimination qui régirait tous les domaines concernés et qui remplacerait les lois spécifiques en vigueur. En effet, notre étude montre clairement que ces domaines présentent des problématiques fort différentes et qu'il pourrait être difficile de concevoir des normes transversales qui tiendraient correctement compte de chacun d'entre eux. En outre, le principal danger d'un projet législatif de ce genre serait de remettre en question les acquis et d'affaiblir des structures et des institutions de monitorage, de consultation et de soutien bien rodées. Il est en revanche indiqué d'harmoniser, jusqu'à un certain degré, les dispositions en vigueur dans les divers domaines concernés par la discrimination, de la façon que nous suggérons ci-dessus, afin d'améliorer la cohérence de la protection générale contre la discrimination et de permettre aux victimes de discriminations multiples de faire valoir plus facilement leur droit en justice.

Nous recommandons enfin à la Confédération, dans le sillage notamment des interventions parlementaires et des projets législatifs relatifs à la discrimination, de mettre en route un *plan d'action* « Prohibitions de la discrimination » afin de poser un cadre cohérent pour les réformes et les révisions de loi portant sur les éléments et les champs d'action identifiés dans cette étude et dans ses annexes.

ACCES A LA JUSTICE EN CAS DE DISCRIMINATION

RAPPORT DE SYNTHESE

I. INTRODUCTION

1. Contexte

La discrimination, qui consiste à rabaisser ou à traiter de façon inégale des personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur couleur de peau, de leur appartenance ethnique, de leur handicap ou d'autres caractéristiques constitutives de leur identité, n'épargne pas la Suisse. Notre pays s'est doté de normes détaillées pour y faire face, avec la nouvelle Constitution fédérale de 1999, et plus précisément son art. 8, al. 2 à 4. Ces normes constitutionnelles ont été précédées par la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), datant de 1995, qui a été le premier acte législatif à régir un aspect important de cette problématique. La loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand) de 2002 et diverses dispositions du CC et du CO relatives notamment à la protection de la personnalité sont encore venues renforcer la protection contre la discrimination.

Dans la pratique, ces actes législatifs ne s'avèrent efficaces que dans la mesure où ils régissent tous les domaines touchés par la discrimination, et pour autant que les victimes puissent saisir la justice. L'expérience montre en effet que des obstacles d'ordre matériel – ignorance du droit, crainte des répercussions ou difficultés de prouver la discrimination – s'ajoutent aux problèmes d'ordre juridique pour dissuader les victimes d'emprunter la voie judiciaire.

C'est dans ce contexte que le Conseil national a adopté le 14 décembre 2012 le postulat Naef (12.3543) et chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport « indiquant les points forts du droit fédéral en vigueur s'agissant de la protection contre la discrimination et présentant une étude comparative sur l'efficacité de différents instruments juridiques ».

Conformément à la convention passée avec les commanditaires, l'étude « Accès à la justice en cas de discrimination » a pour but de vérifier si les dispositions légales en vigueur en Suisse garantissent une protection efficace et appropriée contre la discrimination et de déterminer si les mécanismes d'accès à la justice fonctionnent dans notre pays. Elle a aussi pour vocation de procurer aux organismes publics chargés de la protection contre les discriminations une base solide pour évaluer l'efficacité des instruments existants, déterminer si le cadre juridique en vigueur est satisfaisant et cerner les domaines dans lesquels des améliorations sont nécessaires ou souhaitables. Enfin, elle fournira les fondements nécessaires à l'élaboration du rapport que le Conseil fédéral doit présenter en réponse au postulat 12.3543 Naef « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

2. Conception de la recherche et structure de l'étude

L'étude examine les dispositions du droit matériel, les garanties procédurales et les mesures adoptées par les institutions dans le domaine de la protection contre la discrimination, passe en revue la jurisprudence et analyse, à l'aide d'enquêtes sociologiques, l'efficacité des instruments à disposition. Pour la structure de l'examen des garanties procédurales, nous nous sommes inspi-

rés de l'étude de la Commission européenne intitulée « Access to justice in gender equality and anti-discrimination law » (ci-après, l'étude de l'UE[10]). Nous l'avons complétée, s'agissant de l'analyse de la jurisprudence, par une étude de la pratique de tous les tribunaux et de tous les organes de conciliation de Suisse.

L'étude que nous présentons ici se nourrit en outre d'enquêtes effectuées auprès des organes jouant un rôle prépondérant dans la protection contre la discrimination : entretiens personnels avec les responsables de centres de consultation[11], enquêtes en ligne effectuées auprès de ces mêmes permamences[12] et auprès de membres du barreau[13] et enquêtes par questionnaires écrits auprès du personnel et des juges de tous les tribunaux et organes de conciliation de Suisse[14]. Nous avons par ailleurs demandé à ces derniers de nous fournir les décisions et les arrêts qu'ils ont prononcés ces dix dernières années[15].

L'étude est subdivisée en études thématiques, qui portent d'une part sur les garanties générales de l'art. 8 Cst, les normes antidiscrimination du CC et du CO et la jurisprudence y relative et, d'autre part, sur les motifs de discrimination que sont le genre (y compris le domaine LGBTI), le handicap et la race.

La structure de l'étude est la suivante : le rapport de synthèse résume les résultats des études thématiques, répond aux questions du postulat et formule des conclusions et des recommandations utiles à l'amélioration de la protection contre la discrimination en Suisse. L'étude thématique n° 1 présente les principes régissant le domaine qui nous intéresse, tandis que les autres abordent les sujets du genre, des personnes LGBTI et du handicap (études n° 2 à 5), de la discrimination raciale (études n° 6 et 7), de la jurisprudence (étude n° 8) ainsi que les résultats de l'enquête adressée aux tribunaux et ceux du questionnaire en ligne envoyé aux membres du barreau et aux centres de consultation (études n° 9 à 11).

3. Structure du rapport de synthèse

Le rapport de synthèse a la structure suivante :

Les chiffres II et III présentent, subdivisés par chapitre, les résultats des études thématiques consacrées respectivement à la *protection contre la discrimination dans le droit matériel* et à la *protection contre la discrimination dans les procédures judiciaires*. Chaque chapitre comprend les sections suivantes : bases légales, jurisprudence, résultats des enquêtes adressées aux spécialistes et conclusions, puis se termine par une synthèse des résultats.

---

10 A télécharger à l'adresse http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (consultée le 20 juil. 2015 ; en anglais, avec les « Points clés » et un « Résumé » en français).

11 Nous avons réalisé plus de 40 entretiens personnels et une enquête en ligne auprès des centres de consultation actifs dans les domaines genre, LGBTI et racisme.

12 Sur 127 centres de consultation sollicités, 58 ont répondu à ce questionnaire en ligne, ce qui correspond à un taux de retour de 46 %.

13 Sur 1620 avocat-e-s sollicités, 432 ont répondu à ce questionnaire en ligne, ce qui correspond à un taux de retour de 27 %.

14 Sur 522 tribunaux et organes de conciliation sollicités, 150 ont répondu à ce questionnaire écrit, ce qui correspond à un taux de retour de 29 %.

15 Nous avons pris contact avec 522 tribunaux et organes de conciliation ; 65 % ont donné suite à notre requête, nous fournissant un total de 453 décisions. Pour l'analyse de la jurisprudence, nous renvoyons le lecteur à l'étude thématique n° 8.

Le chiffre IV s'intéresse aux *institutions publiques actives en Suisse dans le domaine de la protection contre la discrimination* et aux appréciations portées par les spécialistes consultés. Il rend aussi compte des *mécanismes de conciliation* existants dans notre pays, pour se conclure par une synthèse des résultats.

Quant au chiffre V, il présente les *conclusions et recommandations* tirées des études thématiques. Il commence par répondre aux questions du postulat (ch. V 1 à 4), puis présente des recommandations susceptibles d'améliorer la protection contre la discrimination en Suisse.

II. PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS DANS LE DROIT MATERIEL

1. Introduction

Une personne victime de discrimination ne peut saisir la justice que si le droit matériel contient des normes interdisant la discrimination. A défaut d'une loi générale, la Suisse dispose de lois sanctionnant des actes discriminatoires spécifiques fondés sur le sexe, le handicap et la race, ainsi que d'une interdiction constitutionnelle, qui se concrétise dans l'art. 8, al. 2, Cst et s'applique à tous les domaines. Mentionnons aussi divers principes généraux et des notions juridiques floues du droit privé, qui peuvent être utiles pour lutter contre la discrimination. Ces dernières dispositions ont un caractère supplétif, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent lorsqu'aucune loi spéciale n'offre de protection.

Dans les pages qui suivent, nous commençons par présenter les lois spéciales réprimant la discrimination en raison du sexe, de l'orientation sexuelle, du handicap et de la race (ch. 2 à 5), pour aborder ensuite les garanties générales de l'art. 8 Cst et du droit privé.

2. Discrimination en raison du sexe

2.1. Tour d'horizon des sources du droit matériel

En droit international, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Convention CEDEF)[16] énonce une prohibition générale de la discrimination en raison du sexe et consacre le principe de l'égalité de sexes[17]. Par ailleurs, les interdictions de la discrimination énoncées à l'art. 26 du Pacte II de l'ONU[18] et à l'art. 14 CEDH[19] s'appliquent également, mais se limitent aux droits garantis dans ces instruments.

En droit suisse, la prohibition de la discrimination en raison du sexe est inscrite à l'art. 8, al. 2, Cst, tandis que l'art. 8, al. 3, Cst précise que la loi pourvoira à l'égalité de droit et de fait des hommes et des femmes[20]. Le législateur a honoré ce mandat en approuvant la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) entrée en vigueur le 1er juillet 1996, première loi spécifique antidiscrimination adoptée en Suisse à s'appliquer directement aux rapports entre particuliers.

---

16 Convention CEDEF du 18 déc. 1979 (RS 0.108). Les hommes ne peuvent l'invoquer.

17 Cf. l'étude thématique n° 2, ch. II.1.1 et 1.2.

18 Pacte international du 16 déc. 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU ; RS 0.103.2).

19 Convention du 4 nov. 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101). Cf. l'étude thématique n° 1, ch. II.1.1 à 1.7.

20 Cf. l'étude thématique n° 2, ch. II.3.

La Leg, qui vise à promouvoir dans les faits l'égalité des femmes et des hommes (art. 1 LEg), ne s'applique qu'aux rapports de travail. Son art. 3, al. 1er protège les travailleurs, tant les hommes que les femmes, de toute discrimination, directe ou indirecte, en raison du sexe, qui se fonde notamment sur leur état civil, leur situation familiale ou une grossesse[21]. En vertu de l'art. 3, al. 2, LEg, cette interdiction s'applique en particulier à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail. Enfin, l'art. 3, al. 3, LEg précise que lorsqu'elles sont appropriées, les mesures visant à promouvoir dans les faits l'égalité ne constituent pas une discrimination, et l'art. 4 LEg dispose que le harcèlement sexuel doit également être considéré comme une forme de discrimination. La LEg s'applique tant aux rapports de travail de droit privé qu'à ceux régis par le droit public, cantonal ou communal (art. 2 LEg). La personne subissant une discrimination peut, selon l'art. 5 LEg, requérir le tribunal ou l'autorité administrative d'interdire la discrimination, ou d'y renoncer, si elle est imminente (let. a), de faire cesser la discrimination, si elle persiste (let. b), de constater l'existence de la discrimination, si le trouble qu'elle a créé subsiste (let. c) ou d'ordonner le paiement du salaire dû (let. d). Lorsque la discrimination consiste en un refus d'embauche ou la résiliation de rapports de travail régis par le code des obligations, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur (art. 5, al. 2, LEg). En cas de harcèlement sexuel, l'employeur peut aussi être condamné au paiement d'une indemnité, à moins qu'il ne prouve qu'il a pris les mesures qui s'imposent pour prévenir ces actes (art. 5, al. 3, LEg). La discrimination donne droit à une indemnité équivalente à trois mois de salaire au maximum si elle consiste en un refus d'embauche et à six mois au plus si elle concerne la résiliation des rapports de travail ou un cas de harcèlement sexuel (art. 5, al. 4, LEg).

La LEg ne protège pas les victimes d'actes discriminatoires fondés sur le sexe en dehors du monde du travail, comme le harcèlement sexuel dans le domaine public, la propagation de messages de haine contre les femmes ou encore les crimes motivés par la misogynie. Outre les normes pénales (abordées ci-dessous), ce sont des dispositions du droit privé qui peuvent, le cas échéant, s'appliquer en l'espèce. Il s'agit notamment de la protection de la personnalité garantie par l'art. 28 CC, des principes juridiques et des dispositions d'ordre général comme le principe de bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC), de l'interdiction des contrats contraires au droit impératif, aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO) et de la protection contre les congés en droit du bail (art. 271 CO).

Le droit pénal réprime les délits contre l'honneur qu'il recense aux art. 173 ss CP, ainsi que, aux art. 187 ss CP, les atteintes à l'intégrité sexuelle, et notamment le harcèlement sexuel en public, visé à l'art. 198 CP « Contraventions contre l'intégrité sexuelle ».

2.2. Principaux résultats de l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité

Nous n'avons pas procédé à une nouvelle évaluation complète de l'efficacité de la LEg, étant donné que celle-ci avait déjà fait l'objet d'un bilan entre 2003 et 2005. Notre mandat consistait ainsi davantage à réexaminer les principaux résultats de cette analyse et à mettre en évidence les atouts et les lacunes de la loi. Cette brève évaluation a abouti aux résultats suivants :

D'une part, les *éléments positifs* permettent de conclure que la loi a fait ses preuves :[22]

[21] Le motif de la grossesse englobe aussi celui de la maternité. Cf. Freivogel, n. 18 ad art. 3 LEg.

[22] Ces propos sont tirés de l'étude thématique n° 2, ch. IV.5.

- *S'agissant de la concrétisation de l'égalité entre hommes et femmes*, des progrès ont été accomplis et la LEg a suscité un vaste débat, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qui a permis de prendre davantage conscience de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle et de battre en brèche certains stéréotypes concernant les rôles attribués aux hommes et aux femmes.
- *La protection juridique de l'individu s'en est trouvée nettement renforcée :* quinze actions seulement ont été introduites en justice sur la base de l'article sur l'égalité salariale (art. 4, al. 2, Cst 1874) inscrit dans la Constitution en 1981, alors que le nombre de jugements rendus de 1995, date de la mise en vigueur de la LEg, au printemps 2004 s'est élevé à 153 pour les actions en égalité de salaire et à 270 pour les arrêts d'ordre général fondés sur la LEg[23]. Aujourd'hui, le recueil des arrêts des cantons alémaniques recense à lui seul quelque 640 procédures sur le site www.gleichstellungsgesetz.ch et celui des cantons romands en présente 90 sur le site www.leg.ch. Il serait toutefois erroné de parler d'une avalanche d'actions en justice : comme le montrent les données du site www.gleichstellungsgesetz.ch[24], le nombre d'arrêts a plutôt tendance à régresser ces dernières années[25]. Le potentiel effet pervers évoqué au moment de l'adoption de cette loi, soit la réticence des employeurs à engager des femmes, n'a en revanche pas été observé[26].
- *Discriminations salariales :* la LEg a permis de les combattre avec succès et d'accomplir de nets progrès dans les professions typiquement féminines du secteur public[27].

D'autre part, force est de signaler les *problèmes* d'application de la LEg, tels qu'ils ressortent de l'évaluation réalisée de 2003 à 2005 et des recueils de données récents :[28]

- Se fondant sur l'évaluation qui lui a été fournie, le Conseil fédéral a conclu qu'il fallait adopter des *mesures pour informer et sensibiliser* tous les groupes de personnes et institutions concernés par le sujet. Il a aussi estimé nécessaire d'adopter des mesures plus spécifiques, comme un mécanisme de contrôle de l'application du principe « A travail égal, salaire égal » ou un sytème incitant les entreprises à pratiquer l'égalité. Des efforts sont actuellement consentis dans ce sens[29].
- Sur la base de l'évaluation 2003 à 2005, qui a conclu que la LEg n'était pas suffisamment appliquée, diverses initiatives ont été lancées ces dernières années pour augmenter le degré

---

23 Ramseyer & Müller, p. 1333 s.

24 La base de données www.gleichstellungsgesetz.ch se propose de recenser le plus grand nombre possible d'arrêts rendus dans les cantons alémaniques (y compris la partie francophone du canton de Berne) en vertu de la LEg.

25 Les statistiques des dernières années sont les suivantes : 2009 : 64, 2010 : 60, 2011 : 39, 2012 : 46 et 2013 : 40. Les chiffres pour 2014 ne sont pas encore définitifs.

26 Von Witzleben, p 108.

27 Stutz, Schär Moser & Freivogel, p. V. « Les actions de groupe et de masse, la combinaison d'actions collectives et d'actions individuelles intentées par les employées travaillant dans des professions typiquement féminines ont produit de vastes changements, surtout dans la structure des salaires des cantons. Quatre actions collectives et individuelles combinées, introduites en parallèle dans le secteur zurichois de la santé ont, à elles seules, conduit au paiement d'arriérés d'environ 280 millions de francs à plusieurs milliers de personnes, ainsi que des surcoûts salariaux annuels de 70 millions de francs. »

28 Stutz, Schär Moser & Freivogel, p. XIV et Von Witzleben, p. 108.

29 Cf. à ce sujet le communiqué de presse du Conseil fédéral du 22 oct. 2014 : « Egalité salariale : le Conseil fédéral entend prendre de nouvelles mesures », à l'adresse https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=54905 (consulté le 9 sept. 2015).

de notoriété de la loi. En dépit de ces efforts, le nombre de procédures judiciaires n'a pas augmenté, mais s'est stabilisé à un niveau plutôt bas (cf. ci-dessus, note 25).

- Les craintes nourries par les personnes lésées – et surtout la *peur du licenciement* – continuent à constituer un obstacle à l'introduction d'une action individuelle[30]. Toutefois, près des trois quarts des offices de conciliation interrogés lors de l'évaluation étaient d'avis que la LEg protégeait suffisamment contre les congés. S'ils estimaient que la peur de perdre son emploi représentait un problème sérieux, ils pensaient également que la protection légale contre le licenciement ne permettrait pas à elle seule de le résoudre[31].
- La protection contre les congés de rétorsion inscrite à l'art. 10 LEg n'a pas fait ses preuves : nous n'avons connaissance d'aucun cas, s'agissant de rapports de travail de droit privé, dans lequel une salariée victime d'un licenciement discriminatoire pendant le délai de protection aurait repris le travail après avoir saisi le juge.
- Les discriminations indirectes représentent des cas délicats : souvent, ni les victimes, ni leurs représentant-e-s, ni les employeurs ne les reconnaissent comme telles.

2.3. Discrimination à l'égard des mères et des femmes enceintes

2.3.1. Introduction

La Conférence suisse des offices de conciliation au sens de la loi sur l'égalité (COC) ayant observé une montée de la discrimination à l'égard des mères et des femmes enceintes, nous avons examiné les dispositions légales applicables, réalisé des enquêtes sociologiques et analysé la jurisprudence rendue dans ce domaine.

2.3.2. Droit national et international

En droit international, le Pacte I de l'ONU (art. 10)[32], la CEDEF (art. 4, al. 2 et art. 11), la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité[33] et la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, que la Suisse n'a pas ratifiée, créent des mécanismes juridiques visant à protéger les mères et les femmes enceintes.

En vertu de la Constitution fédérale suisse, la Confédération et les cantons sont tenus de veiller à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de la maternité (art. 41, al. 2, Cst). La Confédération a rempli en 2005 le mandat constitutionnel d'instituer une assurance-maternité, inscrit à l'art. 116, al. 3, Cst[34].

Les lois antidiscrimination sont la loi sur le travail (LTr)[35], le code des obligations et la LEg :

---

30 Cette opinion ressort des questionnaires adressés aux représentant-e-s des organisations de salarié-e-s et aux offices de conciliation.

31 Stutz, Schär Moser & Freivogel, p. 15. Cf. aussi p. V, p. XII et p. 121.

32 Pacte international du 16 déc. 1996 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU ; RS 0.103.1).

33 Convention n° 183 sur la protection de la maternité, du 15 juin 2000 (RS 0.822.728.3).

34 Art. 16b ss de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG ; RS 834.1) introduits par le ch. I de la LF du 3 oct. 2003, en vigueur depuis le 1er juil. 2005.

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

- *Conditions de travail pendant la grossesse et l'allaitement* : la LTr libère les femmes enceintes des travaux dangereux et pénibles notamment (obligation de l'employeur de les occuper à des tâches équivalentes ne présentant aucun danger, art. 35, al. 1er, LTr). En outre, l'employeur doit proposer un travail de jour aux femmes qui travaillent le soir ou la nuit (s'il ne peut les occuper à une tâche équivalente, les femmes enceintes ont droit à 80 % de leur salaire, art. 35, al. 3, LTr). Il doit octroyer aux *femmes qui allaitent* le temps nécessaire pour cela (art. 35a, al. 2, LTr). Celles-ci ont ainsi le droit de comptabiliser comme temps de travail rémunéré le temps pris pour allaiter ou tirer le lait (art. 60, al. 2, OLT 1[36]).
- *Obligation de l'employeur de verser le salaire :* en droit civil, le droit du contrat de travail oblige l'employeur à verser son salaire à la femme enceinte qui, du fait de sa grossesse, ne peut se rendre au travail (art. 324a, al. 2, CO), pour une durée qui est fonction de l'ancienneté, comme il en va des absences pour cause de maladie ou d'accident[37].
- *Interdiction de travailler :* les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement (art. 35a, al. 3, LTr). Après cette période, elles perdent leur droit à l'allocation de l'assurance maternité dès qu'elles recommencent à travailler.
- *Protection contre les congés :* la protection contre les licenciements est absolue pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement, c'est-à-dire que tout congé donné pendant ces périodes est nul (art. 336c CO, Résiliation en temps inopportun). Cette protection absolue, qui prend effet le premier jour de la grossesse, que celle-ci soit connue ou non, *ne s'applique cependant pas* au temps d'essai[38], qui, en vertu de l'art. 335b CO, ne peut dépasser trois mois, sauf dans le cas des rapports de travail de droit public (comme le personnel de la Confédération)[39] où il peut atteindre six mois. Si la salariée enceinte peut toutefois, *en invoquant la loi sur l'égalité*, introduire une action en justice et demander une indemnité pour résiliation discriminatoire durant le temps d'essai (art. 5, al. 2, LEg), le congé donné pendant le temps d'essai reste valable – pour autant qu'il s'agisse de rapports de travail de droit privé – et ne peut être annulé[40].
- *Protection contre la discrimination :* comme nous le mentionnons plus haut (ch. II.2.1), la personne lésée par d'autres formes de discrimination directe (ou indirecte) en raison d'une grossesse, d'une maternité ou, à plus forte raison, de son état civil ou de sa situation familiale peut saisir la justice *en se fondant sur la LEg* (art. 3, al. 1er, LEg). Cette loi interdit non seulement le licenciement discriminatoire, mais aussi tout acte abusif relatif à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels et à la promotion. S'agissant de l'embauche, signalons pour conclure qu'il n'est pas permis, lors d'un entretien, de demander à une candidate si elle est enceinte ou si elle a l'intention d'avoir des enfants[41].

---

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

37 En l'espèce, la loi ne distingue pas la grossesse d'une absence due à l'une de ces deux causes. En d'autres termes, les empêchements de travailler sont cumulés, quels qu'en soient les motifs, et la salariée n'a plus droit au versement de son salaire lorsqu'elle l'a déjà perçu avant la grossesse, en cas de maladie par exemple. FF 2002 7005.

38 Ce principe s'applique aussi à la résiliation immédiate des rapports de travail prononcée pour de justes motifs (art. 337 ss CO).

39 Art. 8, al. 2, de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1).

40 Riemer-Kafka & Ueberschlag, art. 5 GlG, p. 173 s., n. 39 40 ; Pärli [Résiliation], p. 36. S'agissant des rapports de travail de droit public, voir l'art. 34c, al. 1er, LPers.

41 ZH arrêt 86 ; LU arrêt 2 ; pour une analyse approfondie, cf. Ueberschlag, p. 192 s.

2.3.3. Analyse de la jurisprudence

A. Vue d'ensemble des arrêts prononcés en vertu de la LEg

Pour réaliser l'étude, nous avons prié non seulement le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral, mais aussi tous les offices de conciliation et tous les tribunaux de première et deuxième instance de Suisse de nous transmettre les décisions qu'ils ont prononcées dans des affaires de discrimination. Des 453 arrêts qui nous ont été soumis, 143 - soit environ un tiers - concernaient la LEg[42] ; ils peuvent être classés comme suit[43] :

	Nombre de décisions	*Pourcentage (en chiffres ronds)*
Décisions relatives à la rémunération	40	33 %
Congés donnés en raison de l'état civil, de la situation familiale, de la grossesse et de la maternité, et congés donnés durant le délai de protection visé à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO	16	13 %
Décisions diverses[44] :	66	54 %
Total	122	100 %

Tableau no 1 : Vue d'ensemble des décisions relatives à la LEg

B. Décisions relatives au congé donné en raison de l'état civil, de la situation familiale ou de la grossesse

Nous avons analysé de manière approfondie les décisions portant sur les congés donnés en raison de l'état civil, de la situation familiale, de la maternité ou de la grossesse (art. 3, al. 1er, LEg) et sur les congés donnés pendant le délai de protection visé à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO en raison de l'attention particulière que nous portons à cette catégorie. Pour compléter les seize décisions qui nous avaient été communiquées, nous avons procédé à une recherche dans les arrêts du Tribunal fédéral[45], cela afin de tenir compte du plus grand nombre possible de causes ayant une certaine importance pour le domaine considéré. De surcroît, nous avons analysé en détail certains des arrêts enregistrés dans les bases de données leg.ch et gleichstellungsgesetz.ch[46]. Pour des raisons méthodologiques, nous n'avons retenu que les arrêts permettant de déterminer la durée de la procédure, les frais judiciaires, les dépens et le montant de l'indemnité. Du total de 29 décisions reçues ou trouvées, rendues par les offices cantonaux de conciliation et les tribunaux de première et de deuxième instance, 23 portent sur des congés donnés en raison de l'état civil, de la situation familiale, de la grossesse ou de la maternité (art. 3,

---

42 Nous avons demandé aux tribunaux et aux offices de conciliation uniquement les décisions qu'ils ont rendues du 1er janvier 2004 au 30 juin 2014 dans des affaires de discrimination fondées sur l'état civil, la situation familiale (maternité) et la grossesse (art. 3 LEg), ainsi que dans des procédures ouvertes pour résiliation pendant le délai protection visé à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO). Nous avons toutefois aussi reçu des décisions relatives à d'autres aspects de la LEg.

43 La documentation fournie étant parfois lacunaire, certains arrêts n'ont pas pu être classés dans les catégories définies, et ne figurent pas dans la statistique.

44 Soit celles qu'il n'a pas été possible d'attribuer à l'une des catégories ci-dessus.

45 Pour le Tribunal fédéral, nous avons retenu tous les arrêts publiés durant la période d'évaluation.

46 Il s'agit de tous les arrêts rendus du 1er janv. 2004 au 30 juin 2014.

al. 1er, LEg) et une sur un congé donné pendant le délai de protection visé à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO. S'y ajoutent cinq arrêts du Tribunal fédéral, dont quatre s'intéressent à cette période de protection[47].

L'analyse de la teneur de ces décisions a abouti à la classification ci-dessous des affaires :

Classification : congé donné	*Nombre de décisions*	*Pourcentage (en chiffres ronds)*
... après la conclusion du contrat, mais avant le début du travail	3	10 %
... pendant le temps d'essai	4	14 %
... durant les rapports de travail ordinaires	6	20 %
… pendant ou à la fin du congé de maternité	1	3 %
… après le retour du congé de maternité	5	17 %
Divers[48]	10	34 %
Total	29[49]	100 %

Tableau no 2 : Classification des décisions prises dans le domaine de l'état civil/de la situation familiale, de la grossesse et de la maternité

Notre analyse a montré que les tribunaux et les offices de consultation appliquent correctement, pour ce que l'on peut en juger, les bases légales visant la protection des mères et des femmes enceintes et qu'ils respectent l'esprit des dispositions applicables. En particulier, l'application du délai de protection de l'art. 336c, al. 1er, let. c CO ne pose aucun problème dans la pratique. Ainsi, lorsqu'une personne lésée invoque une infraction à cette règle et qu'elle est en mesure de prouver que le congé a été donné pendant le délai de protection, l'organe appelé à statuer admet que la résiliation a eu lieu en temps inopportun et en déclare la nullité[50].

Il est important de mentionner ici que la loi ne subordonne pas la protection conférée par la disposition *à l'annonce de l'état de grossesse*, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral, statuant dans une cause opposant un employeur à une salariée qui n'avait annoncé sa grossesse qu'un mois après la fin des rapports de travail[51]. La cour de Mon-Repos a ainsi confirmé sa jurisprudence, refusant en outre d'admettre que la salariée, en annonçant sa grossesse à une date aussi tar-

47 Nous avons intégré à la présentation des garanties procédurales ci-dessous l'analyse du montant des dépens et des frais judiciaires, de la durée de la procédure et de l'indemnité.

48 Assurances sociales (ATF 133 V 73 ; droit à l'allocation de maternité en faveur d'une mère en incapacité de travail) ; réduction des frais judiciaires (arrêt de la Cour suprême du canton de Berne du 18 nov. 2010, APH 10 408 ; part de la procédure et, par conséquent, des frais, imputable à la LEg et part imputable au CO) ; congé donné pour cause de réorganisation des autorités judiciaires cantonales à la suite de l'entrée en vigueur du CPP suisse (arrêt du 27 mai 2011 du tribunal administratif du canton de Schwytz, IIIe chambre) ; congé abusif au sens de l'art. 336 CO après 20 ans de bons et loyaux services (arrêt du 14 juin 2020 du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers) ; restitution du délai de recours dans une action en constatation de la discrimination pour refus d'embauche (Tribunal cantonal de Lucerne, arrêt du 6 mai 2014) ; promotion refusée en raison de la grossesse de l'employée (tribunal administratif du canton de Zurich, arrêt du 20 avril 2008 (PB.2007.00029).

49 Une des causes figurant dans le tableau no 2 a été jugée par deux instances et n'est donc mentionnée qu'une seule fois dans le tableau no 3.

50 Dans certains arrêts, le juge a apporté la preuve incontestable que le licenciement était dû à des motifs économiques, et non à la grossesse ou à la maternité de la requérante.

51 ATF 135 III 349. Cf. également le tribunal des prud'hommes de Winterthour, arrêt du 21 fév. 2013, AN120002-K/U1/bu, consid. III.2.

dive, se soit rendue coupable d'abus de droit. Elle a en effet estimé que seules des circonstances exceptionnelles permettent de conclure à un abus de droit[52].

Dans les quatre causes où des salariées ont contesté le congé donné par leur employeur durant le temps d'essai ou après la fin du congé de maternité, les tribunaux ont examiné le caractère discriminatoire de ce congé au regard de l'art. 3 LEg et appliqué le principe de l'allégement du fardeau de la preuve inscrit à l'art. 6 LEg[53]. Ils ont précisé dans le dispositif du jugement que l'existence de la discrimination n'était pas subordonnée à l'intentionnalité ou à la faute, seul l'effet de la mesure étant déterminant[54]. Le tribunal de première instance d'Appenzell Rhodes-Extérieures a ainsi considéré que le congé donné à une aide-infirmière à son retour du congé de maternité était discriminatoire, car elle était la seule parmi tous ses collègues à avoir été licenciée. La cour a estimé en l'espèce que le lien entre le congé et la grossesse était prouvé et aussi, par conséquent, l'existence d'un acte de discrimination sexuelle interdit par la LEg, refusant d'admettre l'argument de la défenderesse, qui affirmait ne pas avoir eu l'intention d'enfreindre la loi. Elle a précisé qu'il incombe à l'employeur de faire en sorte que la salariée puisse réintégrer son poste à son retour de congé de maternité, avec le même taux d'occupation, et a déclaré irrecevable la justification avancée par l'employeur, qui faisait valoir des effectifs excédentaires à la suite de l'engagement pour une durée indéterminée d'un autre employé en lieu et place de la demanderesse[55]. Dans une autre affaire, soumise au Tribunal cantonal de Schaffhouse, le défendeur a justifié le congé donné à une salariée à son retour de congé de maternité en prétendant qu'elle s'absentait de manière injustifiée et qu'elle troublait la paix sociale de l'entreprise, sans pouvoir en apporter la preuve pour autant. La cour a statué en faveur de la demanderesse, expliquant le congé par la volonté de celle-ci de continuer à allaiter son enfant[56]. En revanche, dans une affaire tranchée par le tribunal administratif de Lucerne, l'employeur a prouvé qu'il avait reproché la mauvaise qualité de son travail à la demanderesse à maintes reprises avant la grossesse déjà, de sorte que la cour a estimé que le licenciement prononcé au retour du congé de maternité ne constituait pas une discrimination telle que l'entend la LEg[57].

S'agissant de la distinction entre la protection contre les congés *pendant* et la protection contre les congés *après le temps d'essai*, le Tribunal fédéral s'est penché sur le calcul du temps d'essai tel qu'il est défini à l'art. 335b, al. 2, CO[58] : l'employeur a accordé un congé non payé à une travailleuse engagée à l'essai, avant de résilier le contrat environ deux semaines après ce congé non payé et plus de trois mois après le début des rapports de travail. Au moment du congé, la travailleuse était enceinte de plusieurs mois. Statuant en première instance, le tribunal cantonal des prud'hommes a considéré qu'il fallait imputer le congé non payé sur le temps d'essai, de

52 ATF 135 III 352, consid. 3.

53 Cf. p. ex. Tribunal cantonal de Schaffhouse, arrêt du 15 août 2012, n° 2008/1659-41-sr : la demanderesse a été licenciée après le congé de maternité parce qu'elle allaitait son enfant pendant les périodes prévues par la loi. Voir également Tribunal cantonal d'Appenzell Rhodes-Extérieures, arrêt du 12 nov. 2010, rendu par un juge unique, consid. 2.3 et 2.4, ainsi que le tribunal d'arrondissement de la Singine, arrêt du 8 mars 2010.

54 Voir aussi tribunal d'arrondissement de la Singine, arrêt du 8 mars 2010, consid. 4.2 ; Tribunal cantonal d'Appenzell Rhodes-Extérieures, arrêt du 12 nov. 2010, rendu par un juge unique (OGP 10 24), consid. 2.3.1, et tribunal de première instance d'Appenzell Rhodes-Extérieures, arrêt du 12 fév. 2010, rendu par un juge unique (ER3 09 06), consid. 2.2.1 citant Elisabeth Freivogel, p. 53, n. 3.

55 Tribunal de première instance d'Appenzell Rhodes-Extérieures, arrêt du 12 nov. 2010, rendu par un juge unique, consid. 2.2.4.

56 Tribunal cantonal de Schaffhouse, arrêt du 15 août 2012 (n° 2008/1659-41).

57 Tribunal administratif du canton de Lucerne, arrêt du 13 nov. 2007 (V 07 53).

58 ATF 136 III 562.

sorte que le congé était nul, puisqu'il avait été prononcé durant le délai de protection. Saisi, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de l'instance inférieure, précisant qu'il ne se justifie pas de différencier, dans le décompte du temps d'essai, les congés non payés des congés payés. La relation contractuelle subsistant dans les deux cas, il faut donc imputer le congé sur le temps d'essai.

Un autre arrêt du Tribunal fédéral, portant sur le statut de la fonction publique du canton de Neuchâtel, fournit des éléments intéressants concernant la durée du temps d'essai et la protection contre les congés en cas de maternité[59]. En l'espèce, une secrétaire-comptable engagée à titre provisoire et à temps partiel, avec une période probatoire de deux ans, a été licenciée avant l'échéance de celle-ci, en raison de l'insuffisance de ses prestations. Toutes les instances inférieures ayant débouté l'intéressée, le Tribunal fédéral devait examiner si le droit neuchâtelois de la fonction publique ne présentait pas de lacune (proprement dite) qu'il lui appartiendrait de combler par l'application de l'art. 336c, al. 1er, let. c CO. La cour de Mon-Repos a conclu à l'absence de cette lacune, estimant qu'en droit public les règles relatives au contrat de travail figurant dans le CO ne sont applicables qu'à titre subsidiaire. Elle a précisé que le droit fédéral n'oblige pas les cantons à régler la résiliation en temps inopportun pendant la grossesse de la même manière que l'art. 336c, al. 1er, let. c CO[60]. Elle a aussi conclu à l'absence de lacune du fait que le législateur neuchâtelois a sciemment renoncé à introduire une protection semblable à celle du CO dans le droit cantonal de la fonction publique[61]. Nous sommes cependant d'avis qu'un temps d'essai de deux ans est extrêmement long, par rapport à la durée maximale de trois mois prévue en droit privé par l'art. 335b, al. 2, CO, et qu'il est incompatible avec la protection contre les congés abusifs à accorder aux femmes enceintes pendant le temps d'essai.

2.4. La question de la violence domestique

A l'échelle internationale, la lutte contre la violence de genre est l'un des principaux axes des efforts visant à concrétiser l'égalité entre femmes et hommes. Selon le Comité de la CEDEF, la violence à l'égard des femmes constitue une discrimination au sens de l'art. 1er CEDEF, car elle compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales garantis par le droit international[62]. Quant au Conseil de l'Europe, il voit dans la violence domestique « une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes » ainsi qu'« un des mécanismes sociaux cruciaux par lesquels les femmes sont maintenues dans une position de subordination par rapport aux hommes »[63] et empêchées de faire valoir leurs droits. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)[64] – que la Suisse n'a pas encore ratifiée – vise pour sa part à « contribuer à éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et à promouvoir l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, y compris par l'autonomisation des femmes » (art. 1er, al. 1er, let. b) et contient à cette fin des engagements détaillés.

---

59 ATF 139 I 57.

60 ATF 139 I 60, consid. 5.1.

61 ATF 139 I 62, consid. 6.2.

62 CEDEF, Recommandation générale no 19 (1992), ch. 7.

63 Cf. le préambule de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul). Cf. aussi la Commission pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2014-2017, CM(2013)136 final, 6 nov. 2013.

64 Idem.

En droit suisse, la Constitution fédérale garantit à son art. 10, al. 2 le droit à l'intégrité physique et psychique, à la liberté de mouvement et à l'autodétermination et interdit à son al. 3 la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants. La Suisse a concrétisé dans plusieurs lois les devoirs de protection que ces mandats constitutionnels imposent dans le domaine de la violence domestique, en particulier en droit pénal, en procédure pénale et en droit civil (art. 28 CC, protection de la personnalité). Elle a notamment ajouté en 2006 à cet art. 28 des dispositions contre la violence, les menaces ou le harcèlement (art. 28*b* CC)[65]. Par ailleurs, la loi sur l'aide aux victimes (LAVI) offre à celles-ci un soutien afin qu'elles puissent faire valoir leurs droits. Tant la LAVI que le code de procédure pénale suisse (CPP)[66] ou encore des lois telles que la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) connaissent des dispositions particulières aussi bien pour venir en aide aux victimes de violence domestique – et notamment les femmes – que pour leur faciliter et leur garantir l'accès à la justice.

Toutefois, il est très rare que des victimes de violence domestique saisissent les tribunaux : seule une infime partie d'entre elles portent plainte et la procédure pénale est souvent suspendue en application de l'art. 55a CP. Ce problème ayant été reconnu, le Conseil fédéral a demandé que soient formulées des recommandations pour mieux protéger les victimes de violence domestique[67].

La violence domestique est une discrimination structurelle contre laquelle la Suisse a entrepris de lutter, comme lui enjoignent le droit international et la Constitution fédérale. Toutefois, les juges considèrent généralement ce phénomène non comme une forme de discrimination, mais comme un problème relevant de la protection de la personnalité. Dans ce domaine, la question est de savoir dans quelle mesure la Suisse honore son obligation de protéger les femmes de la violence. Les enquêtes sociologiques que nous avons réalisées ont révélé que la LAVI est considérée comme un grand progrès, bien que la possibilité de suspendre la procédure ait été qualifiée de problématique, car, dans les faits, elle vide de son sens la maxime d'office. Ces mêmes enquêtes ont aussi mis en exergue le tact avec lequel il faut intervenir dans ce domaine, puisque des liens étroits unissent la victime et le prévenu. Il ressort également des entretiens qu'il est absolument nécessaire de sensibiliser certaines professions et de consacrer suffisamment de ressources aux organisations proposant des consultations. Enfin, il faut non seulement étendre l'aide aux victimes, mais aussi associer les auteurs des faits aux démarches visant à permettre à celles-ci de surmonter leurs épreuves, un domaine dans lequel il reste beaucoup à faire. Même les centres de consultation ne voient généralement pas dans la violence domestique un problème relevant de la discrimination.

2.5. Résultats des enquêtes

2.5.1. Entretiens personnels

Les expert-e-s consultés estiment que la *loi* confère une protection relativement étendue contre la discrimination fondée sur le sexe. Ils soulignent en particulier l'efficacité de la procédure de conciliation, tout en mentionnant d'autres atouts de la LEg : l'allégement du fardeau de la preuve,

65 Cf. l'étude thématique n° 2, ch. VI.3.3.

66 Code de procédure pénale du 5 oct. 2007 (CPP ; RS 312.0).

67 Rapport du Conseil fédéral du 28 janv. 2015 en réponse à la motion Heim 09.3059 « Endiguer la violence domestique », p. 51 s. ; communiqué du Conseil fédéral du 28 janv. 2015 « Continuer à prévenir la violence et endiguer la violence domestique ». Cf. l'étude thématique n° 2, ch. VI.1.

la maxime de l'instruction, la gratuité de la procédure ou encore l'obligation faite à l'employeur de veiller à garantir une ambiance de travail exempte de discrimination. Ces expert-e-s regrettent par contre que le champ d'application matériel de la LEg se borne à la vie professionnelle et que la loi ne recouvre pas les actes discriminatoires fondés sur l'âge ou l'origine, par exemple, de sorte qu'elle ne fournit aucune protection contre les discriminations multiples. Ils estiment que les obstacles pour emprunter la voie judiciaire sont importants, car celle-ci n'est guère attrayante en raison de la charge émotionnelle qu'elle occasionne, de son coût, de la longueur de la procédure et du caractère modeste des indemnités auxquelles les victimes peuvent s'attendre. Ils mentionnent également le fait que dans la plupart des cas, une procédure judiciaire n'est guère utile pour résoudre un conflit du travail : par peur des rétorsions, les victimes ne demandent généralement de l'aide que lorsqu'elles ont la possibilité de changer d'emploi ou ont reçu leur congé. Certains spécialistes jugent nécessaire de mieux protéger les employés contre les congés et de limiter la marge de manœuvre des employeurs.

Dans le domaine de la sensibilisation, les personnes interrogées signalent qu'il ne faut pas relâcher les efforts, sans quoi le niveau de conscience atteint pourrait à nouveau régresser. Elles estiment aussi que certains avocat-e-s et certains juges connaissent toujours trop peu la LEg, et que tant les employeurs que les employés ont tendance à être très peu au fait en matière de harcèlement sexuel et de discriminations dues à une future maternité. En outre, davantage de transparence salariale aiderait à identifier les inégalités dans ce domaine, ce qui constituerait un premier pas dans la bonne direction.

2.5.2. Membres du barreau

Le questionnaire en ligne envoyé aux avocat-e-s leur demandait notamment s'ils estimaient que la LEg protégeait de manière appropriée les personnes lésées. La majorité d'entre eux (70 % environ) a répondu que cela était tout à fait vrai ou plutôt vrai.

2.6. Conclusions

L'évaluation de l'efficacité de la LEg et les enquêtes réalisées dans le cadre de la présente étude auprès des offices de conciliation et des membres du barreau permettent de conclure que la LEg a fait ses preuves, même si le nombre d'actions en justice reste plutôt faible. Dans l'ensemble, le bilan est en effet satisfaisant : la LEg a fait progresser l'égalité de fait entre femmes et hommes, a renforcé la protection des droits des individus et réduit les discriminations salariales dans les professions typiquement féminines du secteur public. Par contre, l'égalité bute sur les discriminations multiples, c'est-à-dire lorsque plusieurs caractéristiques (le sexe, le handicap ou l'origine, par ex.) concourent à la discrimination et que le sexe n'est pas à lui seul déterminant : la LEg n'offre aucune protection dans ces cas.

Dans le domaine de l'information et de la sensibilisation, le Conseil fédéral s'était déjà rendu compte que des mesures s'imposaient en raison des conclusions du rapport sur l'efficacité de la LEg. Les enquêtes que nous avons réalisées nous indiquent que l'heure est toujours à l'action dans ce domaine : tant les professionnels (avocat-e-s et juges) que les femmes (et plus particulièrement les jeunes) connaissent trop peu la LEg et son champ d'application, un constat qui s'applique notamment à la discrimination fondée sur une grossesse. La tendance au recul du nombre d'arrêts recueillis ces dernières années dans la base de données gleichstel-

lungsgesetz.ch est un autre indice de la nécessité d'investir dans l'information et la sensibilisation.

S'agissant de la discrimination dont sont victimes les mères et les femmes enceintes, la protection offerte par la LTr, le CO et la LEg est jugée suffisante. Dans ce domaine aussi, des mesures d'information et de sensibilisation s'imposent toutefois. Les expert-e-s consultés sont ainsi d'avis que les mécanismes juridiques de protection contre la discrimination en raison de la grossesse et de la maternité sont encore trop peu connus, notamment le fait que, si le CO n'offre aucune protection contre un congé discriminatoire donné pendant le temps d'essai, la LEg permet en revanche de saisir la justice dans une telle éventualité. Il est permis de douter que la grande majorité des membres du barreau, des employeurs et des personnes lésées aient connaissance de cet instrument.

3. Discrimination à l'égard des personnes LGBTI

3.1. Notion de personne LGBTI

L'abréviation LGBTI, qui signifie personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées, désigne deux domaines distincts. « LGB » fait ainsi référence à l'orientation sexuelle, tandis que « TI » désigne des caractéristiques innées de personnes dont le sexe biologique diffère du sexe social (transgenres) ou échappe à la conception binaire « homme/femme », par ex. parce qu'elles présentent des caractéristiques sexuelles typiques des deux sexes (intersexuées[68]).

3.2. Garanties découlant des conventions internationales et de la Constitution fédérale

Si *les conventions internationales contraignantes* ne protègent certes pas expressément les personnes LGBTI contre les actes discriminatoires dont elles sont victimes de la part d'organes de l'Etat ou de particuliers du fait de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur intersexualité, plusieurs organes conventionnels estiment toutefois que le critère du sexe ou le critère générique de « toute autre situation » recouvrent aussi les personnes LGBTI (Pactes I et II de l'ONU, CEDEF). En Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) garantit à l'art. 14 la jouissance des droits qu'elle reconnaît, interdisant toute distinction fondée sur des caractéristiques dont elle dresse une liste non exhaustive. Bien que l'orientation sexuelle et l'identité de genre n'y soient pas expressément nommées, la jurisprudence de la Cour européenne indique qu'elles sont couvertes par l'art. 14 CEDH[69].

En droit constitutionnel suisse, la protection contre la discrimination est assurée par l'interdiction de la discrimination inscrite à l'art. 8, al. 2, Cst. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer que les actes discriminatoires fondés sur *l'orientation sexuelle* sont couverts par le critère du mode de vie et ceux fondés sur *l'identité de genre* par celui du sexe. Toutefois, la jurisprudence relative à l'art. 8, al. 2, Cst n'est guère abondante, de sorte que nous ignorons toujours l'étendue réelle de la protection que la Constitution octroie aux personnes LGBTI. Quant à la

[68] Les spécialistes ne s'accordent toutefois pas sur l'utilité du terme générique « intersexué », car il suggère des points communs qui n'existent en fait peut-être pas dans la réalité.

[69] CrEDH, affaire P.V. c. Espagne, requête n° 35159/09 du 30 nov. 2010, para. 30 ; plus récemment : Identoba et autres c. Géorgie, requête n° 73235/12 du 12 mai 2015, para. 96.

situation des personnes intersexuées, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont pour l'instant exprimées dans le détail à ce sujet.

3.3. Garanties découlant des lois concernant spécifiquement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Nous abordons dans cette section les dispositions légales protégeant les personnes homosexuelles de la discrimination. Pour autant que nous le sachions, rien ne figure ni dans l'ordre juridique, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine au sujet d'une éventuelle protection octroyée aux *personnes bisexuelles*.

3.3.1. Loi sur le partenariat et loi sur l'égalité

La loi sur le partenariat[70] permet aux couples homosexuels de conclure une forme de partenariat reconnue par l'Etat, de sorte que l'égalité visée par cette loi est, en partie du moins, réalisée. Parallèlement, la LPart crée de nouvelles discriminations ou perpétue des inégalités existantes : l'adoption est interdite aux couples enregistrés, alors que ceux qui ne se pacsent pas ont au moins la possibilité de l'adoption individuelle. Par ailleurs, l'enregistrement du partenariat ne facilite pas la naturalisation du partenaire ou de la partenaire. De surcroît, cette figure légale consacre l'interdiction du mariage pour les couples homosexuels et leur refuse l'accès à la procréation médicalement assistée. De la sorte, les partenaires enregistrés sont toujours moins bien lotis que les conjoints mariés. Actuellement, la possibilité d'adopter l'enfant du partenaire et la naturalisation facilitée sont au centre du débat politique[71].

Les juristes ne parviennent pas à s'accorder sur l'applicabilité de la *loi sur l'égalité* aux situations discriminatoires surgissant dans le monde du travail lorsque l'inégalité de traitement se fonde exclusivement sur l'orientation sexuelle, et le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question.

3.3.2. Autres dispositions applicables

Etant donné qu'il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul arrêt du Tribunal fédéral[72], non publié, concernant la protection assurée par le droit civil contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la question de savoir si les dispositions applicables – art. 2 et 28 CC et art. 328 et 336 CO – procurent réellement une protection efficace dans ces cas reste entourée d'incertitude.

En droit pénal, *le rabaissement et le dénigrement publics fondés sur l'orientation sexuelle*, c'est-à-dire les discours de haine homophobes, ne tombent pas sous le coup de la norme pénale anti-

---

[70] Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart ; RS 211.231).

[71] S'agissant de l'adoption de l'enfant du partenaire ou de la partenaire, cf. Message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption) du 28 nov. 2014, FF 2015 835, et le communiqué de presse du Conseil fédéral du 28 nov. 2014, « Adapter le droit de l'adoption aux nouvelles formes de vie de famille ». S'agissant de la naturalisation facilitée, cf. les initiatives parlementaires « Egalité du partenariat enregistré et du mariage devant la procédure de naturalisation », avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national, 26 mars 2015.

[72] Cf. n. 139.

raciste (art. 261bis CP). Signalons à ce sujet que le Conseil national a approuvé en mars 2015 une intervention parlementaire[73] demandant d'ajouter le critère de l'orientation sexuelle à cette norme, et qu'il a été suivi en cela, en avril 2015, par la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats[74]. Les victimes peuvent également déposer plainte pénale pour propos blessants concernant l'orientation sexuelle en invoquant une *infraction contre l'honneur* (art. 173 ss CP).

3.4. Dispositions protégeant les personnes transgenres

Signalons tout d'abord que les personnes transgenres n'apparaissent nulle part dans le régime juridique suisse, qui ne reconnaît ni l'existence ni les droits de ces personnes, ni le critère de l'identité de genre, pas plus qu'il ne les nomme expressément[75]. Seul l'art. 7, al. 2, let. o de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) cite le changement de sexe comme l'une des données enregistrées par l'état civil[76].

Il *n'est pas certain* que la *loi sur l'égalité* protège les personnes transgenres contre les discriminations au travail. Bien que la doctrine majoritaire estime que celles-ci peuvent l'invoquer, il n'y a toujours pas d'arrêt du Tribunal fédéral qui ferait autorité en la matière.

Les personnes transgenres qui sont de sexes différents en vertu de leur inscription à l'état civil peuvent en principe contracter mariage si elles souhaitent former une union juridique. Si elles sont de même sexe, elles peuvent le faire en demandant l'inscription de leur partenariat, à condition, toutefois, que leur inscription à l'état civil indique qu'il s'agit de deux hommes ou de deux femmes. Ainsi, les personnes transgenres dont l'identité de genre est féminine, mais qui sont (encore) inscrites à l'état civil comme étant de sexe masculin en raison de leur sexe biologique ne peuvent être liées à une autre femme par un partenariat enregistré. En d'autres termes, les personnes transgenres ne peuvent conclure de partenariat enregistré (ou de mariage) tant qu'elles n'ont pas achevé la procédure médicale et juridique de changement de sexe. Elles doivent attendre que ce dernier ait abouti pour former une union juridique qui corresponde à ce qu'elles vivent réellement.

S'agissant de la *protection de la personnalité garantie par le droit civil*, signalons notamment que l'art. 28 CC sauvegarde l'intégrité personnelle dans toutes ses facettes et que les personnes transgenres pourraient l'invoquer pour s'opposer à toute atteinte à leur personnalité. Cependant,

---

73 Initiative parlementaire Reynard 13.407 du 7 mars 2013 « Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle ».

74 En raison de l'acceptation de l'initiative Reynard, le Conseil des Etats n'a pas donné suite, en juin 2015, à une initiative déposée par le canton de Genève qui demandait de rajouter le critère de l'orientation sexuelle à l'art. 8, al. 2, Cst et d'étendre en conséquence la portée de l'art. 261bis CP, cf. http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4919/469283/d_s_4919_469283_469441.htm (consulté le 1er juil. 2015).

75 Cf. l'étude thématique n^{o} 3, ch. IV.

76 Ordonnance sur l'état civil du 28 avr. 2004 (OEC ; RS 211.112.2). Cf. aussi les art. 40, al. 1er, let. j, 98, al. 2, let. h et 98, al. 2, let. C OEC. Sur ce sujet, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) a émis un avis de droit à l'intention des autorités cantonales de surveillance de l'état civil, qui précise notamment que la stérilisation et les interventions chirurgicales ne sont pas des conditions préalables au changement d'état civil et que le divorce ou la dissolution du partenariat enregistré ne saurait être imposé comme préalable à l'enregistrement du changement de sexe et que cette inscription dans les registres ne saurait elle non plus être imposée. Cf. OFEC, Avis de droit, transexualisme, du 1er fév. 2012, à l'adresse https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/praxis/praxis-2012-02-01-f.pdf (consulté le 20 juil. 2015). Cf. l'étude thématique n^{o} 3, ch. IV.4.2, qui approfondit le sujet.

ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont intéressées pour l'instant à cette question, de sorte que l'insécurité juridique est ici considérable.

En droit pénal, le critère de l'identité de genre ne semble pas entrer dans le débat que suscite actuellement l'extension de la norme antiraciste (cf. ci-dessus, ch. II.3.3.2). De la sorte, les personnes contre lesquelles des propos blessants sont proférés en raison de leur identité de genre n'ont d'autre possibilité que de porter plainte pénale en invoquant une *infraction contre l'honneur* (art. 173 ss CP).

3.5. Dispositions protégeant les personnes intersexuées

A l'image des personnes transgenres, les personnes intersexuées ne sont ni reconnues ni nommées en droit suisse. Selon les estimations, de 20 à 100 enfants naissent chaque année en Suisse avec cette variation du développement sexuel, même si nous ne disposons pas de chiffres concrets, à défaut d'enquêtes statistiques. De surcroît, la doctrine ne s'étant guère intéressée à l'intersexualité, les garanties fondamentales applicables ne sont pas clairement délimitées (il s'agit en particulier de la dignité humaine inscrite à l'art. 7 Cst, de l'interdiction de la discrimination exigée par l'art. 8, al. 2, Cst et du droit à l'intégrité physique consacré par l'art. 10, al. 2, Cst). En outre, l'applicabilité des normes pénales et de la loi sur la stérilisation aux interventions d'assignation sexuelle reste incertaine.

Des doutes subsistent également en ce qui concerne la *concrétisation des droits de la personnalité des personnes intersexuées :* bien que tant la Commission nationale d'éthique (CNE) que le Conseil fédéral soient d'avis qu'il ne faudrait procéder à des interventions d'assignation sexuelle cosmétiques que lorsque la personne atteint la majorité et avec son consentement, il semble que des opérations dépourvues de toute utilité médicale se fassent toujours. Il est donc nécessaire de vérifier ce soupçon et de faire clairement respecter les droits de la personnalité des enfants intersexués inscrits tant dans la Constitution fédérale que dans la loi (art. 19c CC).

En ce qui concerne la *procédure de changement de sexe à l'état civil*, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) a adopté début 2014, pour mettre en œuvre une prise de position de la CNE et donner suite à un mandat du Conseil fédéral, une communication officielle qui permet, dans certaines circonstances, d'inscrire et de modifier sans complication administrative le sexe et le prénom à l'état civil, en particulier sans que le préposé exige de décision judiciaire. Si nous saluons cette solution pragmatique, il faudrait néanmoins adopter une solution durable, qui tienne compte des droits de la personnalité des personnes intersexuées. Il conviendrait par ailleurs de réfléchir à la possibilité de surseoir temporairement à l'inscription du sexe, afin que les parents aient la possibilité de prendre une décision en toute connaissance de cause, et à celle de différer cette inscription jusqu'à ce que l'enfant soit capable de discernement.

De surcroît, aucune réponse n'a été apportée à la question de l'*applicabilité de la loi sur l'égalité* aux personnes victimes de pratiques discriminatoires sur leur lieu de travail en raison de leur *intersexualité,* car ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se sont prononcées à ce sujet.

En droit pénal, le débat en cours sur l'extension de la norme antiraciste (cf. ci-dessus, ch. II.3.3.2) ne semble pas concerner la discrimination à l'égard des personnes présentant une variation du développement sexuel. De la sorte, les victimes de propos blessants proférés en raison de leur intersexualité n'ont d'autre possibilité que de porter plainte pénale en invoquant une *infraction contre l'honneur* (art. 173 ss CP).

3.6. Résultats des entretiens personnels

Les expert-e-s que nous avons interrogés indiquent que contrairement à d'autres motifs de discrimination, la thématique LGBTI a suscité peu de dispositions légales, de recherche, de jurisprudence et de prise de conscience au sein de la société. De plus, il n'existe pas, ou très peu, de structures de consultation financées ou co-financées par les pouvoirs publics, et les centres de consultation fonctionnent en bonne partie grâce au bénévolat. En outre, l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont des questions très intimes qui peuvent dissuader la personne lésée d'engager une procédure pour discrimination et d'introduire une action en justice, de peur d'être contrainte de révéler son orientation sexuelle ou son identité de genre.

S'agissant de l'*homosexualité*, les expert-e-s consultés estiment qu'il faut ajouter le critère de l'« orientation sexuelle »[77] à l'art. 8, al. 2, Cst, car c'est la seule façon de garantir une protection. Ils précisent que nous manquons de bases légales pour nous attaquer aux discriminations et que la société est en avance sur le droit. Par ailleurs, ils demandent d'octroyer aux associations un droit de plainte et de recours, de soumettre les actes homophobes au champ d'application de l'art. 261bis CP et, de façon générale, d'exiger l'égalité à tous les niveaux du droit et de la société (en matière notamment d'adoption, de naturalisation et de recours à tous les progrès de la procréation médicalement assistée). Enfin, tous les spécialistes interrogés appellent de leurs vœux l'adoption d'une loi générale contre la discrimination – qui tienne compte du critère de l'orientation sexuelle – et constatent que des mesures de sensibilisation s'imposent pour améliorer l'acceptation de l'homosexualité dans le domaine public.

La transsexualité appelle, toujours selon les spécialistes consultés, une protection légale expresse du critère de l'« identité de genre », qui passe par son inscription dans la Constitution fédérale, dans le droit privé, dans le droit pénal et dans le droit de l'asile Par ailleurs, les expert-e-s invitent les autorités compétentes à s'interroger sur l'opportunité d'abandonner la conception binaire du sexe actuellement appliquée. Ils regrettent pour la plupart que les préposés continuent, dans la grande majorité des cas, à subordonner l'enregistrement du changement de sexe à la stérilisation et exigent aussi souvent, avant de changer le prénom, que les personnes concernées dissolvent leur mariage pour conclure un partenariat enregistré. Pour les spécialistes, des mesures s'imposent aussi dans le domaine de la sensibilisation du public, et en particulier des enfants et des jeunes, de sorte que les plans d'étude devraient inclure le sujet de la transsexualité. La recherche est un autre grand chantier, car il faudrait étudier notamment la notoriété des centres de consultation et l'accès à celles-ci, les actes de violence à l'encontre des personnes transgenres et la propension au suicide. Enfin, les expert-e-s demandent que la Suisse s'inspire des bonnes pratiques appliquées à l'étranger afin d'accomplir des progrès à tous les niveaux dans ce domaine.

Dans le domaine de l'*intersexualité* le principal problème réside dans le fait que les intersexués ne sont généralement pas conscients de leur condition et qu'ils ne peuvent dès lors pas se défendre[78]. Les expert-e-s consultés signalent par ailleurs l'absence de sensibilité envers ce sujet au sein de la société et le manque de programmes d'aide destinés aux parents d'enfants présentant une variation du développement sexuel. Ils demandent en outre l'inscription du critère de

[77] Les représentant-e-s des personnes transgenres et intersexuées exigent en outre l'ajout du critère de l'« identité de genre » à l'art. 8, al. 2, Cst.

[78] L'intersexualité reste frappée d'un tabou en Suisse selon les personnes interrogées. Ainsi, les parents n'en parlent pas, de peur de faire souffrir leurs enfants. Quant aux médecins, imités en cela par les parents, ils ne respectent en général pas le droit de l'enfant à l'autodétermination, tel qu'il est recueilli par l'art. 12 de la Convention du 20 nov. 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

l'intersexualité à l'art. 8, al. 2, Cst et la simplification de l'inscription et du changement du sexe à l'état civil, rejoignant ainsi la CNE. Dans leur opinion, il faudrait cesser de subordonner l'inscription du sexe à l'état civil à une intervention chirurgicale et revoir la législation afin de ne plus laisser une marge de manœuvre totale en matière de mesures médicales, ce qui garantirait que les parents ne pourraient plus systématiquement décider de l'intervention chirurgicale à laquelle leur enfant serait soumis. Les spécialistes appellent aussi de leurs vœux une extension du droit de la protection des enfants : ils proposent ainsi d'inscrire dans la loi le droit des médecins de signaler à l'autorité de protection des enfants l'intention des parents de réaliser une intervention si celle-ci compromet le bien de l'enfant. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, ils demandent par ailleurs la prise en charge des frais médicaux même lorsque l'enfant a plus de 20 ans. Ces expert-e-s ne s'accordent en revanche pas sur l'opportunité de conserver la conception binaire du sexe ou de créer une troisième catégorie. Certains d'entre eux demandent par ailleurs que les interventions d'assignation sexuelle réalisées sur de petits enfants soient reconnues non seulement comme une discrimination, mais aussi comme une violation de leurs droits fondamentaux et une mutilation. Enfin, les spécialistes consultés signalent que des mesures de sensibilisation s'imposent dans les écoles, auprès de certaines professions (sages-femmes, personnel médical en général) et dans l'opinion publique.

3.7. Conclusions

Tant en *droit national qu'en droit international*, il n'existe pas – ou si peu – de normes impératives qui protègent les personnes LGBTI des discriminations. Leurs droits sont davantage garantis par des interdictions d'ordre général. En droit suisse, c'est la prohibition inscrite à l'art. 8, al. 2, Cst qui joue un rôle prépondérant, même s'il reste difficile de jauger avec précision la protection qu'elle assure réellement, la jurisprudence en la matière étant encore peu abondante.

Sur le *plan de la loi*, il n'y a pour ainsi dire pas en Suisse de dispositions garantissant expressément l'égalité des personnes LGBTI, qui n'apparaissent dès lors nulle part, au même titre que leurs droits. La doctrine et la jurisprudence en particulier sont muettes sur les discriminations à l'encontre des personnes transgenres et intersexuées. *La loi sur le partenariat* (LPart) est taillée sur mesure pour une partie des personnes LGBTI, et plus précisément les homosexuels (L et G). Toutefois, notre étude montre que cette loi, si elle a bel et bien supprimé l'inégalité des personnes homosexuelles devant le mariage, a aussi créé des inégalités de traitement non négligeables, et notamment l'interdiction faite aux couples homosexuels d'adopter des enfants. Les personnes transgenres n'en bénéficient que si elles sont du même sexe selon l'état civil. La pertinence et les conséquences de la LPart pour les personnes intersexuées et bisexuelles ne sont pas clairement établies et demandent à être étudiées. L'applicabilité de la *loi sur l'égalité* aux personnes LGB et T est elle aussi entachée d'incertitudes : si la doctrine majoritaire part du principe que les personnes transgenres peuvent l'invoquer, rien n'est moins sûr s'agissant des personnes victimes de pratiques discriminatoires sur leur lieu de travail en raison de leur orientation sexuelle. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore penché sur cette question. En ce qui concerne les discriminations au travail des personnes intersexuées, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne fournissent d'éléments d'analyse. Les dispositions du *droit civil sur la protection de la personnalité* devraient, en théorie du moins, protéger les personnes LGBTI. Toutefois, l'absence presque totale de jurisprudence entoure ce sujet d'un halo d'incertitude. En *droit pénal*, la seule façon dont disposent les personnes LGBTI insultées ou calomniées pour se défendre est de déposer une plainte pour atteinte à leur honneur (art. 173 ss CP). L'extension de la norme pénale antiraciste aux discours de haine homophobes, votée par le Conseil national, ne concerne pas les per-

sonnes transgenres ou intersexuées. S'agissant de cette dernière catégorie, il y a lieu de déterminer la protection que leur procurent les droits fondamentaux en cas d'interventions d'assignation sexuelle en général ainsi que le respect des droits de la personnalité et l'applicabilité de la loi sur la stérilisation en particulier. Enfin, il faut viser à adopter une solution juridique durable et satisfaisante afin de simplifier l'inscription d'un changement de sexe à l'état civil.

Pour résumer, *les spécialistes de la thématique* demandent de mentionner expressément à l'art. 8, al. 2, Cst les critères de discrimination dont il a été question ci-dessus et d'inscrire la protection contre la discrimination dans la loi. S'agissant de *l'homosexualité*, ils appellent de leurs vœux l'introduction du droit de plainte et de recours des associations, l'égalité en droit dans tous les domaines et l'approbation d'une loi générale contre la discrimination. Pour ce qui est de la *transsexualité*, ils réclament l'ouverture d'un débat sur l'éventuel abandon de la conception binaire du sexe et la simplification de la procédure de modification de l'état civil. En ce qui concerne le changement officiel de sexe, ils souhaitent qu'il se fasse de manière adéquate et que l'on lève tant l'obligation de subir une stérilisation que celle de transformer le mariage en un partenariat enregistré. D'autres mesures s'imposent par ailleurs, en matière de sensibilisation notamment. Dans le cas de *l'intersexualité,* on ne dispose pas de statistiques, vu que les services d'obstétrique des hôpitaux ne relèvent pas ces données. Les enquêtes que nous avons réalisées montrent également qu'il y a lieu de sensibiliser tant l'opinion publique que le personnel médical à ce sujet. Les expert-e-s demandent par ailleurs de simplifier les inscriptions et les changements à l'état civil et de ne plus subordonner l'inscription du sexe à la réalisation d'interventions chirurgicales. Ils réclament de surcroît l'adoption d'un cadre légal régissant ces interventions et l'extension des dispositions protégeant l'enfant, afin de sauvegarder ses intérêts. Enfin, estiment-ils, il faudrait que l'assurance-invalidité prenne en charge le coût des interventions chirurgicales aussi après l'âge de 20 ans et que celles-ci soient, si elles sont pratiquées sur des enfants en bas âge, qualifiées de mutilations génitales et interdites.

4. Discrimination à l'égard des personnes handicapées

Les dispositions en faveur des personnes porteuses d'un handicap visent principalement à garantir ou, du moins, à faciliter leur accès aux lieux publics, aux programmes de formation, aux activités, aux postes de travail et aux services, c'est-à-dire leur intégration dans la vie sociale et économique. Prévenant ou réduisant l'exclusion, elles sont ainsi étroitement liées au droit antidiscrimination. Les personnes handicapées peuvent toutefois aussi être rabaissées en raison de leur condition et victimes d'une inégalité de traitement ne reposant pas sur un motif objectif.

4.1. Garanties découlant des conventions internationales et de la Constitution fédérale

En droit international, la Convention relative aux droits des personnes handicapées[79] et la Convention relative aux droits des enfants renferment des normes explicites garantissant les droits des personnes en situation de handicap[80]. Sur le plan européen, les garanties sont ancrées dans

[79] Convention du 13 déc. 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109).

[80] Si d'autres traités importants pour le domaine des droits humains, comme les Pactes de l'ONU ou la Convention relative aux droits de la femme, ne contiennent pas de dispositions expresses à cet égard, il est néanmoins admis aujourd'hui qu'ils renferment, implicitement du moins, une prohibition de la discrimination à raison du handicap.

l'interdiction de la discrimination inscrite à l'art. 14 CEDH[81]. En *droit national,* les garanties constitutionnelles prévenant toute discrimination à raison du handicap découlent de l'art. 8, al. 2, Cst. Par ailleurs, l'al. 4 du même article donne mandat au législateur d'adopter une loi et formule, en termes généraux, l'obligation de l'Etat de protéger les personnes handicapées. Le législateur s'est acquitté de ce mandat en faisant entrer en vigueur, le 1er janvier 2004[82], la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées (LHand).

4.2. Garanties découlant de la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées

4.2.1. Objet et champ d'application

La LHand a pour *but* de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées. Elle crée des conditions propres à faciliter la participation de ces dernières à la vie de la société, en les aidant notamment à être autonomes dans l'établissement de contacts sociaux, dans l'accomplissement d'une formation et dans l'exercice d'une activité professionnelle (art. 1er LHand). Il y a *inégalité* au sens de l'art. 2, al. 2, LHand lorsque les personnes handicapées font l'objet, par rapport aux personnes non handicapées, d'une différence de traitement en droit ou en fait qui les désavantage sans justification objective ou lorsqu'une différence de traitement nécessaire au rétablissement d'une égalité de fait entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées fait défaut. L'art. 3 LHand définit le *champ d'application* de la LHand : pour résumer, les inégalités de traitement sont interdites dans les domaines suivants :

- constructions et installations accessibles au public (let. a) ;
- équipements des transports publics (constructions, installations, systèmes de communication et systèmes d'émission de billets, let. b) ;
- habitations collectives de plus de huit logements (let. c) ;
- bâtiments de plus de 50 places de travail (let. d) ;
- prestations accessibles au public qui sont fournies par des particuliers, par les Chemins de fer fédéraux (CFF), par d'autres entreprises de transport titulaires d'une concession et par les collectivités publiques (let. e) ;
- formation et formation continue (let. f) et
- rapports de travail régis par la loi sur le personnel de la Confédération (let. g).

En ce qui concerne la répartition des compétences et des tâches entre la Confédération et les cantons, l'art. 4 LHand précise que la loi laisse les cantons libres d'édicter des dispositions encore plus favorables aux personnes en situation de handicap. Par ailleurs, la loi enjoint à la Confédération et aux cantons de prendre les mesures que requièrent la prévention, la réduction ou l'élimination des inégalités tout en tenant compte des besoins spécifiques des femmes handicapées (art. 5, al. 1er, LHand).

La LHand attache une grande importance à l'adoption d'un cadre qui facilite la participation à la vie de la société. A cet égard, il faut la placer dans la perspective de la politique en faveur des personnes handicapées, elle aussi axée sur l'intégration, qui met toutefois l'accent sur

[81] Selon la jurisprudence de la CrEDH, les inégalités de traitement imputables à un handicap entrent, à défaut d'une mention expresse, dans la catégorie désignée du terme de « toute autre situation ».

[82] Loi fédérale du 13 déc. 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand ; RS 151.3).

l'amélioration des conditions individuelles propices à cette intégration (comme les mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité[83]).

La LHand se soucie en particulier d'accessibilité, c'est-à-dire de l'élimination de tout obstacle, notamment architectural, à la participation à la vie de la société. De la sorte, elle accorde la priorité à l'élimination de la forme de discrimination qui, dans la CDPH, est désignée du terme de refus d'« aménagements appropriés » (cf. art. 2 CDPH), tout en accordant explicitement une attention moindre à d'autres formes de discrimination qui sont prédominantes dans d'autres domaines.

4.2.2. Parties concernées par l'interdiction de la discrimination

La LHand protège les personnes handicapées en particulier de toute inégalité de traitement attribuable à une *collectivité publique*, aux Chemins de fer fédéraux et à d'autres entreprises concessionnaires. Elle impose aussi des obligations à la Confédération en sa qualité d'employeur : cette dernière doit, en vertu de l'art. 13, al. 1er, LHand, utiliser tous les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées, en particulier lors de l'engagement de son personnel[84]. De plus, elle doit prendre en considération, dans les rapports avec la population, les « besoins particuliers des handicapés de la parole, de l'ouïe ou de la vue et adopter des mesures ad hoc à leur intention » (art. 14 LHand).

La LHand offre une protection contre les actes discriminatoires commis par des *particuliers* lorsque ceux-ci possèdent des bâtiments entrant dans le champ d'application de son art. 3 (let. c et d) ou fournissent des prestations au public (art. 6 LHand)[85], même si cette protection est moindre que lorsque des organismes publics sont en cause : l'art. 2, let. d de l'ordonnance sur l'égalité pour les handicapés[86] dispose ainsi que le refus d'une prestation privée n'est constitutif de discrimination que lorsqu'il constitue une *différence de traitement particulièrement marquée et gravement inégalitaire* qui a pour intention ou pour conséquence de rabaisser une personne handicapée ou de la marginaliser. Enfin, la LHand ne s'applique pas aux discriminations qui ont lieu dans les rapports de travail de droit privé[87].

4.2.3. Conséquences juridiques des discriminations

Toute personne qui subit une inégalité dans le domaine des bâtiments, des équipements ou des véhicules peut, par principe, demander à l'auteur de s'en abstenir (art. 7 LHand)[88]. S'il s'agit d'entreprises concessionnaires ou de collectivités publiques, elle peut demander à l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner que le prestataire élimine l'inégalité ou s'en abstienne (art. 8,

---

83 Ces mesures ne rentrent pas dans le champ de la présente étude.

84 Référence est faite ici à l'art. 4, al. 2, let. f LPers, qui indique que la Confédération doit prendre des mesures propres à assurer des chances égales aux handicapés, leur accès aux emplois et leur intégration.

85 Toutefois, la LHand ne définit pas ce qu'il faut entendre par « prestation » et la jurisprudence n'a pour l'instant pas non plus délimité clairement le champ d'application de l'art. 6 LHand.

86 Ordonnance du 19 nov. 2003 sur l'égalité pour les handicapés (OHand ; RS 151.31).

87 A cet égard, la LHand se borne à prévoir, à son art. 17, la possibilité de réaliser des projets pilotes destinés à favoriser l'intégration professionnelle.

88 En l'espèce, le problème est que la LHand ne prévoit pas, pour les projets ne devant pas être mis à l'enquête, d'obligation particulière de rendre les demandes d'autorisation de construire publiques ou d'en informer les organisations de personnes handicapées, de sorte que le manque d'informations rend pratiquement impossible l'introduction d'un recours. Rares sont en effet les cantons à garantir le droit à l'information des personnes ayant qualité pour présenter un recours.

al. 1er et 2, LHand). Toutefois, en vertu de l'art. 11, al. 1er, LHand, cette autorité n'ordonne pas l'élimination de l'égalité lorsqu'il y a disproportion entre, d'une part, l'avantage qui serait procuré aux personnes handicapées et, d'autre part, la dépense qui en résulterait (let. a), l'atteinte qui serait portée à l'environnement, à la nature ou au patrimoine (let. d) ou l'atteinte qui serait portée à la sécurité du trafic ou de l'exploitation (let. c). Dans ces cas, elle peut ordonner à l'entreprise concessionnaire ou à la collectivité publique de prévoir une solution de rechange (art. 12, al. 3, LHand). Elle n'ordonnera en revanche pas de modifier un bâtiment si la dépense qui en résulterait dépasse 5 % de la valeur d'assurance du bâtiment ou de la valeur à neuf de l'installation, ou 20 % des frais de rénovation (art. 12, al. 1er, LHand).

Lorsque la *discrimination est le fait de particuliers* qui fournissent des prestations au public (art. 6 LHand), l'art. 8, al. 3, LHand prévoit que la personne qui la subit peut uniquement demander le versement d'une indemnité, que le tribunal fixe en tenant compte des circonstances, de la gravité de la discrimination et de la valeur de la prestation en cause. Cette indemnité ne pouvant dépasser 5000 francs (art. 11, al. 2, LHand), la question se pose de savoir si cette sanction est suffisamment dissuasive.

4.3. Garanties découlant du droit pénal et des dispositions générales du droit privé

Etant donné que la LHand ne s'applique que de façon limitée aux actes discriminatoires commis par des particuliers, la question est de savoir quelles dispositions générales du droit privé peuvent être utiles pour s'en défendre[89]. La *jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'obligation de contracter*, qui dispose que, dans certaines circonstances, un contrat entre particuliers peut se conclure aussi contre la volonté d'une des parties (cf. infra ch. II.6.3.1), ne s'applique pas à la plupart des domaines abordés dans la présente étude, et notamment pas à l'exercice d'une activité lucrative en général et à la recherche d'un emploi en particulier, à la recherche d'un logement et à la fourniture de prestations de services dans le domaine des loisirs : soit les conditions exigées ne sont pas réunies, soit il existe des motifs objectifs qui justifient le refus de conclure un contrat (comme des consignes de sécurité). Les dispositions du droit civil sont éventuellement applicables à la conclusion d'un contrat d'assurance maladie complémentaire.

Les *dispositions du droit du travail sauvegardant la personnalité des travailleurs* (art. 328 et 336 ss CO, ainsi qu'art. 6 LTr) protègent, théoriquement du moins, les personnes en situation de handicap des actes visant à les dénigrer, à les rabaisser ou à les exclure, notamment en cas de licenciement dû à leur handicap. De surcroît, les employeurs ont l'obligation de consentir des efforts raisonnables pour intégrer les employé-e-s handicapés. Ceux-ci n'ont pas pour autant de droit subjectif à l'aménagement de leur poste de travail : en vertu du droit du travail, ils peuvent uniquement demander le versement d'une indemnité, mais pas l'élimination des obstacles. Le même principe s'applique au licenciement d'une travailleuse ou d'un travailleur en raison de son handicap (art. 336, al. 1er, let. a CO) : dans ce cas aussi, le congé est valable et la partie lésée ne peut demander que le versement d'une indemnité (art. 366a CO). S'il n'est pas exclu que les conditions posées par la jurisprudence pour admettre l'existence d'une discrimination à l'embauche fondée sur des motifs racistes[90] puissent se transposer à l'accès des porteurs-euses de handicap à la vie professionnelle, la jurisprudence est cependant restée muette sur cette question jusqu'ici. Il est néanmoins clair qu'il n'existe pas d'instrument efficace contre un refus

89 Cf. les garanties générales ci-dessous, ch. II.6.1.2.

90 Cf. infra, ch. II.6.3.1.

d'embauche discriminatoire fondé sur le handicap : si elle n'a pas subi de dommages financiers, la personne lésée peut uniquement réclamer le versement d'une somme à titre de réparation morale (art. 49 CO), mais pas d'être engagée.

Les *dispositions du droit du bail* concernant les vices surgissant pendant la durée du bail (art. 256 ss CO) semblent protéger, potentiellement du moins, les personnes en situation de handicap contre tout acte discriminatoire commis par les voisins et aussi, dans une certaine mesure, contre ceux commis par le bailleur ; nous pensons en particulier à la possibilité de contester un congé lorsque celui-ci contrevient aux règles de la bonne foi (art. 271, al. 1er, CO)[91]. A notre connaissance, il n'existe toutefois aucun arrêt qui indique de façon probante que les dispositions en question s'appliquent réellement aux cas de discrimination fondés sur un handicap.

Pour le surplus, les propos dénigrants proférés à l'encontre d'une personne handicapée peuvent, à certaines conditions, constituer une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 CC[92].

Le droit pénal réprime les délits contre l'honneur qu'il recense aux art. 173 ss CP.

4.4. Analyse de la jurisprudence[93]

4.4.1. Vue d'ensemble

Sur un total de 453 arrêts reçus et retenus pour l'analyse de la jurisprudence, 71 – soit environ 15 % – concernaient des actes discriminatoires ou des inégalités de traitement fondés sur un handicap (il s'agissait de onze arrêts rendus sur la base de l'art. 8, al. 2, Cst et de 60 rendus sur la base de la LHand). Ce sont des tribunaux administratifs qui ont prononcé la très grande majorité des décisions, 67 pour être plus précis (dont les onze arrêts prononcés sur la base de l'art. 8, al. 2 Cst), contre seulement quatre pour des tribunaux civils[94].

Les 60 arrêts rendus sur la base de la LHand peuvent être classés par thème comme suit :

	Nombre d'arrêts	*Pourcentage*
Formation[95]	32	54 %
Bâtiments	10	17 %
Droit fiscal[96]	4	6 %
Divers[97]	14	23 %
Total	60	100 %

Tableau n° 3 : Vue d'ensemble des décisions relatives à la LHand

91 Cf. infra, ch. II.6.1.2.

92 Toutefois, des déclarations d'ordre général ne tombent ni dans le champ de l'art. 28 CC, ni dans celui de la LHand : il incombe à chaque personne lésée de s'adresser au juge pour faire valoir une atteinte à ses droits.

93 Cf. l'étude thématique n° 8, ch. III.3.2.2.

94 Pour l'analyse du montant des dépens et des frais judiciaires, de la durée de la procédure et des dommages-intérêts versés, nous renvoyons le lecteur au chapitre consacré aux garanties procédurales (cf. infra, ch. III).

95 Décisions portant sur l'attribution à des écoles spécialisées pour élèves handicapés, sur la prise en charge des mesures pédagogiques pour personnes handicapées et sur l'échec au secondaire deuxième degré et à l'université.

96 La déduction des coûts induits par le handicap, pour l'essentiel.

97 Citons à titre d'exemple une décision portant sur l'ajustement de la hauteur du quai, une décision sur l'accès aux trains et diverses décisions portant sur la procédure (comme la qualité pour agir d'une organisation de personnes handicapées ou l'exigence du versement d'une avance de frais [relativement élevée] destinée à rémunérer un interprète en langue des signes).

4.4.2. Constats et enseignements

Lors du premier semestre 2015, le consortium Bureau BASS/Haute école zurichoise des sciences appliquées (ZHAW) a, lors d'une évaluation de la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées, analysé par le menu l'application pratique des dispositions d'ordre matériel de la LHand. Selon toute probabilité, les résultats de cette évaluation seront publiés en 2015. Etant donné que notre étude porte surtout sur les garanties procédurales, nous ne revenons ici que brièvement sur quelques-unes des principales conclusions de l'évaluation.

Comme il ressort du tableau n° 3, plus de 50 % des décisions concernent la *formation.* Parmi celles-ci, une partie portait sur le droit à l'aménagement des modalités d'examen au degré tertiaire. Les porteurs-euses de handicap qui honorent leur obligation de collaborer peuvent en effet demander cet aménagement afin de pouvoir se présenter aux épreuves sans être pénalisés par leur handicap[98]. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée de façon concluante sur le droit à demander également une modification du niveau d'exigences des examens[99]. Dans le domaine de l'école obligatoire, les décisions concernaient notamment l'intégration des élèves, ainsi que le financement des écoles privées et des mesures relevant de la pédagogie spécialisée. En résumé, la jurisprudence peut être qualifiée de plutôt favorable à l'intégration[100]. Dans le domaine de la *construction*, signalons par ailleurs que la LHand ne s'applique pas aux ensembles résidentiels dont les différents bâtiments ne sont reliés que par un garage souterrain, à l'exclusion de toute autre partie commune[101]. En outre, l'obligation d'adapter les parties d'un bâtiment non concernées par une transformation partielle n'existe que dans la mesure où ces parties sont unies par un lien fonctionnel avec l'élément en transformation, une décision par ailleurs critiquée par les spécialistes[102]. Enfin, signalons un arrêt portant sur la fourniture de prestations par des privés : le Tribunal fédéral a donné raison à l'exploitant d'un cinéma qui avait refusé l'entrée à une personne en fauteuil roulant pour des raisons de sécurité, étant donné que cette décision ne visait pas à rabaisser la personne lésée[103]. Le fait que le tribunal n'admet l'existence d'une discrimination que si l'auteur avait l'intention de discriminer a fortement nui à la sécurité juridique et restreint davantage encore le champ d'application, déjà limité, de la LHand lorsqu'il s'agit de prestations fournies par des particuliers.

4.5. Résultats des enquêtes

4.5.1. Entretiens personnels

Selon les spécialistes consultés, les problèmes varient en fonction du handicap, ce qui oblige à porter un regard tout en nuances sur la réalité. Par rapport aux centres de consultation destinés

---

98 Sur cette thématique, cf. notamment l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-541/2009 du 24 nov. 2009 et l'arrêt du tribunal administratif du canton de Zurich VB.2007.00564 du 25 juin 2008.

99 Le Tribunal fédéral, dans son arrêt 2P.140/2002, et le Tribunal administratif fédéral, dans son arrêt B-7914/2007, fixent comme limites de l'obligation d'adapter les modalités d'examen et du droit de l'intéressé à l'exiger, les exigences des branches concernées, que les mesures visant à compenser l'inégalité ne doivent pas diminuer. La doctrine porte toutefois un jugement critique sur une procédure jugée trop schématique (cf. notamment Schefer/Hess-Klein, p. 390 ss).

100 Dans son arrêt de principe ATF 138 I 123, le Tribunal fédéral indique que l'enseignement spécialisé en école ordinaire a la priorité sur l'enseignement spécialisé en institution.

101 Cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 5 déc. 2007, VB.2007.00356, consid. 3.2.2.

102 Schefer & Hess Klein, p. 52 ss.

103 ATF 138 I 475. Un recours contre cette décision est en cours devant la CrEDH.

aux victimes d'autres types de discrimination, les centres pour personnes handicapées fournissent une aide plus axée sur les actes de la vie quotidienne. Signalons que l'on ne parle pas nécessairement de discrimination dans ce contexte, mais plutôt d'intégration, c'est-à-dire d'élimination des obstacles à la participation à la vie en société (en particulier dans le domaine scolaire et dans celui des handicaps psychiques). Il arrive aussi souvent qu'il soit nécessaire d'adopter des mesures (aménagements appropriés) pour remédier à une inégalité de traitement. De surcroît, il est rare que des propos clairement discriminatoires contre des personnes en situation de handicap soient exprimés en public, les inégalités revêtant des formes plus subtiles. Du point de vue juridique, de nombreux spécialistes soulignent la complexité de la LHand ainsi que la difficulté d'apporter des preuves recevables et d'établir les faits. Dans l'ensemble, le nombre de transactions extrajudiciaires est supérieur à celui des règlements judiciaires. Une seule entité, le centre Egalité Handicap, détient pratiquement un monopole du savoir-faire juridique dans le domaine de la LHand, et des centres de consultation de toute la Suisse lui confient les dossiers qui portent sur des questions juridiques précises.

S'agissant des *bases légales*, les expert-e-s sondés estiment que ***des mesures s'imposent*** et s'accordent à dire que la protection contre la discrimination des porteurs-euses de handicap présente des lacunes. Comme nous le verrons plus loin, ils sont d'avis que des mesures sont particulièrement urgentes pour faciliter les procédures. Parmi les lacunes, ils relèvent notamment l'absence de dispositions protégeant les personnes handicapées des actes discriminatoires commis par des particuliers et demandent de modifier la législation spécialement dans le domaine du travail et des prestations fournies par des particuliers. Par ailleurs, et il s'agit là aussi d'un problème signalé par les spécialistes, les personnes handicapées ne peuvent souvent pas porter elles-mêmes l'affaire en justice lorsque des bâtiments sont rénovés et leur accessibilité limitée, car elles ne sont pas directement concernées et dépendent en l'espèce de l'aide de leurs organisations. Les expert-e-s du domaine demandent aussi de modifier la législation pour harmoniser certaines lois cantonales ou communales (comme les lois sur l'instruction publique ou les lois sur l'aide sociale). Enfin, ils réclament l'inscription dans la LHand de dispositions visant à protéger explicitement les personnes présentant un handicap psychique.

Dans le domaine de la *sensibilisation*, les expert-e-s interrogés identifient plusieurs chantiers : une grande partie de la population n'est pas consciente de l'existence de la discrimination et de nombreuses victimes ignorent manifestement leurs droits. Ce sont en particulier les juristes, les centres spécialisés et leurs spécialistes, les centres de consultation, les organisations de personnes handicapées et les représentants des organismes officiels qu'il convient de mieux former aux besoins des personnes en situation de handicap et aux dispositions légales qui les protègent. Enfin, il y a lieu d'allouer davantage de ressources aux centres de consultation afin que ceux-ci puissent engager davantage de personnes ayant suivi une formation juridique.

4.5.2. Membres du barreau

Le questionnaire en ligne envoyé aux avocat-e-s leur demandait notamment s'ils estimaient que la LHand procurait une protection appropriée aux personnes lésées. Si près de 40 % n'ont pas su répondre à cette question, il se dégage en revanche une tendance claire des propos des autres personnes interrogées : près de 80 % d'entre elles estiment en effet que la LHand procure aux victimes d'une discrimination une protection totalement appropriée ou plutôt appropriée.

4.5.3. Tribunaux

S'agissant de l'enquête adressée aux tribunaux[104], signalons au préalable, par souci de précision, que le pourcentage de réponses « Ne sait pas » est ici aussi élevé, puisqu'il oscille entre 55 et 65 %. Si une proportion aussi considérable des tribunaux et des offices de conciliation sollicités (désignés ci-après du terme d'« autorités judiciaires ») ne peut se prononcer sur la protection procurée par la LHand, c'est que seule une minorité d'entre eux a eu à trancher des questions liées à la LHand.

Pour la majorité des autorités judiciaires qui ont donné leur avis sur la LHand, l'application de l'interdiction de la discrimination aboutit, en partie ou en totalité, à une protection appropriée des personnes en situation de handicap. Le pourcentage dépasse 70 % s'agissant de l'accessibilité des prestations publiques, des transports publics ainsi que des bâtiments et équipements publics.

Leur appréciation est aussi positive pour l'accès aux *prestations fournies par des particuliers*. Ainsi, plus de trois quarts des tribunaux et offices de conciliation ayant fourni des renseignements indiquent que l'application de l'art. 6 LHand (interdiction de la discrimination) aboutit en pratique à une protection appropriée contre les dénis d'accès aux prestations des particuliers.

4.6. Conclusions

Les dispositions de la LHand couvrent principalement les *actes discriminatoires commis par les collectivités publiques* dans le domaine des bâtiments et équipements, des transports publics, de la formation et d'autres prestations (art. 3 LHand), même si la LHand ne s'applique pas universellement dans ces domaines. En sa qualité d'employeur, la Confédération doit assurer des chances égales aux personnes handicapées, en particulier lors de l'engagement de son personnel. En revanche, la LHand ne s'applique pas aux rapports de travail de droit public des cantons et des communes. En outre, le champ d'application de la loi est fortement fragmenté par la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons et par des réflexions d'ordre politique et financier, de sorte qu'il est pratiquement impénétrable aux profanes, comme il ressort tant de l'analyse des bases légales que des enquêtes menées auprès des expert-e-s des centres de consultation.

La LHand n'offre guère de protection contre les *actes discriminatoires commis par des particuliers*, ce qui pose un problème notamment dans l'accès aux prestations. Par ailleurs, la définition de la notion de discrimination est plus étroite lorsqu'elle s'applique aux particuliers qu'aux collectivités publiques. En outre, un domaine vital – les rapports de travail de droit privé – est virtuellement exclu du champ d'application de la LHand. Si la LHand demande de prévenir ou d'éliminer les inégalités de traitement qui sont le fait des pouvoirs publics, les victimes d'une pratique discriminatoire privée ne peuvent que demander une *indemnité financière*. Ainsi, l'interdiction de la discrimination ne contraint pas les particuliers fournissant des prestations à adopter des mesures propres à éliminer les inégalités de fait ou à abandonner toute différence de traitement entre leurs clients. La LHand ne permet donc pas d'obliger ces particuliers à agir ou à conclure un contrat et les personnes en situation de handicap victimes d'une discrimination commise par un particulier doivent dès lors invoquer les *dispositions générales du droit de la personnalité*. Par ailleurs, la doctrine ne s'intéresse que peu à l'applicabilité des dispositions du droit civil de la per-

[104] Cf. l'étude thématique n° 9, p. 11 ss. Le terme « tribunaux » englobe également les offices de conciliation.

sonnalité, du droit du travail et du droit du bail, et il n'existe pratiquement pas de décisions judiciaires auxquelles le personnel des centres de consultation, les personnes handicapées ou les chercheurs-euses pourraient se référer. Des 71 arrêts qui nous ont été soumis par les tribunaux et les offices de consultation pour l'analyse de la jurisprudence, seulement quatre ont pour objet des litiges tranchés par des tribunaux civils. Autant de données qui permettent de supposer que les personnes en proie à un déni d'accès aux prestations ou à des problèmes au travail saisissent rarement la justice, en raison de l'absence de jurisprudence, de l'insécurité juridique qui en est le corollaire et de l'issue prévisible de la procédure, qui ne satisfait pas leurs besoins (le versement d'une indemnité, en lieu et place de l'omission ou de l'élimination de la discrimination, comme il en va lorsque celle-ci est le fait des pouvoirs publics).

L'ignorance des droits des personnes handicapées est un autre problème, qui concerne non seulement ces personnes, mais aussi les spécialistes (juristes, centres spécialisés et leurs spécialistes, centres de consultation et organisations de personnes handicapées) et l'opinion publique. Les enquêtes menées auprès du personnel des centres de consultation ont montré que des mesures de sensibilisation s'imposent à tous les niveaux dans ce domaine. Enfin, il y a lieu d'allouer davantage de ressources à ces centres de consultation afin que ceux-ci puissent engager davantage de personnes ayant suivi une formation juridique.

5. Discrimination raciale

5.1. Droit pénal

5.1.1. Norme pénale contre la discrimination raciale (art. 261bis CP)

Le code pénal suisse réprime explicitement la discrimination raciale à son art. 261bis. Le législateur helvétique a adopté cette disposition après la ratification de la Convention contre le racisme[105] afin de transposer les engagements internationaux dans le droit national[106].

La norme pénale contre le racisme a pour but primordial de protéger la dignité de la personne, indépendamment de la couleur de peau, de l'ethnie et de la confession. Elle préserve aussi la paix publique, c'est-à-dire le vivre ensemble. Toutes les dispositions de l'art. 261bis CP ont ceci en commun qu'elles répriment des actes qui, implicitement ou explicitement, nient l'égalité de droit – voire le droit à l'existence – à d'autres personnes en raison de leur couleur de peau, de leur race, de leur ethnie, de leur origine nationale ou de leur religion[107]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le critère de la « race » est défini par la couleur de peau. Quant à celui de l'ethnie, il repose sur l'identification à une culture concrète (qui se manifeste par une langue, des coutumes et des traditions), transmise de génération en génération. Enfin, la notion de religion s'entend au sens large et englobe toutes les croyances en une relation avec un être divin[108].

La loi ne réprime pas tout acte raciste, mais uniquement les graves atteintes à la dignité humaine[109]. En outre, pour être punissables, les comportements racistes doivent avoir eu lieu en

105 Convention internationale du 21 déc. 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

106 Le code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM ; RS 321.0) contient une disposition identique à son art. 171c.

107 Cf. Naguib & Zannol, p. 170

108 Cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.1.

109 S'agissant de la jurisprudence, cf. Naguib & Zannol, p. 172 s.

public et non dans un cadre privé (entre amis ou dans le cercle familial, par ex.)[110]. L'art. 261bis CP punit les actes suivants d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire :[111]

- Al. 1er : incitation à la haine ou à la discrimination : sera puni *« celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ».* Il s'agit là d'une part de propos destinés à provoquer une attitude fondamentalement hostile envers certaines personnes, et qui sont suceptibles de le faire, et d'autre part de propos qui invitent ou incitent expressément à dénier à ces personnes des droits ou à porter atteinte à ceux-ci[112].
- Al. 2 : propagation d'idéologies racistes : sera puni *« celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion ».* Cet alinéa interdit toute propagande idéologique affirmant la supériorité d'un groupe sur d'autres personnes et ravalant ainsi ces dernières au rang de citoyen-ne-s de deuxième classe[113].
- Al. 3 : organisation d'actions de propagande raciste : sera puni *« celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part ».* De la sorte, le code pénal réprime non seulement l'incitation publique au racisme, mais aussi les préparatifs réalisés en privé afin d'organiser des actions de propagande raciste[114].
- Al. 4, première partie : atteinte à la dignité humaine : sera puni *« celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ».* Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que les infractions les plus fréquentes sont les propos tenus de vive voix[115].
- Al. 4, seconde partie : négation d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité : sera puni celui *« qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité »*[116]. Pour être punissables, ces propos ne doivent pas nécessairement être adressés à un membre concret de l'ethnie en question, il suffit qu'ils aient été prononcés devant des tiers[117].

---

110 Cf. Naguib et coll., n. 1162 ss.

111 S'agissant des faits constitutifs d'infraction, cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.1. L'« origine nationale » ne figure en revanche pas dans la loi. Dans le message concernant l'art. 261bis CP, le Conseil fédéral a justifié cette omission par le fait que ce critère « aurait pu provoquer des malentendus [en Suisse], notamment en rapport avec les dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité suisse » (FF 92.029, p. 306). Cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.2.

112 Cf. Naguib et coll., n. 1166 ss.

113 Cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.1, p. 12.

114 Cf. Naguib et coll., n. 1180.

115 Cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.1, p. 12.

116 En l'occurrence, les termes de « génocide » et de « crime contre l'humanité » recouvrent les définitions figurant aux art. 6 et 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

117 Cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II.1.1, p. 13.

- Al. 5 : refus d'un bien ou d'un service destiné à l'usage public : sera puni *« celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public ».* Le but de cette disposition est de sanctionner les actes de discrimination raciale commis en public qui pourraient aboutir à une forme de ségrégation. Songeons par exemple à un refus d'admission dans une discothèque ou un restaurant qui se fonderait sur le seul critère de l'origine ou de l'appartenance ethnique[118]. La question de savoir si cette disposition est applicable au droit du travail ou au droit du bail fait l'objet d'un débat parmi les spécialistes et n'a pas encore été tranchée par les tribunaux[119].

L'analyse de la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral concernant l'art. 261bis CP, réalisée dans le cadre de cette étude, n'a pas fourni suffisamment de données pour tirer des conclusions probantes[120].

L'examen de l'aspect matériel de la norme antiraciste montre que les critères retenus par l'art. 261bis CP (race, ethnie et religion) sont trop restrictifs dans la réalité juridique quotidienne. En effet, les propos xénophobes, qui attaquent la nationalité ou le statut juridique de l'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.), peuvent être tout aussi rabaissants et offensants ou perturber autant l'ordre public que le racisme traditionnel. Or, l'art. 261bis CP ne recouvre pas ces critères[121].

5.1.2. Infractions contre l'honneur

Les actes racistes peuvent aussi être sanctionnés au titre de *délits contre l'honneur* que le code pénal recense aux art. 173 ss CP. Ces dispositions pourraient ainsi s'appliquer lorsque les conditions prévues à l'art. 261bis CP ne sont pas toutes remplies, ce qui est le cas par exemple lorsque l'acte ou les propos ne sont pas publics.

5.2. Garanties matérielles découlant du droit privé

Le droit privé ne contient pas de disposition explicite protégeant les individus contre les actes de discrimination raciale. Pour cette raison, ce sont les dispositions générales du droit qui s'appliquent (principe de bonne foi, protection de la personnalité et, pour le droit du bail, l'art. 271, al. 1er, CO, qui dispose que le congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi[122]). L'analyse des publications spécialisées et de la jurisprudence a cependant montré que le nombre de causes tranchées par les tribunaux est très faible dans ce domaine (cf. les quatre affaires mentionnées au ch. II.6.3.1), ce qui rend impossible toute analyse quantitative de la jurisprudence.

---

118 Hausammann, p. 13.

119 Idem.

120 Plus précisément, les quinze arrêts analysés ne fournissaient pas des informations sur la totalité des garanties procédurales examinées dans l'étude de l'UE (cf. l'étude thématique n^{o} 6, ch. II 2.1).

121 Cf. les explications figurant dans l'étude thématique n^{o} 6, ch. II 2.1

122 Cf. infra, ch. II.6.1.2.

5.3. Analyse de la jurisprudence

La centaine de décisions relatives aux actes de discrimination raciale que les tribunaux nous ont transmises ont toutes été rendues par des cours pénales. Notre enquête ne nous a pas permis d'identifier d'autres jugements civils que les quatre déjà connus.

5.4. Résultats des enquêtes

5.4.1. Entretiens personnels

En général, les spécialistes avec lesquels nous nous sommes entretenus jugent *les dispositions matérielles du droit suisse* contre la discrimination raciale lacunaires, compliquées et trop peu explicites, notamment lorsqu'ils les comparent au droit d'autres pays européens, plus développé. S'ils reconnaissent l'importance de la norme pénale antiraciste (art. 261bis CP), ils estiment néanmoins qu'elle ne recouvre pas suffisamment les différentes formes que revêt le phénomène qu'elle combat[123]. Ils déplorent également que son champ d'application se limite aux propos proférés en public. Certains expert-e-s sont bien conscients du difficile équilibre entre la norme pénale antiraciste et d'autres biens juridiques protégés, la liberté d'expression en tout premier lieu, mais ils n'y voient pas un obstacle à l'amélioration de la protection contre les discriminations.

C'est dans le droit privé que les spécialistes interrogés identifient les lacunes les plus importantes, car les dispositions en vigueur sont particulièrement inconsistantes et ne donnent guère de possibilités de saisir les tribunaux. Ils sont nombreux à signaler le droit du travail et le droit du bail comme des domaines qui ne contiennent virtuellement pas de disposition contre les discriminations. Ils indiquent ainsi que, en raison des lacunes du droit matériel, il est généralement très difficile d'évaluer les chances de succès et que le risque encouru par quiconque introduit une action en justice est élevé. En conséquence, le nombre de causes et de condamnations est faible et la jurisprudence dans le domaine de la discrimination raciale n'est guère abondante. Le nombre de précédents étant ainsi réduit, l'insécurité juridique s'en trouve accrue, ce qui dissuade les éventuels plaignants et limite le nombre de procédures réellement engagées. La majorité des spécialistes consultés indiquent, lorsqu'on leur pose la question, qu'une loi générale et unique contre la discrimination serait utile pour briser ce cercle vicieux. Toutefois, les conseillers-ères ne jugent pas tous qu'une augmentation du nombre des cas soumis aux tribunaux soit souhaitable à tous les égards, car il leur semble que la justice n'est pas toujours la solution aux problèmes des victimes. Selon eux, une amélioration de la législation aurait surtout pour conséquence de renforcer l'effet préventif.

Si l'on considère le *contexte sociétal général*, de nombreux spécialistes indiquent qu'il faudrait que la société manifeste davantage de tolérance envers la population migrante. Ils estiment par ailleurs qu'il y a lieu aussi bien de mener des campagnes de sensibilisation sur la discrimination que de former et de conscientiser le personnel des services publics et les juristes aux questions relevant de la migration et de la discrimination. Ils recommandent également d'étendre le réseau des programmes d'aide et des centres de consultation et de mieux doter les structures existantes. Les personnes consultées sont nombreuses à considérer que ces mesures sont au moins aussi importantes que les initiatives prises pour améliorer la législation. Leur expérience profes-

[123] Comme l'analyse de la jurisprudence le montre, l'al. 5 de l'art. 261bis CP, qui sanctionne le refus de prestation, ne s'applique pratiquement jamais et les inégalités de traitement matérielles à motivation raciste, en particulier, ne sont pour ainsi dire pas réprimées, surtout en raison, selon les expert-e-s, de la difficulté de fournir des preuves, particulièrement grande dans ce domaine.

sionnelle leur indique en effet que les consultations à bas seuil ou les conseils et interventions extrajudiciaires sont souvent plus utiles aux victimes de discrimination que l'introduction d'une action en justice, dans bien des cas compliquée et laborieuse.

5.4.2. Membres du barreau

Le questionnaire en ligne envoyé aux avocat-e-s leur demandait notamment s'ils estimaient que la norme pénale antiraciste (art. 261bis CP) procurait une protection appropriée aux personnes lésées. Environ 40 % de ceux et celles qui ont répondu à cette question ont indiqué que cela était tout à fait vrai ou plutôt vrai, tandis qu'une proportion tout aussi importante pensait que cela n'était pas ou pas du tout le cas.

5.4.3. Tribunaux

Nous avons demandé aux autorités judiciaires si, d'après leur expérience, l'application de la norme pénale contre le racisme (art. 261bis CP) procurait une protection appropriée aux personnes lésées : sur les 92 tribunaux et offices de conciliation qui se sont exprimés à ce sujet (35 % ayant répondu « Ne sait pas »), près de 90 % estimaient que cette protection était plutôt ou totalement garantie.

5.5. Conclusions

Selon 90 % des autorités judiciaires ayant pris part à notre enquête et 50 % des avocat-e-s ayant rempli le questionnaire en ligne, l'application de l'art. 261bis CP octroie une protection suffisante aux victimes d'actes discriminatoires. Pour leur part, les conseillers-ères des centres de consultation déplorent en particulier que le champ d'application de la norme pénale antiraciste (art. 261bis CP) se limite aux propos proférés en public et aux critères de la race, de l'ethnie et de la religion, de sorte que, comme l'indique sa teneur et le confirme la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle ne permet pas de lutter contre les propos xénophobes et la propagande haineuse fondés sur la nationalité ou le statut juridique de la victime (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.)

Ces spécialistes estiment que les lacunes les plus importantes se trouvent toutefois dans le droit civil, qui ne fournit pratiquement aucun moyen de saisir la justice, un avis corroboré par l'analyse de la jurisprudence : la consultation des publications spécialisées et des recueils de décisions judiciaires n'a permis de découvrir que trois affaires civiles portant sur un cas de discrimination raciale. De surcroît, parmi la centaine de causes transmises par les tribunaux pour l'analyse de la jurisprudence, il n'y avait aucun arrêt rendu par un juge civil concernant la discrimination raciale, car toutes avaient été tranchées par des cours pénales. Les spécialistes des centres de consultation estiment que l'absence de jurisprudence civile en matière de discrimination raciale rend difficile l'évaluation des chances de succès et accroît l'insécurité juridique, ce qui dissuade de nombreuses victimes de faire valoir leurs droits en justice. La majorité des spécialistes consultés indiquent, lorsqu'on leur pose la question, qu'ils donnent leurs suffrages à une loi générale contre les discriminations et en attendent avant tout un effet préventif. Enfin, ils demandent un effort accru de sensibilisation et une dotation des programmes d'aide et des centres de consultation en adéquation avec les besoins.

6. Garanties générales découlant du droit matériel

6.1. Bases du droit matériel

6.1.1. Droit public[124]

Lorsque le droit public ne contient pas de norme spécifique ou que celle-ci ne recouvre pas le fait mis en cause, les victimes d'actes discriminatoires peuvent invoquer l'art. 8, al. 2, Cst.

La Constitution fédérale garantit en effet l'égalité et interdit la discrimination à son art. 8. Les critères énoncés de façon non exhaustive à l'al. 2 de cet article reprennent pour l'essentiel ceux des Pactes de l'ONU et de la CEDH, de sorte qu'ils garantissent une protection complète contre les discriminations du fait notamment de l'origine, de la race, de la situation sociale, du mode de vie, de l'âge, des convictions religieuses, philosophiques ou politiques, du sexe, de la langue et du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. S'il s'applique principalement aux rapports entre les particuliers et l'Etat, l'art. 8 déploie aussi ses effets sur les rapports entre particuliers, en vertu de l'art. 35, al. 1er (réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique) et al. 3, Cst (réalisation dans les relations qui lient les particuliers entre eux) : le droit doit ainsi être adopté et appliqué sans discrimination dans les domaines qui concernent ces relations, ce qui vaut en particulier pour l'interprétation des notions juridiques indéterminées et des dispositions générales du droit. Enfin, les dispositions interdisant toute discrimination peuvent servir de référence, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral[125], pour savoir ce qui est admissible dans les relations entre particuliers et ce qui ne l'est pas.

6.1.2. Droit privé[126]

Du fait de la prohibition de la discrimination prévue à l'art. 8, al. 2, Cst et du principe de la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers (art. 35, al. 3, Cst), les tribunaux et les autorités doivent si possible prendre en compte l'interdiction de la discrimination lors de l'application du droit privé[127], qui contient diverses dispositions générales et notions juridiques indéterminées importantes pour la protection contre la discrimination que l'on peut invoquer de façon générale, c'est-à-dire sans qu'ils se fondent sur un critère de discrimination particulier.

Parmi ces dispositions, le *principe de bonne foi* (art. 2, al. 1er, CC) oblige notamment les parties à agir en droit dans le respect des autres parties, c'est-à-dire à choisir l'acte le plus favorable à celles-ci lorsque plusieurs options s'offrent à elles. Sur la base de cette disposition, nous pouvons de surcroît être en présence d'un cas de *responsabilité précontractuelle* (*culpa in contrahendo*), même sans clause contractuelle précise, pour autant que certaines conditions clairement définies soient réunies. Quant à l'*interdiction de l'abus de droit* (art. 2, al. 2, CC), elle vise à préserver l'harmonie des rapports juridiques. Lorsque des droits subjectifs ne sont pas respectés, l'Etat peut, au cas par cas, intervenir pour corriger la situation, car il n'y a pas lieu de protéger un abus de droit manifeste. Toutefois, l'interdiction de l'abus de droit ne constitue qu'une mesure subsidiaire de dernier recours. Enfin, l'*interdiction des engagements excessifs* (art. 27 CC) et les *limites à la liberté contractuelle* (art. 19 et 20 CO) concourent à la protection contre les discriminations découlant de la teneur d'un contrat. En effet, les contrats ne doivent pas comporter

---

124 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. II.2.

125 ATF 130 III 28, consid. 4.2., p. 32, par ex.

126 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. II.4.

127 Réponse du Conseil fédéral du 20 mai 2009 à l'interpellation Heim 09.3242 du 20 mars 2009.

d'engagements excessifs qui lèsent les droits attachés à la personnalité et leur teneur doit respecter les limites de la loi. Les contrats s'écartant des dispositions légales doivent en particulier respecter les droits de la personnalité.

La *protection de la personnalité garantie par l'art. 28 CC* ne se soucie pas des atteintes en droit, mais des atteintes de fait à la personnalité. Si le législateur n'a pas défini la notion de personnalité, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet toutefois, dans le domaine de la protection contre la discrimination, de conclure que toute inégalité de traitement fondée sur un trait de personnalité est une atteinte illicite au sens du code civil. Les cours civiles de plusieurs tribunaux cantonaux ont expressément admis cette conclusion dans des cas de discrimination raciale[128].

Dans le domaine du *droit du travail*, il y a atteinte illicite à la personnalité lorsqu'une inégalité de traitement se fonde sur des critères discriminatoires et qu'aucun motif ne peut être invoqué pour justifier cette inégalité[129]. Les dispositions sur la protection de la personnalité du CC et du CO offrent une garantie contre tout acte de discrimination fondé sur les motifs suivants : sexe, race et les caractéristiques qui y sont associées, convictions religieuses, philosophiques et politiques, situation sociale, âge, handicap, orientation sexuelle, maladie, prédispositions aux maladies et patrimoine génétique[130]. Le casier judiciaire, les traits de caractère et le tabagisme sont également des caractéristiques qui peuvent donner lieu à des discriminations[131]. S'agissant des procédures d'embauche, on peut déduire des art. 2 et 28 CC ainsi que de l'art. 328b CO l'interdiction de défavoriser des candidat-e-s en fonction de caractéristiques attachées à leur personnalité[132]. Pendant les rapports de travail, l'art. 328 CO fournit une protection contre les discriminations, tandis que l'art. 336, al. 1er, let. a (raisons inhérentes à la personnalité) et let. b (exercice d'un droit constitutionnel) protège les employé-e-s contre les licenciements discriminatoires[133]. Par ailleurs, le principe de bonne foi (art. 2 CC) s'applique lors de la procédure d'embauche, durant les rapports de travail et au moment de la résiliation du contrat, alors que les art. 19 et 20 CO ainsi que 27, al. 2, CC régissent les discriminations découlant de la teneur du contrat[134]. De la sorte, nous disposons en Suisse de divers instruments juridiques pouvant garantir une protection contre les discriminations en droit du travail.

Enfin, les dispositions générales et les notions juridiques indéterminées expliquées en introduction de ce point ont aussi leur validité en *droit du bail*, domaine dans lequel s'appliquent le principe de bonne foi et la protection de la personnalité. Ainsi, la protection contre un congé contrevenant aux règles de la bonne foi est explicitement mentionnée à l'art. 271, al. 1er, CO, qui précise que ce congé est alors annulable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un bailleur qui résilierait le contrat de bail en raison de la couleur de peau du locataire contreviendrait à ce principe[135]. Contrairement à ce qui se passe en droit du travail, la contestation d'un congé abusif et sa révocation a pour conséquence que le contrat de bail reste en vigueur sans modification[136].

---

128 Cf. supra, ch. II.4.3 et infra, ch. II.6.3.1.

129 Pärli [Liberté contractuelle], p.552 ss.

130 Idem, p. 538.

131 Idem.

132 Idem, p. 541.

133 Idem, p. 552.

134 Idem, p. 541 ss.

135 ATF 120 II 105, consid. 3a, p. 108

136 Cf. Lachat & Thanei, n. 29/8.1.

S'agissant des autres domaines de la vie, le principe de la liberté contractuelle est limité par l'interdiction des clauses contraires aux mœurs ou à l'ordre public ou représentant une atteinte à la personnalité. Cela vaut pour la protection contre la discrimination en général ainsi que, en particulier, pour l'assurance-maladie, l'assurance responsabilité civile des véhicules à moteur et les activités de loisirs. Si certaines conditions sont remplies, le Tribunal fédéral déduit même de l'interdiction des actes contraires aux mœurs l'existence d'une *obligation de contracter*. En conséquence, il existe, en théorie du moins, un moyen légal de faire valoir les droits subjectifs en cas de discrimination dans les domaines évoqués. Pour autant que les autorités recourent systématiquement à ces mécanismes, les droits fondamentaux peuvent être respectés et appliqués dans les rapports juridiques entre particuliers aussi.

6.2. Jurisprudence fondée sur le droit public

6.2.1. Ventilation des arrêts par thème

Sur un total de 453 décisions transmises par les tribunaux, 92 causes concernaient l'art. 8, al. 2, Cst, soit 20 %.

Les arrêts peuvent être classés par thème comme suit :

	Nombre d'arrêts	*Pourcentage*
Etrangers-ères	43	47 %
Handicap	11	12 %
Assurances sociales	10	11 %
Genre	4	4 %
Divers[137]	24	26 %
Total	92	100 %

Tableau n° 4 : Classification des arrêts rendus en vertu du droit public

6.2.2. Classification des arrêts concernant des étrangers-ères

En raison du grand nombre d'arrêts concernant des étrangers-ères, nous présentons une subdivision de cette catégorie :

	Nombre d'arrêts	*Pourcentage*
Naturalisation	28	65 %
Autorisation de séjour	11	26 %
Regroupement familial	3	7 %
Divers	1	2 %

Tableau n° 5 : Classification des arrêts concernant des étrangers-ères

[137] Actes discriminatoires (supposés tels) en raison de l'âge ou durant des examens, par ex.

Les arrêts concernant le droit des étrangers – et notamment les procédures de naturalisation – constituent une proportion relativement importante des décisions prononcées en vertu de l'art. 8, al. 2, Cst. La raison en est double : d'une part, depuis que deux arrêts de principe du Tribunal fédéral[138] datant de 2003 ont supprimé l'incertitude entourant auparavant les refus discriminatoires de naturalisation, la Cour de Mon-Repos a admis un nombre relativement élevé de recours. D'autre part, les recourants n'ont pas à craindre de répercussions négatives s'ils sont déboutés – hormis le paiement des frais de procès – contrairement aux personnes invoquant le droit du travail ou le droit du bail, qui risquent de perdre leur emploi ou leur logement. De ce fait, le recours à la justice est relativement attrayant.

6.3. Jurisprudence fondée sur le CC et le CO

6.3.1. Affaires connues

Les tribunaux ne se sont prononcés qu'en de rares occasions sur l'application au droit de la discrimination des normes du CC et du CO mentionnées ci-dessus (cf. supra, ch. 6.2.1). Afin d'identifier le potentiel matériel de ces dispositions, nous présentons ci-dessous, de façon très succincte, les sept arrêts publiés dans lesquels les tribunaux ont appliqué des dispositions générales et des notions juridiques indéterminées pour trancher des affaires de discrimination[139].

Dans un arrêt datant du 17 décembre 1990, le *tribunal d'arrondissement d'Arbon* s'est prononcé sur le licenciement d'une monteuse qui avait passé outre l'interdiction de porter un foulard. Le tribunal a fait droit à sa requête et conclu à l'existence d'un congé abusif au sens de l'art. 336, al. 1er, CO, car la demanderesse avait exercé un droit constitutionnel en se coiffant d'un foulard. Il lui a octroyé une indemnité de 5000 francs.

Dans un arrêt qu'il a publié le 11 novembre 1993, le *Tribunal fédéral* s'est penché sur le licenciement de trois collaborateurs noirs. Lors de l'entretien de licenciement, leur chef leur avait déclaré que des employés noirs s'étaient rendus coupables de vol dans d'autres succursales de l'entreprise. La cour de Mon-Repos a admis l'existence d'un congé abusif au sens de l'art. 336, al. 1er, CO, constatant notamment que le soupçon de vol ne reposait pas sur des éléments concrets, mais uniquement sur la couleur de peau du demandeur, et concluant que ce motif était manifestement illicite[140]. C'est aussi un licenciement pour motifs racistes qui a retenu l'attention du *tribunal d'arrondissement de Saint-Gall* dans l'arrêt qu'il a rendu le 8 novembre 1999. En l'espèce, un supérieur hiérarchique utilisait le terme « Juden » (juif) pour désigner les imperfections des travaux de peinture, un terme qui avait blessé son subordonné, un peintre de religion juive. Celui-ci avait demandé à son supérieur de ne plus utiliser ce mot et, ses efforts étant restés vains, s'en était plaint au copropriétaire de l'entreprise, en suite de quoi il avait été licencié. Il a alors introduit une action en justice en invoquant une atteinte à la personnalité, que le tribunal

---

138 ATF 129 I 232 (initiative zurichoise pour la naturalisation par le peuple) et ATF 129 I 217 (refus de naturalisation à Emmen).

139 Une présentation détaillée de ces arrêts figure dans l'étude thématique n^{o} 8, ch. III.3.3.2. Il existe aussi un arrêt non publié du Tribunal fédéral qui porte sur le même sujet : l'arrêt 2c_103/2008. La cour de Mon-Repos y précise expressément qu'il est inadmissible, dans un entretien d'embauche, de poser des questions sur l'orientation sexuelle du candidat : *« Ainsi, des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'une femme d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis et de fréquentations du candidat ou à ses tendances sexuelles sont par exemple inadmissibles. Ceci vaut également sous l'angle de l'art. 328b CO (..).* » (consid. 6.2).

140 Le Tribunal fédéral n'a pas pu entrer en matière sur le grief du défendeur invoquant des raisons économiques pour le licenciement, en raison des limites de son pouvoir d'examen.

d'arrondissement de Saint-Gall a admise. Cette cour a notamment indiqué que, en vertu de l'art. 328, al. 1er, CO, l'employeur doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur et s'abstenir de toute atteinte à celle-ci qui ne soit pas justifiée professionnellement. Elle a ajouté qu'il doit aussi protéger le travailleur de toute atteinte qui pourrait être le fait de ses supérieurs, de ses collègues ou de tiers. Le tribunal de première instance de Saint-Gall a estimé en substance que le terme utilisé par le supérieur du demandeur pour désigner les imperfections rabaissait les fidèles de cette confession et constituait à ne pas en douter une atteinte injustifiée à la personnalité du demandeur. Que ce terme soit manifestement depuis longtemps d'usage courant dans la branche de la peinture importait peu en l'occurrence. Dès lors, il a qualifié le congé de licenciement abusif au sens de l'art. 336, al. 1er, let. d CO.

Dans son arrêt du 7 mai 2002 (appelé *Post-Entscheid* en allemand), portant sur l'obligation de la Poste d'acheminer les publications de l'association *Verein gegen Tierfabriken* (dont la section romande s'appelle ACUSA), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question de *l'obligation de contracter en droit privé*[141]. Il a estimé que, si c'est par principe la liberté contractuelle qui prévaut dans l'économie de marché – c'est-à-dire que chaque fournisseur est libre de décider avec qui il veut traiter –, cette liberté n'en est pas moins soumise à certaines limites, puisque les contrats ne doivent en particulier pas être contraires aux mœurs ou à l'ordre public ni représenter une atteinte à la personnalité[142]. C'est en invoquant la prohibition d'un comportement contraire aux bonnes mœurs que le Tribunal fédéral a admis en l'espèce une obligation de contracter, en l'assortissant de conditions bien précises, tout en ajoutant qu'il faut faire preuve d'une grande retenue et y voir un cas exceptionnel. L'existence de l'obligation de contracter est subordonnée à quatre conditions cumulatives :

1) L'entrepreneur offre ses biens et services au public en général.
2) Il s'agit de biens ou de services de caractère usuel, c'est-à-dire ceux qui sont à la disposition de pratiquement tout le monde et qui sont utilisés dans la vie quotidienne.
3) Du fait de la position dominante du fournisseur, on ne peut raisonnablement exiger de l'intéressé qu'il satisfasse ses besoins usuels en s'adressant à un autre fournisseur, cette position dominante existant dès lors que seul un fournisseur présente une accessibilité suffisante ou que tous les fournisseurs pouvant entrer en ligne de compte opposent à l'intéressé un même refus de prestation.
4) Lorsque l'entrepreneur ne peut faire valoir de raisons pertinentes pour refuser le contrat[143].

Lorsque ces conditions sont remplies, le principe de la liberté contractuelle cesse de s'appliquer et le fournisseur est tenu de conclure un contrat avec l'intéressé.

Dans son arrêt du 10 novembre 2005, la *Cour d'appel des prud'hommes de Genève* s'est prononcée sur le licenciement signifié à un aide-jardinier au service d'une entreprise de conciergerie et d'entretien de jardins. Son employeur lui avait adressé à deux reprises des avertissements écrits pour mauvaise conduite. Cinq mois après le deuxième avertissement, il a été licencié à la suite d'une « réorganisation de l'entreprise » et d'une « diminution du volume de travail ». L'employé licencié a ouvert action contre son employeur en paiement de divers montants et pour licenciement abusif, estimant avoir été licencié en raison de son âge (plus de 50 ans). La Cour a

141 ATF 129 III 35.

142 Cf. art. 27 et 28 CC et art. 19 et 20 CO, ainsi que les dispositions du droit du travail sur la protection de la personnalité et la protection contre les congés (art. 328 et 336 CO).

143 ATF 129 III 35, consid. 6.3, p. 45 s. (trad. CSDH).

examiné s'il y avait bien congé discriminatoire donné pour un motif inhérent à la personnalité de l'employé, au sens de l'art. 336, al. 1er, let. a CO, et constaté que, « parmi les raisons inhérentes à la personnalité figure l'âge du cocontractant ». Elle a ajouté que si, « conformément à l'art. 8 CC, le fardeau de la preuve du congé abusif incombe à la partie qui entend en déduire un droit [...], un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance, fondée entre autres sur la chronologie des évènements, [pouvait aussi] suffire. » De plus, « la partie ayant dénoncé le contrat doit de son côté collaborer à l'administration des preuves et démontrer la réalité des motifs qui l'ont amenée à mettre fin au contrat de travail. » Etant donné que le défendeur n'a pas apporté la preuve des griefs faits à son employé dans la lettre de licenciement, la Cour d'appel a retenu « avec une haute vraisemblance » que les motifs signalés dans les « avertissements » ne constituaient que des prétextes destinés à justifier le futur licenciement. Dès lors, le tribunal a conclu à l'existence d'un congé abusif ayant pour motif l'âge du demandeur et lui a octroyé une indemnité de 16 780 francs.

L'arrêt que le *tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne* a rendu en date du 10 octobre 2005 portait sur le cas d'une femme noire qui s'était vu refuser un emploi de veilleuse de nuit dans un EMS privé au motif de sa couleur de peau. Cette dernière a ouvert action pour atteinte à la personnalité en vertu de l'art. 328 CO et pour violation de la prohibition de la discrimination inscrite dans la constitution. Le tribunal a conclu à une grave atteinte à la personnalité au sens de l'art. 328 CO et condamné le défendeur au versement d'une somme de 5000 francs à titre de réparation.

Dans son *arrêt* du 13 janvier 2006, le *tribunal des prud'hommes du canton de Zurich* s'est prononcé sur le refus d'embauche qu'une entreprise de nettoyage a signifié à une Suissesse d'origine macédonienne – qui avait postulé par l'entreprise d'un office régional de placement – en raison de son origine, comme elle l'indiquait dans un courriel où elle disait ne pas vouloir engager d'employé-e-s d'ascendance balkanique. La demanderesse a demandé le versement de 5000 francs au titre de dommages-intérêts et de réparation, en invoquant l'art. 28 CC et l'art. 328 CO ainsi que l'obligation de contracter. Le tribunal a conclu à l'existence d'un devoir de diligence précontractuel de la défenderesse, a qualifié sa conduite d'atteinte grave et illicite à la personnalité et l'a condamnée au versement d'une somme de 5000 francs à titre de réparation morale.

6.3.2. Analyse

En analysant la jurisprudence, l'une de nos priorités a été d'identifier d'autres arrêts dans lesquels les personnes lésées invoquaient des dispositions du droit civil. Du total de 453 arrêts reçus, seuls six se fondaient sur le code des obligations en général, sur des dispositions générales ou des notions juridiques indéterminées, ou encore sur les deux catégories.

L'analyse détaillée des affaires qui nous ont été remises a abouti aux résultats suivants : pour trois arrêts, il nous a été impossible d'établir la nature de la discrimination, car la procédure ne s'est pas achevée sur un jugement sur le fond et car nous n'étions qu'en possession du dispositif du jugement[144]. Dans deux autres arrêts[145], le juge a bel et bien fait référence au principe de bonne foi (en lien avec l'art. 336, al. 1er, let. d CO) et, dans le dernier, à la protection contre la

[144] Il s'agit en l'occurrence d'actions en paiement introduites pour des litiges relevant du droit du travail auprès de la chambre des prud'hommes de la Singine, dans le canton de Fribourg (deux conciliations et un jugement par défaut).

[145] Un litige relevant du droit du travail tranché par la chambre des prud'hommes de la Singine (FR) et un arrêt de la chambre civile du tribunal d'arrondissement de la Singine (FR).

discrimination garantie par le droit du travail (art. 328 CO). Toutefois, aucun de ces arrêts n'établissait de lien avec un motif de discrimination visé à l'art. 8, al. 2, Cst, de sorte que nous n'étions pas en présence d'un acte discriminatoire au sens de notre étude[146]. L'analyse de la jurisprudence ne nous a donc pas permis d'identifier d'affaire, en sus des sept arrêts publiés (cf. supra, ch. II.6.3.1), dans laquelle le juge aurait appliqué les normes du CC et du CO à la protection contre la discrimination telle que l'entend la présente étude.

6.4. Résultats des enquêtes

6.4.1. Membres du barreau

Le questionnaire en ligne[147] envoyé aux avocat-e-s leur demandait dans quelle mesure diverses dispositions du droit matériel protégeaient les victimes d'actes discriminatoires. Une nette majorité d'entre eux a répondu que la *prohibition de la discrimination inscrite dans la Constitution fédérale (art. 8, al. 2, Cst)* et la *protection de la personnalité inscrite dans le droit civil (art. 27 ss CC ainsi que les art. 328 et 336 CO)* constituent en l'espèce une garantie totalement suffisante ou plutôt suffisante. En revanche, ils ne sont qu'une minorité à estimer que l'*interdiction des contrats illicites et contraires aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO)* et le *principe de bonne foi (art. 2 CC)* suffisent à procurer la protection voulue.

6.4.2. Tribunaux

Le questionnaire envoyé aux autorités judiciaires[148] leur demandait si les dispositions que les victimes d'actes discriminatoires pouvaient invoquer dans notre ordre juridique[149] leur procuraient une protection appropriée. La grande majorité (85 % environ) a répondu que c'était tout à fait ou plutôt le cas. A l'inverse, seul un quart des autorités judiciaires était d'avis que pour que les dispositions applicables offrent une protection appropriée, les tribunaux et les offices de conciliation devaient les interpréter de manière plus généreuse. Nous leur avons aussi demandé si, d'après leur expérience, l'application de l'art. 8, al. 2, Cst octroyait une protection concrète appropriée à toutes les catégories de victime de discriminations. Dans ce cas, seule une minorité des personnes interrogées (20 % environ) ont indiqué que ce n'était plutôt pas le cas ou pas du tout le cas.

Enfin, nous avons demandé aux tribunaux et offices de conciliation si les dispositions générales du droit procuraient, d'après leur expérience, une protection appropriée à toutes les catégories de victimes de discriminations lorsqu'elles s'appliquaient en lien avec le principe de la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 Cst, et plus précisément

---

146 Le Tribunal cantonal de Soleure a tranché un autre litige relevant du droit du travail qui opposait un employé licencié à son ancien employeur, à qui il réclamait le versement d'une allocation d'ancienneté. La cour s'est référée à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant le principe d'égalité, fondée sur l'art. 328 CO, et la portée de ce principe en droit du travail. Elle en a conclu que le demandeur aurait été victime d'une inégalité de traitement si la part de l'allocation d'ancienneté litigieuse ne lui avait pas été versée.

147 Cf. l'étude thématique n° 10, p. 14 s.

148 Cf. l'étude thématique n° 9, p. 5 ss.

149 Il s'agit en particulier de l'art. 8, al. 2, Cst (prohibition de la discrimination) et de l'art. 35 Cst (réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique), du principe de bonne foi (art. 2 CC), de la protection de la personnalité (art. 28 ss CC, art. 271, 328, 336, al. 1er, let. a, b, c et d ainsi que l'art. 336c, al. 1er, let. c CO), de l'interdiction des contrats illicites et contraires aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO) et de la norme pénale antiraciste (art. 261bis CP).

al. 3). Là aussi, la majorité des personnes ayant répondu estimait que le droit matériel procurait une protection appropriée contre la discrimination dans les relations entre particuliers. A leur avis, ce sont les dispositions du droit civil en matière de protection de la personnalité (art. 27 ss CC, art. 328 et 336 CO) qui constituent la garantie la plus appréciable.

6.5. Conclusions

L'ordre juridique suisse dispose de plusieurs dispositions générales et notions juridiques indéterminées – règles de la bonne foi (art. 2 CC) et protection de la personnalité dans le CC (art. 27 ss CC et art. 19 et 20 CO) et en droit du travail (art. 328 et 336 CO) – qui sont tout à fait susceptibles de fournir une protection contre la discrimination dans les relations entre particuliers. Dans certains cas, la jurisprudence – certes peu abondante – a interprété ces normes de façon à protéger les personnes lésées. Ce constat vaut avant tout pour le droit du travail, lorsqu'un congé discriminatoire s'appuie sur un autre motif que le sexe. Il est en revanche plus difficile de savoir, la jurisprudence faisant ici défaut, dans quelle mesure la protection de la personnalité garantie par l'art. 27 ss et par les art. 19 et 20 CO peut être invoquée dans d'autres domaines.

Lorsqu'il répond à des interventions parlementaires demandant d'étendre la protection contre la discrimination, le Conseil fédéral a pour habitude de renvoyer à ces normes, jugeant suffisantes les bases légales en vigueur.

Selon les résultats de l'enquête en ligne, les avocat-e-s estiment que la garantie conférée par l'art. 8, al. 2, Cst et par les dispositions du droit civil protégeant la personnalité est appropriée. En revanche, ils jugent insuffisante la protection octroyée par le principe de bonne foi et par les art. 19 et 20 CO.

Les autorités judiciaires qui ont répondu à notre questionnaire considéraient pour la plupart que les bases légales en vigueur procuraient une protection suffisante contre les discriminations dans tous les domaines. En outre, un quart d'entre elles était d'avis que pour que les dispositions applicables offrent une protection appropriée, les tribunaux et les offices de conciliation devaient les interpréter de manière plus généreuse.

L'appréciation du Conseil fédéral et des expert-e-s que nous avons interrogés (les membres du barreau et les autorités judiciaires) offre un contraste saisissant avec la pratique : pour ce que nous pouvons en juger, les tribunaux cantonaux et le Tribunal fédéral n'ont rendu depuis 1990 que sept arrêts publiés dans lesquels ils ont appliqué les principes du droit en question[150]. Avec un nombre si faible d'arrêts rendus sur une période aussi longue – même s'il existe assurément quelques causes dont nous n'avons pas connaissance –, force est de conclure qu'un profond fossé sépare le droit de la réalité. Certes, notre Cour suprême et les instances cantonales supérieures pourraient tout à fait, en interprétant les normes applicables, agir avec vigueur contre les discriminations dans les rapports entre particuliers sans vider pour autant de son sens le principe de l'autonomie privée, mais ils n'ont manifestement que très rarement fait usage de cette faculté. Si on ne peut que se livrer à des spéculations sur les motifs de cette pratique, l'existence de règles spécifiques applicables aux relations entre particuliers (cf. supra, ch. II.2 à 5), le manque d'information des victimes et les obstacles procéduraux (cf. infra, ch. III) sont probablement les

[150] Le recueil d'affaires que nous avons réalisé auprès de tous les tribunaux et offices de conciliation de Suisse pour analyser leur jurisprudence nous a fourni par ailleurs un autre arrêt dans lequel un tribunal cantonal a appliqué le principe d'égalité propre au droit du travail que le Tribunal fédéral déduit de l'art. 328 CO.

principales raisons qui expliquent pourquoi les dispositions générales du droit privé ne peuvent pas donner toute leur mesure dans la protection contre la discrimination.

7. Synthèse

Dans le domaine du droit matériel, la Suisse possède des normes importantes pour la protection contre la discrimination : l'art. 8, al. 2, Cst, la LEg, la LHand et l'art. 261bis CP. Cette protection est bien développée dans le domaine du droit public, puisque la LEg et la LHand contiennent des règles détaillées et qu'il est toujours possible d'invoquer l'art. 8, al. 2, Cst et sa liste détaillée de motifs de discrimination dans les cas où des lois spéciales font défaut.

S'agissant du droit pénal, les spécialistes déplorent que la prohibition de la discrimination raciale ne recouvre pas les actes de dénigrement et la propagande xénophobes qui, s'ils expriment bel et bien un sentiment de haine envers certaines nationalités ou le statut juridique de l'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.), s'y soustraient car ils ne se rapportent ni à la race, ni à l'ethnie ni encore à la religion de la victime. Le droit pénal ne recouvre pas les autres cas de dénigrement et de propagande haineuse et les motifs de discrimination ne sont pas considérés comme une circonstance aggravante, ce que les personnes ayant répondu à nos enquêtes n'ont toutefois pas déploré.

C'est dans le droit privé que nous avons identifié les lacunes et les zones d'ombre les plus considérables. Certes, les normes explicites de la LEg pour le monde du travail et celles de la LHand pour les services offerts au public ne sont pas les seules à s'appliquer, puisque la jurisprudence vient les compléter. Cependant, cette dernière se cantonne pour l'essentiel au monde du travail et tranche uniquement la question de l'admissibilité des congés prononcés en raison du sexe ou de la race (ainsi que de l'âge), même si elle souligne l'importance, pour la protection contre la discrimination, tant des dispositions du droit civil en matière de protection de la personnalité (art. 27 ss CC ainsi que les art. 328 et 336 CO) d'une part que de la prohibition des contrats illicites et contraires aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO) d'autre part. Pour ce que nous pouvons en juger, les tribunaux n'ont pas examiné d'autres questions relevant du monde du travail ni des affaires de discrimination concernant d'autres domaines de la vie. En raison du manque de jurisprudence et de doctrine en la matière, il nous est totalement impossible de déterminer dans quelle mesure les dispositions générales et les notions juridiques indéterminées du droit privé s'appliquent aux personnes LGBTI. Enfin, le nombre extrêmement faible d'arrêts que les tribunaux ont rendus dans des affaires de discrimination en se fondant sur le CC ou le CO montre que les dispositions du droit privé sont pour l'essentiel inefficaces. La raison est à rechercher moins dans la jurisprudence, pour autant qu'elle existe, que dans l'ignorance de ces instruments et le manque de sensibilisation à ce propos ainsi que, comme nous le verrons au ch. III, dans les règles de procédure.

L'un dans l'autre, la multiplicité des lois applicables, les dispositions dont l'applicabilité varie en fonction du motif de discrimination et les divers points obscurs, en droit civil en particulier, font du droit antidiscrimination en vigueur un domaine extrêmement complexe. Les personnes lésées peuvent dès lors être dans l'incapacité de savoir que la discrimination dont elles sont victimes tombe sous le coup de la loi. Autre conséquence de cette complexité, ni les centres de consultation, ni parfois même les avocat-e-s et les tribunaux ne saisissent tout le potentiel du droit en vigueur, en particulier dans les cas de discrimination multiple. S'il est tout à fait possible, en vertu des règles de procédure, d'invoquer dans un même procès les bases légales applicables à plusieurs motifs de discrimination – dans une procédure administrative lorsque l'acte répréhensible

est le fait d'un organisme public ou dans une procédure civile lorsqu'il est le fait d'un particulier –, nous n'avons toutefois identifié aucune cause répondant à ces caractéristiques.

III. PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS DANS LE DROIT DE PROCEDURE

1. Introduction

Dans la réalité quotidienne, les garanties matérielles sont d'une utilité limitée si la personne lésée n'a pas la possibilité d'introduire une action en justice. Dès lors, la mesure dans laquelle les prohibitions protègent effectivement des discriminations dépend de l'accès des victimes à la justice. Il faut en l'occurrence distinguer deux aspects, que l'on peut exprimer sous forme de questions :

- Le droit en vigueur facilite-t-il ou complique-t-il la tâche des personnes lésées voulant faire valoir en justice leur qualité de victime ? Cette question se rapporte aux règles de procédure et à leurs modalités.
- Existe-t-il des obstacles, autres que les règles de procédure, qui empêchent souvent, voire régulièrement, les victimes de saisir la justice dans certaines circonstances précises ? Cette question s'intéresse aux obstacles concrets susceptibles de limiter l'accès à la justice en cas de discrimination.

Nous répondons ci-dessous à ces questions en étudiant les aspects suivants : qualité pour agir et pour recourir (ch. 2), qualité pour agir et pour recourir des organisations (ch. 3), maxime des débats et maxime inquisitoire (ch. 4), règles concernant la preuve (ch. 5), dépens, frais judiciaires et assistance judiciaire (ch. 6), délai pour intenter action (ch. 7), durée de la procédure (ch. 8) et efficacité des sanctions possibles (ch. 9). Dans chacun de ces chapitres, nous nous intéressons aux règles de procédure civile, administrative et pénale.

Nous porterons une attention particulière aux interactions entre les modalités des règles de procédure et l'importance des obstacles matériels, c'est-à-dire à la question de savoir dans quelle mesure les obstacles d'ordre procédural dissuadent les victimes de discrimination de faire valoir leurs droits.

Les considérations ci-dessous reposent sur l'analyse de la législation et de la jurisprudence, sur des entretiens qualitatifs avec le personnel des centres de consultation et sur des enquêtes menées auprès des membres du barreau, des tribunaux et des offices de conciliation[151].

2. Qualité pour agir et pour recourir

Le droit procédural définit la qualité pour agir et pour recourir afin de déterminer qui, dans des circonstances données, est habilité à saisir la justice. Selon que cette définition est restrictive ou large, l'accès à la justice sera plus ou moins aisé pour les victimes de discrimination.

[151] Pour la méthodologie appliquée aux enquêtes sociologiques, cf. supra, ch. I.2.

2.1. Règles de procédure civile

En procédure civile, et notamment pour les domaines du droit du bail et du travail, particulièrement importants pour la protection contre la discrimination, ce sont les règles générales du code de procédure civile (CPC) qui déterminent la qualité pour agir[152]. L'art. 59, al. 1er, CPC dispose ainsi que le tribunal entre en matière sur les demandes ou les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité. En vertu de l'al. 2 de cette disposition, l'existence d'un intérêt digne de protection (let. a) et la capacité d'être partie et d'ester en justice (let. c) sont les conditions de recevabilité personnelles essentielles. L'art. 66 CPC précise que cette capacité d'être partie est subordonnée à la jouissance des droits civils ou à la qualité de partie en vertu du droit fédéral. L'art. 67, al. 1er, CPC aJOUTEe que l'exercice des droits civils confère la capacité d'ester en justice, et que la personne n'ayant pas cet exercice doit agir par l'intermédiaire de son représentant légal (al. 2). Les juges examinent d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC)[153].

La *LEg* et la *LHand* ne prévoyant pas de disposition particulière relative à la qualité pour agir, ce sont les règles générales du CPC qui s'appliquent. Les victimes de discrimination doivent au surplus entrer dans le champ d'application personnel et matériel de la loi concernée pour pouvoir l'invoquer. Signalons à cet égard, s'agissant de la LEg, que tant les femmes que les hommes peuvent s'y référer[154].

En ce qui concerne la LHand, les personnes présentant un grave handicap physique ou mental n'ont parfois pas l'exercice des droits civils ni la capacité de faire connaître leurs besoins, ce qui complique la question de la qualité pour agir. Dans ces circonstances, la décision de saisir la justice appartient à leur représentant légal (art. 67, al. 2, CPC). Toutefois, étant donné que les droits garantis par les dispositions applicables du CC et du CO sont des droits strictement personnels au sens où l'entend l'art. 67, al. 3 CPC, les personnes qui n'ont pas l'exercice des droits civils peuvent les faire valoir elles-mêmes, pour autant qu'elles soient capables de discernement[155].

2.2. Règles de procédure administrative

Les conditions de recevabilité applicables aux procédures administratives, c'est-à-dire les conditions auxquelles le tribunal entre en matière, comprennent les motifs liés à la personne de la partie plaignante, soit sa capacité d'être partie (art. 6 PA[156]) et d'ester en justice ainsi que d'autres conditions objectives, comme la qualité pour recourir (art. 37 LTAF en relation avec l'art. 48 PA) et l'admissibilité des motifs de recours (art. 37 LTAF en relation avec l'art. 49 PA[157]). L'autorité compétente vérifie d'office si ces conditions cumulatives sont remplies (art. 7, al. 1er, PA). Les

---

152 Code de procédure civile du 19 déc. 2008 (CPC ; RS 272).

153 En vertu de l'art. 59, al. 2, CPC, les conditions de recevabilité sont en particulier l'intérêt digne de protection du demandeur ou du requérant (let. a), la compétence à raison de la matière et du lieu (let. b.), la capacité d'être partie et d'ester en justice (let. c), l'absence de litispendance préexistante pour cette cause (let. d), l'absence de décision entrée en force pour cette même cause (let. e) et le versement des avances et des sûretés en garantie des frais de procès (let. f). Cf. les explications de l'étude thématique n° 1, ch. III.3.2.1.

154 Cf. Kaufmann & Steiger-Sackmann, n. 5 ad art. 3 LEg.

155 Sterchi, n. 22 ss ad art. 67 CPC.

156 Loi fédérale du 20 déc. 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

157 Cf. les explications de l'étude thématique n° 1, ch. III.3.2.2.

conditions de recevabilité prévues dans les lois de procédure administrative cantonales sont souvent identiques ou similaires à celles prévues dans la législation fédérale.

2.3. Règles de procédure pénale

2.3.1. Ouverture de la procédure pénale

L'ouverture de la procédure pénale est obligatoire pour les *délits poursuivis d'office :* les autorités pénales doivent ainsi agir de leur propre chef, indépendamment de la volonté de la personne lésée (art. 7 CPP). Toutefois, un particulier peut aussi introduire une procédure pénale, car, en vertu de l'art. 301, al. 1er, CPP, chacun a le droit de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite pénale, par écrit ou oralement. Néanmoins, le dénonciateur qui n'est ni lésé, ni partie plaignante ne jouit d'aucun autre droit en procédure (art. 301, al. 3, CPP).

En revanche, pour les poursuites qui ne sont engagées que *sur plainte*, il faut qu'une personne ayant qualité pour porter plainte manifeste sa volonté afin que l'autorité pénale introduise une procédure préliminaire et, par conséquent, une procédure pénale (art. 303, al. 1er, CPP). S'agissant du droit de plainte, l'art. 30, al. 1er, CP dispose que toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur de l'acte incriminé. Ce droit de plainte n'appartient qu'à la personne lésée, c'est-à-dire au titulaire du bien juridique en cause, la qualité de personne lésée découlant de l'interprétation de l'infraction en question[158].

Si les délits réprimés par la *norme pénale contre le racisme* (art. 261bis CP), élément clé de la protection contre la discrimination, sont poursuivis d'office, les *délits contre l'honneur*, comme la diffamation, la calomnie ou les injures (art. 173 ss CP), qui peuvent aussi être invoqués pour réprimer des actes de discrimination (raciale, notamment), sont en revanche poursuivis uniquement sur plainte.

2.3.2. Droits de la personne lésée

Le code de procédure pénale octroie des droits de procédure particuliers non seulement aux parties (art. 104 CPP), mais aussi à la personne lésée (art. 105 CPP). En vertu de l'art. 115, al. 1er, CPP est *lésée* toute personne dont les droits ont été violés directement par une infraction, l'al. 2 précisant que les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale sont toujours considérées comme des lésés. L'art. 116, al. 1er, CPP définit la *victime* comme étant le lésé qui, du fait d'une infraction, a subi une atteinte directe à son intégrité physique, psychique ou sexuelle[159]. Les victimes et les personnes lésées au sens de ces dispositions qui veulent avoir qualité de partie dans la procédure pénale peuvent se constituer partie plaignante au civil (art. 118, al. 3, CPP) jusqu'à la clôture de la procédure préliminaire (art. 318, al. 1er, CPP)[160]. On entend par par-

158 Trechsel & Jean-Richard [Commentaire du CP], n. 1 s. ad art. 30 CP, et explications de l'étude thématique no 1, ch. III.3.4.1.

159 Lorsque les proches de la victime se portent parties civiles contre les prévenus, ils jouissent des mêmes droits que la victime (art. 117, al. 3, CPP).

160 Une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (art. 118, al. 2, CPP).

tie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118, al. 1er, CPP)[161].

La partie plaignante jouit de divers droits particuliers, notamment la qualité de partie (art. 104, al. 1er, CPP), le droit d'être entendu (art. 107 CPP), le droit d'attaquer une éventuelle ordonnance de classement (art. 322, al. 2, CPP), l'octroi de l'assistance judiciaire si elle s'est portée partie plaignante au civil (art. 136 CPP), la possibilité de demander une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure si elle obtient gain de cause (art. 433 CPP), ainsi que la possibilité d'introduire un recours contre une décision (art. 382, al. 1er, CPP), mais pas contre la sanction prononcée (art. 382, al. 2, CPP)[162].

2.3.3. Statut de personne lésée et de victime en cas d'infractions à la norme pénale antiraciste

Une personne concernée par une infraction visée à l'art 261bis CP n'a le statut de personne lésée au sens de l'art. 115, al. 1er, CPP que si *elle a directement été touchée dans ses droits*. Pour cela, il faut que le bien juridique protégé par le code pénal concerne des droits individuels. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les infractions visées à l'art. 261bis CP, al. 1er (incitation à la haine et à la discrimination), al. 4, première phrase (actes de dénigrement ou de discrimination portant atteinte à la dignité humaine) et al. 5 (refus de la fourniture de biens et des services destinés à l'usage public) sont susceptibles de toucher directement les droits des personnes concernées. Dans ce cas, le bien juridique protégé est la dignité humaine et les personnes lésées par ces infractions sont des victimes au sens du CPP et peuvent jouir des droits attachés aux parties. En revanche, les infractions visées à l'art. 261bis, al. 4, deuxième phrase, CP (négation, minimisation grossière ou justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité) compromettent la paix publique, de sorte qu'il n'y a pas, dans ce cas, d'atteinte directe à un droit individuel[163]. Enfin, pour autant que nous sachions, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé expressément sur la qualité de victime pour les infractions décrites aux al. 2 et 3 (propagation publique d'idéologies racistes et actions de propagande), mais a indiqué que ces actions sont dirigées contre un nombre indéterminé de personnes[164], ce qui laisse penser qu'il n'octroierait pas ici la qualité de victime aux personnes concernées. Il est toutefois possible de postuler que les activités visées dans ces deux alinéas représentent une forme accentuée du dénigrement sanctionné par l'al. 1er et que la qualité de victime reste acquise lorsque ces activités ne concernent pas seulement un individu ou un petit groupe de personnes, mais un nombre élevé d'entre elles.

2.4. Résultats des enquêtes

2.4.1. Entretiens personnels

Pour les spécialistes du domaine de la discrimination raciale que nous avons consultés, le fait que les groupes intéressés doivent faire partie des personnes dénigrées pour jouir dans la procédure pénale des droits attachés aux parties constitue un problème. Les associations n'ayant

---

161 La partie plaignante qui se déclare demandeur au pénal demande que la personne pénalement responsable de l'infraction soit poursuivie et condamnée et celle qui se porte partie civile fait valoir des prétentions civiles (art. 119, al. 2, let. a et b CPP).

162 BFEG [Feuille d'information no 11], p. 5 f.

163 Cf. l'étude thématique no 6, ch. II.2.3.1.

164 ATF 126 IV 20, consid. 1c.

pas qualité pour agir et recourir dans le domaine du racisme, il est impossible d'entreprendre quoi que ce soit, dès lors que les victimes n'agissent pas de leur propre initiative[165].

2.4.2. Membres du barreau

Nous avons demandé aux avocat-e-s qui ont répondu à notre questionnaire en ligne si, de leur avis, des exigences excessives en matière de procédure dissuadaient les personnes victimes d'actes discriminatoires d'introduire une action en justice ou limitaient leurs possibilités de faire valoir leurs droits. Environ 55 % d'entre eux ont répondu que cela était vrai ou plutôt vrai. Toutefois, ils estimaient que d'autres facteurs étaient prépondérants.

2.5. Conclusions

Les règles de procédure civile, administrative et pénale qui régissent la qualité pour agir et ester en justice, que nous avons examinées ci-dessus, semblent être conformes aux normes du droit européen et être conçues selon la même logique. Si l'étude de l'UE indique que les Etats ne règlent pas tous de la même façon la qualité pour agir, elle en définit néanmoins deux caractéristiques communes à tous les ordres juridiques : la jouissance des droits civils et l'intérêt juridique justifiant l'introduction de l'action[166]. La Suisse adopte la même approche.

Si l'on considère *l'application de la norme pénale contre le racisme*, il y a lieu de se féliciter que les infractions à cette norme soient considérées comme des délits poursuivis d'office, de sorte que les autorités pénales doivent ouvrir une procédure dès qu'elles en ont connaissance. L'accès à la justice est toutefois limité par le fait que les personnes se sentant lésées par des infractions aux alinéas de la norme pénale antiraciste qui préservent la paix publique et non la dignité de la personne humaine n'ont pas la qualité de partie au sens de l'art. 104 CPP, car leurs droits ne sont pas touchés directement. En conséquence, elles ne peuvent introduire de recours contre les ordonnances de classement prononcées par le ministère public, situation qui, conjuguée au fait que les organisations n'ont pas qualité pour recourir[167] et faire valoir les droits collectifs des personnes lésées, crée une lacune dans l'accès à la justice.

Dans le domaine régi par la LHand, des problèmes peuvent se poser dans les cas où une personne gravement handicapée n'a pas la capacité d'ester en justice parce qu'elle n'a pas l'exercice des droits civils et dépend par conséquent de la décision de son représentant légal pour saisir la justice face à une discrimination.

3. Qualité pour agir et pour recourir des organisations

3.1. Observations d'ordre général

La qualité pour agir et pour recourir des organisations donne à celles-ci la possibilité de saisir la justice, soit pour représenter leurs membres, soit pour poursuivre des buts d'intérêt général, selon les modalités retenues. Cet instrument permet de faciliter le recours à la justice dans les cas

165 Les expert-e-s des autres domaines ne se sont pas exprimés à ce sujet.

166 Etude de l'UE, p. vi.

167 Cf. infra, ch. III.3.3.

où les victimes directes de discrimination craignent l'épreuve émotionnelle et les risques financiers inhérents à une action en justice et ont peur de s'exposer.

Dans les domaines, comme le droit du travail ou le droit du bail, où aucune loi spéciale n'octroie la qualité pour agir *dans une procédure civile* aux associations, aux organisations et aux personnes morales, ce sont les dispositions générales du code de procédure civile (CPC) qui s'appliquent. En vertu de l'art. 89, al. 1er, CPC, les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, intenter une action pour atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. La qualité pour agir des associations se limite toutefois au domaine du droit de la personnalité : elle leur permet de requérir du juge d'interdire, de faire cesser ou de constater une atteinte illicite (art. 89, al. 2, CPC). Les dispositions spéciales de certaines lois – comme la qualité pour agir des associations professionnelles, des associations économiques et des organisations de défense des consommateurs visée à l'art. 10, al. 2, let. a et b LCD[168] ou la qualité pour agir des organisations régie par l'art. 7, al. 1er, LEg – sont réservées (art. 89, al. 3, CPC).

Dans les *procédures administratives*, les associations, organisations et autres personnes morales organisées sous forme de société peuvent introduire un recours en faisant usage de trois mécanismes différents : en premier lieu, elles peuvent, en vertu de l'art. 48, al. 1er, PA et de l'art. 89, 1er, LTF, agir en qualité de recourant en leur propre nom, pour défendre leurs intérêts lorsqu'elles sont directement atteintes par la décision attaquée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à ces dispositions, elles peuvent toutefois aussi, en deuxième lieu, agir en leur propre nom pour défendre les intérêts de leurs membres – même si l'association n'est pas en soi concernée par la décision attaquée – lorsque la majorité ou une part importante de leurs membres auraient qualité pour recourir (recours corporatif « égoïste »)[169]. La qualité pour introduire ce genre de recours est régie par l'art. 48, al. 1er, PA, c'est-à-dire qu'elle est assortie des mêmes conditions que les recours présentés par un particulier. En troisième et dernier lieu, les associations peuvent saisir la justice en leur propre nom pour faire valoir des intérêts publics dans les cas où la loi le prévoit (recours à but « idéal »).

Les règles de procédure pénale ne prévoient pas de mécanisme, assimilable au droit des organisations d'agir en justice et de recourir, qui permettrait à des collectifs de participer à l'action judiciaire[170].

3.2. Qualité pour agir et pour recourir prévue par des lois spéciales

3.2.1. Discrimination en raison du sexe

L'art. 7, al. 1er, LEg octroie aux organisations la qualité pour agir conformément à l'art. 89, al. 2, CPC et, si elles succombent, le droit d'introduire un recours : pour cela, les organisations doivent avoir pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs et être constituées depuis deux ans au moins. Si elles réunissent ces conditions, elles peuvent agir en leur propre nom en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considé-

168 Loi fédérale du 19 déc. 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

169 Cf. l'ATF 136 II 539, consid. 1.1.

170 Cf. infra, ch. III.3.3.

rable de rapports de travail. Dès lors, les associations ont uniquement qualité pour introduire des actions en constatation, qui ne permettent pas de demander d'interdire la discrimination ou de l'éliminer, ni de rétablir une situation conforme à la loi ou de condamner l'auteur à fournir une prestation à un tiers. En particulier, l'organisation qui conteste une discrimination salariale ne peut requérir du juge qu'il condamne le défendeur à verser à la victime le salaire qui lui serait dû en l'absence de discrimination.

Dans la pratique, il est ressorti de l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité réalisée de 2003 à 2005 que seules 32 actions sur un total de 269 procédures analysées avaient été introduites par des organisations. Dans la plupart des cas, ces actions n'avaient toutefois pas été présentées dans un but conforme à l'esprit de la loi, c'est-à-dire pour résoudre des questions de principe, mais plutôt utilisées comme un instrument stratégique pour exercer des pressions sur le tribunal chargé de statuer sur une action intentée à titre individuel. Leur issue a été moins favorable aux plaignants que celle des actions introduites par des particuliers. Il s'agissait pour l'essentiel d'actions en égalité salariale complexes, aux répercussions considérables. Ces dernières années, le nombre d'arrêts recensés s'est fortement réduit, pour le moins ceux enregistrés dans la base de données www.gleichstellungsgesetz.ch, les derniers en date remontant à 2011[171]. Dans sa forme actuelle, cet instrument n'a plus guère d'importance dans la pratique.

Dans l'avis qu'il a rédigé en réponse à la motion Hofmann 06.3031, le Conseil fédéral a rejeté l'extension du droit d'agir des organisations aux actions en exécution de prestations. Il a pour cela argumenté que « l'idée de départ, selon laquelle le droit d'agir des organisations doit servir à *clarifier des questions de fond* présentant une importance décisive pour un grand nombre de salariés, serait délaissée » et que l'*anonymat* des personnes concernées, que l'on souhaitait préserver par le biais du droit d'agir des organisations, ne serait plus garanti. Or, toujours selon le Conseil fédéral, c'est notamment pour parer à cette exposition que le droit d'agir des organisations a été instauré[172].

Depuis lors, le Conseil fédéral a reconnu, dans un rapport consacré à l'exercice collectif des droits en Suisse[173], qu'il fallait adopter des mesures pour renforcer le droit d'agir des organisations, constatant que le « système actuel de protection des justiciables en vue de la réparation de dommages collectifs ou dispersés est lacunaire », notamment dans le domaine de l'égalité[174].

3.2.2. Discrimination des personnes LGBTI[175]

Les personnes transgenres victimes d'une discrimination dans leur vie professionnelle peuvent invoquer la LEg et, pour autant que les conditions requises soient satisfaites en l'espèce, faire valoir la qualité pour agir et pour recourir des organisations prévue à l'art. 7 LEg. Le même cons-

171 Cf. l'étude thématique n° 2, ch. IV.5.4.

172 Motion Hofmann 06.3031. Loi sur l'égalité. Extension de la qualité pour agir des organisations http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20063031.

173 Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Berne, 3 juil. 2013, à consulter à l'adresse http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf (consulté le 5 juin 2015).

174 Idem, p. 55. Cf. aussi la motion Birrer-Heimo 13.3931 du 27 sept. 2013 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments » et l'avis du Conseil fédéral du 29 novembre 2013.

175 Le terme générique LGBTI englobe toutes les minorités sexuelles : personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées.

tat devrait s'appliquer aux personnes intersexuées, car les actes discriminatoires dont elles sont victimes ont également le sexe comme motif.

S'il n'est en revanche pas certain que les personnes homosexuelles et bisexuelles puissent se réclamer de cette même loi, elles peuvent en tout état de cause faire valoir la qualité générale pour agir et pour recourir des organisations régie par le CPC et par la PA (cf. supra, ch. III.3.1).

3.2.3. Discrimination à l'égard des personnes handicapées

A son art. 9, la LHand octroie aux organisations qualité pour agir et pour introduire des recours à but idéal : les organisations d'importance nationale d'aide aux personnes handicapées ont, si elles existent depuis dix ans au moins, qualité pour agir ou pour recourir contre une inégalité qui affecte un nombre important de personnes handicapées. Lorsque la *discrimination est le fait de l'Etat*, ce droit s'applique aux inégalités concernant les domaines des bâtiments, des équipements ou des véhicules (art. 7 LHand), mais pas aux inégalités relatives aux prestations fournies par une collectivité publique ou une entreprise concessionnaire (art. 8 LHand). Lorsque la *discrimination est le fait d'un particulier* qui fournit des prestations destinées au public, les organisations ayant qualité pour agir (art. 5 OHand) ont la possibilité de saisir les instances de la juridiction civile afin de faire constater une discrimination[176].

3.3. Absence d'exercice collectif des droits en matière de discrimination raciale dans le domaine pénal

Dans le champ d'application de la norme pénale antiraciste, c'est-à-dire lorsque la discrimination se fonde sur la race, la procédure pénale ne prévoit pas de mécanisme d'exercice collectif des droits comparable au droit d'agir des organisations[177]. Seuls ont qualité de partie dans une procédure pénale le prévenu, la partie plaignante et, lors des débats ou dans la procédure de recours, le ministère public (art. 104, al. 1er, CPP). L'octroi de la qualité pour agir aux organisations a cependant fait l'objet d'un débat à plusieurs reprises, notamment lors de l'examen du projet de nouveau code de procédure pénale fédéral et dans la réponse donnée par le Conseil fédéral à deux motions sur ce sujet. Les partisans de l'octroi de la qualité pour agir aux associations antiracistes motivaient leur demande notamment en signalant qu'en raison du faible nombre de victimes de l'holocauste et de leurs proches encore en vie – compte tenu du temps écoulé depuis ces événements –, il aurait été judicieux de concéder le statut de partie aux organisations qui défendent leurs intérêts. Ils ajoutaient que les « victimes d'actes racistes ne peuvent souvent pas agir elles-mêmes, par crainte, manque d'appuis juridiques ou simplement méconnaissance de leurs droits »[178]. Un autre motionnaire a demandé d'attribuer à la Commission fédérale contre le racisme la qualité de partie lors de procédures fondées sur l'art. 261bis CP au sens de l'art. 104, al. 2, CPP[179].

Le Conseil fédéral a jugé problématique l'octroi de la qualité pour agir aux organisations antiracistes, craignant notamment que la complexité de la procédure pénale puisse s'en trouver accrue. Dans son message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, il a ainsi précisé

---

176 Cf. l'étude thématique n^{o} 4, ch. II.2.1.2.

177 C'est en ces termes que s'exprime le Tribunal fédéral dans l'ATF 125 IV 206.

178 Motion Schwaab 00.3268 du 13 juin 2000 « Discrimination raciale. Qualité pour agir ».

179 Motion Reynard 14.3980 du 26 sept. 2014 « Renforcer les compétences de la Commission fédérale contre le racisme ».

que « le code pénal et le droit régissant la procédure pénale, à la différence de ce qui vaut dans les domaines de la législation qui reconnaissent la qualité pour agir des associations (par exemple, en matière de lutte contre la concurrence déloyale, art. 10 LCD) instaurent une autorité, le ministère public, qui a pour mission de sauvegarder les droits dans l'intérêt de la société et, partant, doit exercer d'office le monopole de la justice répressive de l'Etat (…). Dans le cas où les autorités de poursuite pénale n'engagent pas spontanément une procédure, rien n'empêche toute personne ou association de personnes qui a constaté une infraction de cette nature de déposer plainte pénale, déclenchant ainsi une instruction pénale (…) »[180].

Dans son analyse du droit contre la discrimination raciale, la CFR déplore que les organisations n'aient pas la qualité de partie[181] et demande, dans sa recommandation n° 7, let. f, l'introduction d'un droit de recours pour les organisations sans but lucratif « engagées dans la lutte contre le racisme ou en faveur de l'intégration des étrangers et des droits de l'homme »[182]. Elle y souligne que l'absence de qualité pour agir des associations rend notamment impossible tout recours contre les ordonnances de classement du ministère public (art. 322, al. 2, CPP).

180 FF 2006 1057, p. 1142.

181 CFR, point faible n° 19, p. 15.

182 Idem, p. 24.

Domaine	Conditions	Champ d'application et requêtes possibles
Règles générales de procédure civile (art. 89 CPC)	- Association ou organisation d'importance nationale ou régionale - Doit être autorisée par ses statuts, dans le but de défendre les intérêts de certaines catégories de personnes, à introduire en son propre nom une action en violation de la personnalité des membres de ce groupe	- Champ d'application : limité aux atteintes à la personnalité, comme les actes discriminatoires au travail, dans les rapports de location ou dans les loisirs. Les dispositions de la LEg et de la LHand priment ces dispositions dans leur champ d'application - Requêtes possibles : action en interdiction, en cessation ou en constatation de l'atteinte à la personnalité
Règles générales de procédure administrative	- Recours corporatif « égoïste » : les organisations introduisent, en leur propre nom, un recours pour défendre les intérêts de leurs membres (l'organisation en soi n'est pas lésée) ; (art. 48, al. 1er, PA) - Recours corporatif à but idéal : les organisations introduisent, en leur propre nom, un recours pour sauvegarder des intérêts publics. Possible seulement si des lois spéciales le prévoient (art. 48, al. 2, PA)	Recours corporatif « égoïste » : - Champ d'application : règles générales de procédure administrative - Requêtes possibles : action en cessation, en exécution et en constatation
Discrimination fondée sur le sexe (art. 7 LEg)	- Doit avoir comme but statutaire la promotion de l'égalité entre femmes et hommes ou la défense des travailleurs et doit avoir au moins deux ans d'existence - L'issue du procès doit être susceptible d'avoir des conséquences pour un nombre considérable de rapports de travail	- Champ d'application : limité au monde du travail - Requêtes possibles : action en constatation seulement
Discrimination fondée sur un handicap (art. 9 LHand)	- L'organisation doit être d'importance nationale et exister depuis au moins dix ans - Il est probable que les inégalités de traitement affectent un grand nombre de personnes handicapées	- Champ d'application : *contre les collectivités publiques*, droit de recours en matière de bâtiments, équipements ou véhicules, *mais pas* de prestations des collectivités ; *contre les particuliers*, droit de recours en mat. de prestations offertes au public - Requêtes possibles : action en constatation seulement *pour les prestations privées*, action en exécution également pour les autres prestations
LGBTI et race	La question de savoir si les personnes LGBTI peuvent invoquer la qualité pour agir et recourir des organisations visée à l'art. 7 LEg n'est pas tranchée. La loi n'octroie pas la qualité de partie aux organisations dans les procédures pénales contre la discrimination raciale.	

Tableau n° 6 : Vue d'ensemble de la qualité pour agir et pour recourir des organisations

3.4. Résultats des enquêtes

3.4.1. Entretiens personnels

Discrimination de personnes LGBTI : certains des expert-e-s de ce domaine appellent également de leurs vœux l'octroi aux organisations de la qualité pour agir et recourir pour le compte de toutes les personnes LGBTI[183].

Discrimination des personnes handicapées : il ressort des réponses données qu'il faut améliorer la collaboration entre les diverses organisations (cf. infra, ch. IV.2.2.2). Il y a lieu en particulier d'affecter davantage de ressources aux centres de consultation pour que ceux-ci puissent engager des personnes ayant suivi une formation juridique, afin que la transmission de dossiers aux services spécialisés, comme Égalité Handicap, soit efficace et que les organisations puissent réellement utiliser leur droit de recours.

Discrimination raciale : selon les spécialistes de ce domaine, les personnes qui viennent consulter souhaitent souvent être accompagnées ou représentées par le personnel du centre de consultation, ou espèrent même que l'organisation se charge d'agir elle-même en justice. Ces spécialistes déplorent de ne pas pouvoir aller au-devant de ces désirs et regrettent que les organisations n'aient pas la qualité de partie en matière pénale. Ils estiment en effet que ce droit augmenterait considérablement les possibilités d'action des centres de consultation et contribuerait à l'application des normes en vigueur.

3.4.2. Tribunaux et membres du barreau

L'enquête en ligne demandait aux *avocat-e-s* si l'octroi d'un droit de recours étendu et distinct aux associations et autres organisations rendrait la justice plus accessible aux victimes de discrimination. Quelque 70 % des personnes interrogées ont répondu par l'affirmative, se déclarant tout à fait d'accord (40 % environ) ou plutôt d'accord (30 %) avec la proposition formulée dans la question[184].

La moitié des personnes interrogées dans les tribunaux et offices de conciliation ont affirmé être tout à fait d'accord ou plutôt d'accord que l'octroi d'un droit de recours distinct aux associations, aux organisations et aux personnes morales permettrait à davantage de victimes de discrimination de saisir la justice[185].

3.5. Conclusions

Le droit d'agir pour le compte de personnes victimes d'actes discriminatoires ou de les soutenir peut, dans les faits, améliorer considérablement l'accès à la justice, car divers obstacles – et notamment la crainte des représailles dans la sphère privée ou professionnelle – dissuadent souvent ces dernières de faire valoir elles-mêmes leurs droits, même lorsqu'elles les connais-

183 Cf. l'étude thématique n° 5, ch. III.1.1.2.

184 Autres réponses : plutôt pas d'accord = 12 % ; pas du tout d'accord = 15 % environ ; ne sait pas = 5 % environ.

185 Autres réponses : plutôt pas d'accord = 29 % environ ; pas du tout d'accord = 10 % environ ; ne sait pas = 12 % environ.

sent. Dès lors, la qualité pour agir et recourir des associations et des organisations constitue un mécanisme efficace pour faire véritablement valoir les droits des victimes[186]. Cette conclusion est corroborée par l'enquête menée auprès des autorités judiciaires, dont 50 % jugeaient que l'octroi d'un droit d'agir et de recourir distinct aux organisations augmenterait le nombre de causes qui leur sont soumises et par le questionnaire destiné aux avocat-e-s, dont 70 % estimaient que ces droits faciliteraient l'accès des victimes à la justice. Aussi faut-il voir dans la qualité pour agir et pour recourir des associations un mécanisme important pour la protection contre les discriminations.

Comme il ressort clairement des explications fournies ci-dessus, les bases légales varient d'un domaine à l'autre. Ainsi, si les organisations ont qualité pour agir en droit civil dans les champs d'application matériels de la LEg et de la LHand, ce n'est pas le cas en présence de discrimination raciale en matière pénale, et la question n'est pas tranchée pour les discriminations dont sont victimes les personnes homosexuelles et bisexuelles[187]. En ce qui concerne la discrimination raciale (en matière civile), les victimes ne peuvent avoir recours qu'à la qualité générale pour agir que le CPC octroie aux organisations, une possibilité toutefois limitée aux atteintes à la personnalité. En droit public, elles ont, le cas échéant, la possibilité d'utiliser le recours corporatif « égoïste » régi par l'art. 48, al. 1er, PA.

S'agissant des dispositions de la LEg, il faut relever que la qualité pour agir des organisations permet uniquement de requérir la constatation d'une atteinte à un droit, mais pas d'exiger l'exécution d'une prestation. En outre, les organisations font rarement usage de leur qualité pour agir et, quand elles le font, ne l'utilisent pas comme le législateur l'avait prévu, soit pour trancher des questions de fond, mais plutôt pour soutenir des requêtes individuelles. Le Conseil fédéral a reconnu que des mesures d'ordre législatif s'imposent dans ce domaine, car le droit de l'égalité ne dispose pas pour l'heure de véritables instruments de défense collective des droits.

Pour ce qui est des dispositions de la LHand, faisons remarquer que celle-ci distingue deux champs d'application, selon que l'auteur de la discrimination est une institution publique ou un particulier ; dans ce second cas en effet, les organisations peuvent uniquement agir en constatation, mais pas en exécution de la prestation. Les informations recueillies ne nous permettent pas de conclure avec certitude qu'il soit nécessaire d'étendre ou de revoir la qualité pour agir et recourir des organisations telle qu'elle est prévue par la LHand.

En matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, c'est-à-dire en matière de discrimination contre les personnes homosexuelles et bisexuelles, les résultats des enquêtes menées auprès des centres de consultation et l'importance de la qualité pour agir et pour recourir des organisations invitent à ouvrir un débat sur la nécessité d'adopter une base légale et sur les modalités d'une telle base.

Dans le domaine de la discrimination raciale au niveau pénal, enfin, l'argumentation que le Conseil fédéral développe pour s'opposer à l'octroi de la qualité de partie aux organisations n'est pas convaincante : s'il est vrai que le ministère public a ici le monopole de la justice répressive de l'État et doit agir en cas de nécessité, la défense des droits supra-individuels ne reçoit néanmoins pas nécessairement l'attention voulue en raison de la charge de travail des procureurs et du principe d'opportunité applicable aux poursuites pénales. Or, c'est précisément dans ces cas que les

186 Cf. l'étude de l'UE, p. vi.

187 Il semblerait que les personnes intersexuées puissent elles aussi faire valoir la qualité pour agir des organisations prévue par la LEg, mais il n'est pas clair qu'il en aille ainsi dans la réalité.

organisations pourraient introduire un recours contre une ordonnance de classement du ministère public et aider ainsi des groupes entiers à faire valoir leurs droits. Comme nous l'expliquons ci-dessus, tant les juristes (CFR) que les centres de consultation demandent l'octroi de la qualité de partie aux organisations dans ce domaine, jugeant que ce mécanisme revêt une grande importance dans l'accès à la justice.

4. Maxime inquisitoire et maxime des débats

Ce chapitre s'intéresse à la question de savoir à qui il appartient, du tribunal ou des parties, d'établir les faits recevables et d'apporter les moyens de preuve nécessaires à l'examen de la cause. Lorsque la *maxime des débats* s'applique, cette responsabilité est dévolue aux parties : en revanche, lorsque c'est la *maxime inquisitoire* qui est déterminante, c'est au tribunal de déterminer d'office les faits, tâche qui comprend l'administration des preuves[188].

La maxime des débats peut rendre l'accès à la justice plus difficile, car elle sollicite davantage les parties que la maxime inquisitoire – notamment en ce qui concerne les moyens de preuve et la motivation des conclusions, qui doit être plus détaillée –, de sorte que leurs chances d'avoir gain de cause sont moindres.

4.1. Règles de procédure civile

C'est en principe la maxime des débats qui s'applique dans les procédures civiles : les parties doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produire les preuves qui s'y rapportent (art. 55, al. 1er, CPC). Le tribunal est ainsi lié par les allégations des parties et par les moyens de preuve qu'elles produisent et tout élément qui n'est pas apporté par celles-ci manque de pertinence pour le jugement[189]. La loi peut toutefois prévoir des exceptions à ce principe (art. 55, al. 2, CPC).

Cependant, dans certaines causes relevant du « droit privé social », le juge doit déterminer d'office les faits. Cette maxime inquisitoire atténuée s'applique d'une part à des domaines ayant un caractère social particulièrement marqué (art. 247, al. 2, let. a en relation avec l'art. 243, al. 2, CPC) – et notamment aux litiges relevant de la LEg (art. 243, al. 2, let. a CPC) et aux résiliations abusives en droit du bail (art. 243, al. 2, let. c CPC), et cela indépendamment de leur valeur litigieuse – et, d'autre part, aux autres litiges relevant du droit du bail à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du droit du bail à ferme agricole ainsi qu'aux autres litiges relevant du droit du travail, « lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs » (art. 247, al. 2, let. b CPC)[190].

Pour l'essentiel, la maxime inquisitoire atténuée a pour conséquence que le tribunal est (co)responsable de la détermination des faits et, en particulier, qu'il n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 153, al. 1er, CPC). En présence d'indices invitant à penser que les allégations et moyens de preuve des parties sont incomplets, le tribunal est tenu d'interpeller celles-ci

188 Cf. le champ d'application du CPC : le tribunal administre les preuves d'office (maxime inquisitoire) lorsque les faits doivent être établis d'office (art. 153, al. 1er, CPC). Si tel n'est pas le cas, cette tâche est du ressort des parties (maxime des débats). La répartition du fardeau de la preuve s'intéresse en revanche à la question de savoir qui supporte les conséquences de l'absence de preuves concernant un fait pertinent.

189 Gasser & Rickli, commentaire n° 2 ad art. 55 CPC.

190 Killias, Commentaire bernois, n. 18 ad art. 247 CPC

pour qu'elles les complètent[191]. Toutefois, la maxime des débats vaut aussi dans le champ d'application de la maxime inquisitoire atténuée, de sorte que cette dernière est principalement réservée, dans les procédures civiles, aux causes où le tribunal doit résoudre des imprécisions, combler des lacunes ou trancher des divergences d'opinions[192]. Cette maxime ne délie toutefois pas les parties de l'obligation d'avancer les frais d'administration des preuves (art. 102 CPC) ni ne modifie la répartition du fardeau de la preuve prévue à l'art. 8 CC. L'« aide » que les parties peuvent attendre du tribunal varie suivant le cas d'espèce, leur expérience et leurs connaissances, et suivant qu'elles sont, ou non, représentées par un-e avocat-e. En tout état de cause, cette aide n'est fournie que lorsqu'il semble nécessaire de corriger une relation de pouvoir asymétrique ou de compenser l'écart de niveau de connaissances entre les parties[193].

Contrairement à ce qui se passe avec la LEg et le droit du travail et du bail, c'est *la maxime des débats qui s'applique dans les litiges relevant de la LHand*, car celle-ci ne prévoit aucune exception au sens de l'art. 55, al. 2, CPC et ne figure pas aux art. 243 et 247 CPC.

L'analyse de la teneur des arrêts effectuée dans le cadre de l'*évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité* réalisée entre 2003 et 2005 a montré que « la maxime inquisitoire n'est quasiment jamais prise en compte [...] et avec sérieux, surtout auprès des tribunaux civils de première instance. »[194] Ainsi, ces organes n'ont pas ordonné ou recueilli de leur propre initiative de moyens de preuve, ni dans les procédures civiles, ni dans celles de droit public. En particulier, ils ne semblaient pas être au clair sur le fait que la maxime inquisitoire s'applique aussi là où l'allégement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEg ne vaut pas[195].

En analysant la jurisprudence, nous n'avons identifié aucun lien avec ce sujet dans les quelques arrêts qui, parmi ceux qui nous ont été fournis, portaient sur des licenciements prononcés en raison de l'état civil, de la situation familiale et d'une grossesse ou d'une maternité ou encore sur des licenciements donnés pendant le délai de protection inscrit à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO (cf. supra, ch. II.2.3.3).

4.2. Règles de procédure administrative

En vertu de l'art. 12 PA, c'est la *maxime inquisitoire* qui s'applique dans les procédures de recours administratif, c'est-à-dire que l'autorité constate les faits d'office. Ce principe est limité par l'obligation faite aux parties de collaborer (art. 13 PA), un rôle particulièrement important dans les recours, car la mesure attaquable dépend alors des requêtes des parties (art. 13, al. 1er, let. a et b PA). De plus, les parties ont aussi l'obligation de motiver leurs recours (art. 52, al. 1er, PA)[196], ce qui restreint encore davantage la maxime inquisitoire.

191 Idem, n. 31.

192 Idem.

193 Idem, n. 33.

194 « En particulier, la recherche d'informations supplémentaires est insuffisante et les faits ne sont pas établis lorsque les parties ne font pas concrètement valoir un droit », notamment dans les litiges portant sur une résiliation ou sur le montant du salaire. Cf. Stutz, Schär Moser et Freivogel, p. 33.

195 Harcèlement sexuel et discrimination à l'embauche.

196 Kölz, Häner et Bertschi, n. 1133 ss.

4.3. Règles de procédure pénale

Si l'adhésion à la procédure pénale, soit l'acte par lequel la partie plaignante fait valoir des conclusions civiles dans une procédure pénale, est certes, de par sa nature, une procédure civile imbriquée dans une procédure pénale, elle présente néanmoins l'avantage pour la partie plaignante d'être régie par la maxime inquisitoire, contrairement à une action civile ordinaire. En effet, le juge pénal peut, lorsqu'il juge les prétentions civiles, se fonder sur les éléments obtenus dans la procédure pénale et les faire compléter d'office, sans être tenu par les déclarations des parties[197]. En conséquence, c'est la maxime inquisitoire qui s'applique dans les faits.

4.4. Résultats des enquêtes

4.4.1. Entretiens personnels

Les spécialistes du domaine du handicap que nous avons interrogés estimaient qu'il fallait modifier la LHand afin d'y inscrire la maxime inquisitoire. Ils ont néanmoins été peu nombreux à s'exprimer à ce sujet.

4.4.2. Membres du barreau

Plus de 70 % des avocat-e-s qui ont répondu à l'enquête en ligne étaient tout à fait ou plutôt d'avis que l'application systématique de la maxime inquisitoire faciliterait l'accès à la justice aux personnes victimes de discrimination.

4.4.3. Tribunaux

Seul un peu plus de 30 % des autorités judiciaires estimaient que la maxime des débats appliquée aux procédures civiles – et à la voie civile dans les procédures pénales – dissuadait les victimes de discrimination de faire valoir leurs droits en justice. La moitié d'entre elles environ pensait qu'il conviendrait d'appliquer la maxime inquisitoire aux affaires de discrimination, car elle aiderait considérablement les victimes à faire respecter leurs droits. Enfin, un peu plus de 55 % des autorités judiciaires étaient, pour la même raison, favorables à l'application de la maxime inquisitoire « sociale » (art. 247, al. 2, CPC) à toutes les affaires de discrimination.

4.5. Conclusions

La maxime inquisitoire s'applique en droit administratif et en droit pénal, ainsi qu'en droit civil, en vertu de l'art. 247, al. 2, CPC, lorsque les litiges (quelle que soit la valeur litigieuse) relèvent de la LEg ou lorsqu'ils ne dépassent pas la valeur litigieuse de 30 000 francs en droit du bail ou en droit du travail. Elle est ainsi déjà la règle dans une bonne partie des domaines importants pour la lutte contre la discrimination.

À l'inverse, la maxime des débats s'applique aux procédures civiles :

[197] Lieber, n. 3 ad art. 122 CPP. En outre, l'obligation de verser une avance est limitée (cf. art. 125 CPP).

- en cas de discrimination tombant sous le coup de la LHand, pour autant qu'il s'agisse de litiges relevant du droit civil qui ne sont pas visés à l'art. 247, al. 2, CPC. Cela se rapporte pour l'essentiel aux refus de prestations offertes au public par des particuliers (art. 6 LHand) ;
- en cas de discrimination tombant sous le coup du droit du bail ou du droit du travail et dont la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs, à l'exception des litiges relevant du droit du travail régis par la LEg ;
- de façon générale – et indépendamment du motif de discrimination – pour les atteintes à la personnalité visées à l'art. 28 ss CC.

Pour les victimes de discrimination, l'application de la maxime inquisitoire équivaut à un allégement procédural, car les tribunaux ne sont alors pas liés par les faits exposés ni par les moyens de preuve fournis par les parties et doivent établir les faits d'office. Si les autorités judiciaires sont partagées à ce sujet, les avocat-e-s et les collaborateurs-trices des centres de consultation sont en revanche clairement de cet avis.

Il résulte de nos analyses que la maxime inquisitoire est aujourd'hui la règle dans la protection contre la discrimination, mais que des exceptions notoires subsistent, surtout dans le champ d'application de la LHand et dans les règles de la protection générale de la personnalité, conçues comme des règles supplétives de la protection de la personnalité en droit privé. Or, surtout pour la LHand, il est difficile de comprendre ce qui justifie ce statut particulier.

L'Europe n'a pas harmonisé sa pratique en matière de maximes de procédure[198], certainement en raison des traditions judiciaires anglo-saxonnes et continentales foncièrement différentes en matière des règles de procédure.

En analysant la jurisprudence, nous n'avons rien identifié qui se rapporte à la maxime inquisitoire dans les quelques arrêts qui, parmi ceux qui nous ont été transmis, portaient sur des licenciements prononcés en raison de l'état civil, de la situation familiale et d'une grossesse ou d'une maternité ou encore sur des licenciements donnés pendant le délai de protection inscrit à l'art. 336c, al. 1er, let. c CO (cf. supra, ch. II.2.3.3).

Nous ne pouvons pas non plus nous prononcer sur la question de savoir si la maxime inquisitoire a été correctement appliquée dans la jurisprudence relative à la LEg, car les quelques causes qui nous ont été transmises ne contenaient aucune indication à ce sujet[199]. Il nous est donc impossible de savoir si des problèmes ou, du moins, des problèmes importants existent dans ce domaine. Toutefois, étant donné que la maxime des débats est la règle en procédure civile, il serait intéressant et utile d'analyser de manière aussi complète que possible dans quelle mesure des problèmes ou des lacunes subsisteraient avec l'application de la maxime inquisitoire. Selon les résultats de cette analyse, des mesures de formation ou de sensibilisation pourraient s'imposer.

5. Allégement du fardeau de la preuve

Les règles concernant le fardeau de la preuve déterminent qui doit supporter le préjudice lorsqu'il est impossible de prouver les faits allégués, tandis que celles concernant le fardeau de l'administration de la preuve déterminent à qui il revient d'administrer la preuve, et dans quelle mesure. Et lorsque la maxime inquisitoire s'applique, c'est au tribunal d'établir les faits, tandis

198 Cf. le tableau IA.1 de l'annexe IA de l'étude de l'UE (sans numérotation des pages).

199 Pour cette raison, il n'a malheureusement pas été possible de comparer nos conclusions avec les résultats de l'évaluation de la LEg, lors de laquelle des lacunes avaient été identifiées dans l'application de la maxime inquisitoire.

qu'avec la maxime des débats, cette tâche revient à la partie qui allègue les faits. En matière de discrimination, plus le fardeau de la preuve et celui de l'administration de la preuve reposent sur les victimes de discrimination, plus ces règles procédurales peuvent constituer des obstacles dans l'accès à la justice.

5.1. Règles de procédure civile

5.1.1. Principes de répartition du fardeau de la preuve

Dans les procédures civiles, et donc aussi, en l'absence de lois spéciales en disposant différemment, dans le domaine du droit du travail et du droit du bail ainsi que dans le champ d'application de la loi sur l'égalité pour les personnes handicapées, la règle générale veut que chaque partie doive prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). Pour l'*administration de la preuve*, cela signifie que dans les procédures régies par la maxime des débats, c'est à la victime d'apporter la preuve de ce qu'elle avance ; en revanche, lorsque la maxime inquisitoire s'applique, c'est au tribunal d'établir les faits, comme le dispose l'art. 153 CPC[200].

Quant au fardeau de la preuve, l'art. 8 CC dispose qu'il incombe à la victime de discrimination, pour autant qu'un renversement de ce fardeau ne soit pas prévu dans une loi spéciale.

5.1.2. Loi sur l'égalité

Dans les domaines de l'attribution des tâches, de l'aménagement des conditions de travail, de la rémunération, de la formation et du perfectionnement professionnels, de la promotion et de la résiliation des rapports de travail, une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende *vraisemblable,* en vertu de l'art. 6 LEg[201]. Cette disposition fait de la LEg la seule loi à prévoir un allégement du fardeau de la preuve dans le domaine de la discrimination. Par « rendre vraisemblable », le Tribunal fédéral entend qu'il n'est pas nécessaire de convaincre le juge de l'exactitude des faits allégués, mais qu'il suffit au contraire de le persuader d'un certain degré de vraisemblance de ces faits en présentant des éléments objectifs, le juge pouvant encore nourrir quelques doutes sur le déroulement réel des faits[202]. Si l'employé-e parvient à rendre les faits vraisemblables, il revient à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination, et donc que des motifs objectifs justifient l'inégalité de traitement[203].

L'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité a permis de déceler les lacunes suivantes dans la mise en pratique de la répartition du fardeau de la preuve : exigences trop élevées en ce qui concerne la vraisemblance des faits (par les tribunaux de première instance, notamment), procédure en un seul temps (pas d'intervalle entre le moment où les allégations sont rendues vraisemblables et le moment de la justification ou de la décharge) ainsi que refus fréquent de reconnaître l'existence d'une discrimination bien que celle-ci soit justifiée par des motifs clairement non ad-

---

200 Cf. supra, ch. II. 4.1 pour la question de savoir laquelle des deux maximes s'applique, en droit civil, dans les domaines d'importance pour la discrimination. Cf. art. 150 CPC pour les dispositions concernant la preuve.

201 Dans les cas de discrimination sous forme de harcèlement sexuel (art. 4 LEg) ou de discrimination à l'embauche, le fardeau de la preuve est toutefois réparti selon les règles ordinaires de l'art. 8 CC. Dans ces domaines, il suffit néanmoins à la victime de rendre les faits si vraisemblables qu'ils confinent à la certitude, en présentant un faisceau d'indices par exemple. Cf. l'étude thématique n° 2, ch. IV.4.5.

202 130 III 321 consid. 3.3 ; 132 III 715, consid. 3.

203 Hausammann, p. 14 ss.

mis[204]. Les auteurs de l'étude considèrent l'allégement du fardeau de la preuve comme un instrument utile dans l'ensemble, tout en estimant que la principale difficulté réside dans le fait de démontrer, dans un cas concret, qu'il y a eu discrimination. Ils recommandent en outre d'étendre l'allégement du fardeau de la preuve aux discriminations à l'embauche[205].

5.2. Règles de procédure administrative et pénale

En *procédure administrative*, comme en procédure civile, c'est l'art. 8 CC qui s'applique, un article que le Tribunal fédéral considère comme un principe général : il incombe à la partie qui allègue des faits de les prouver pour en déduire son droit, pour autant qu'aucune loi n'en dispose autrement[206]. La victime de discrimination est certes dispensée d'administrer les preuves, en raison de la maxime inquisitoire, mais c'est à elle qu'incombe le fardeau de la preuve. Dans ce domaine, il n'est pas prévu d'alléger le fardeau de la preuve[207]. En *procédure pénale*, lorsque les victimes de discrimination qui se sont constituées partie plaignante font valoir des conclusions civiles par adhésion à la procédure pénale, le ministère public doit « administrer les preuves nécessaires pour statuer sur les conclusions civiles dans la mesure où cela n'étend ou ne retarde pas notablement la procédure », selon les termes de l'art. 313, al. 1er, CPP. Dès lors, il doit administrer d'office les preuves relatives aux conclusions civiles[208].

5.3. Résultats des enquêtes

5.3.1. Entretiens personnels

Dans le *domaine de la discrimination fondée sur le sexe,* les personnes interrogées sont d'avis qu'il reste difficile, malgré l'allégement du fardeau de la preuve, de prouver l'existence d'une discrimination. Les experts ne s'accordent en revanche pas sur la nécessité d'étendre l'allégement du fardeau de la preuve aux cas de harcèlement sexuel et de discrimination à l'embauche, bien qu'ils tendent à y être plutôt défavorables[209].

Pour ce qui est du genre, de l'orientation sexuelle et du handicap, les enquêtes ont montré que, de l'avis des experts, l'accès à la justice est limité notamment par *l'incertitude au sujet des chances d'obtenir gain de cause et la crainte d'un jugement défavorable,* qui résultent surtout de la difficulté à prouver l'existence de la discrimination[210].

Dans le *domaine du handicap*, de nombreux spécialistes soulignent la complexité matérielle de la LHand, relevant aussi à quel point il est difficile d'apporter des preuves et d'établir les faits. Ils demandent d'une part que soit introduite la maxime inquisitoire dans la LHand et d'autre part que

---

204 Cf. l'étude thématique n^{o} 2, ch. IV.5.4.2.

205 Idem.

206 Kölz, Häner & Bertschi, n. 115.

207 Cf. l'étude thématique n^{o} 1, ch. III.3.3.2.

208 Landshut, n. 2 ad art. 313 CPP.

209 Cf. l'étude thématique n^{o} 5, ch. II.1.1.2.

210 La réticence à emprunter la voie juridique s'explique aussi par la crainte de s'exposer, le fait de dépendre de la décision d'autrui (le juge), le risque financier, la longueur de la procédure et la peur de perdre son emploi. Cf. l'étude thématique n^{o} 5, ch. II.1.1.1.

la procédure soit rendue gratuite tout en allégeant le fardeau de la preuve (ce dernier point ne faisant toutefois pas l'unanimité parmi eux)[211].

Dans le *domaine du racisme*, les expert-e-s interrogé-e-s indiquent que les conseillers-ères des centres de consultation n'envisagent souvent même pas de saisir la justice, par manque de témoins ou d'autres moyens de preuve. Ils estiment que la question de la preuve constitue souvent l'un des principaux problèmes dans l'accès à la justice[212]. Ce constat est confirmé par l'enquête en ligne auprès des centres de consultation, qui qualifient la difficulté à présenter des preuves de « principal obstacle » sur la voie juridique. Enfin, les personnes interrogées sont d'avis qu'en droit civil, la répartition du fardeau de la preuve, qui joue en défaveur des victimes de discrimination, constitue un obstacle considérable. Elles plaident par conséquent pour une répartition différente de cette charge, plus favorable aux victimes[213].

5.3.2. Membres du barreau

Dans le cadre de notre enquête en ligne, nous avons demandé aux avocat-e-s si, à leur avis, la difficulté d'établir les preuves dissuadait les personnes victimes d'actes discriminatoires de faire valoir leurs droits ou limitait leurs possibilités de le faire. Près de 85 % d'entre eux ont répondu que c'était le cas ou plutôt le cas, ce qui représente le taux d'approbation le plus élevé pour les obstacles mentionnés dans cette question[214]. Nous avons aussi sondé les avocat-e-s pour savoir si, selon eux, généraliser l'allégement du fardeau de la preuve à tous les domaines (en rendant suffisante la vraisemblance des faits, par exemple) faciliterait l'accès à la justice des personnes victimes de discrimination, et 80 % environ d'entre eux ont affirmé que c'est tout à fait ou plutôt le cas.

5.3.3. Tribunaux

Près de 55 % des membres des tribunaux et des offices de conciliation sondés dans le cadre de l'enquête auprès des autorités judiciaires étaient tout à fait ou plutôt d'avis qu'en généralisant l'allégement du fardeau de la preuve (en rendant suffisante la vraisemblance des faits, par exemple), on verrait le nombre de cas de discrimination portés devant la justice augmenter[215]. Au sujet de la LHand, nous leur avons aussi demandé si le droit d'obtenir une motivation d'un refus d'embauche, prévu par l'art. 14 OHand, rendait considérablement plus facile le fait de prouver que c'est bien en raison de son handicap que la personne n'a pas été engagée. La majorité des personnes qui ont répondu à cette question ont affirmé que c'était tout à fait ou plutôt le cas[216].

---

211 Idem, ch. IV.1.

212 Les experts signalent en effet qu'en cas de discrimination directe, on ne peut souvent que supposer, mais pas prouver, le motif de la discrimination. Cf. l'étude thématique n° 7, ch. III.2.

213 Idem.

214 Viennent ensuite la peur de perdre son emploi (près de 83 % d'approbation) et la crainte de dépens ou frais de procédure trop élevés (près de 75 % d'approbation). Voir l'enquête en ligne, étude thématique n° 10, p. 16.

215 Cf. l'étude thématique n° 9, p. 10 s.

216 Idem, p. 14.

5.4. Conclusions

La répartition du fardeau de la preuve est sans aucun doute un point essentiel en matière d'accès à la justice pour les victimes de discrimination, comme cela ressort nettement tant de l'enquête en ligne auprès des avocat-e-s que de l'enquête auprès des tribunaux. Les deux milieux interrogés estimaient que la généralisation de l'allégement du fardeau de la preuve permettrait de faciliter l'accès à la justice et donc d'augmenter le nombre de causes portées devant les tribunaux. Selon l'étude de l'UE, le renversement du fardeau de la preuve constitue également « un atout d'importance pour aider les victimes de discrimination [et] le facteur clé qui différencie les cas de discrimination des autres cas »[217]. En Europe, il ne se limite pas au monde du travail, puisqu'il s'est largement imposé dans la plupart des domaines concernés par la discrimination[218]. Se référant à la convention de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, que la Suisse a ratifiée[219] et qui énonce une large palette de motifs de discrimination, la commission d'experts européenne demande également que les législateurs nationaux modifient les règles relatives au fardeau de la preuve, afin de l'attribuer à l'auteur présumé de la discrimination[220]. En Suisse, un tel allégement est déjà appliqué dans la LEg pour les discriminations fondées sur le sexe dans le domaine de l'emploi, mais la LEg constitue en cela une exception dans notre appareil juridique. La Suisse accuse par conséquent un retard certain en la matière par rapport à l'UE.

Les résultats des entretiens personnels menés au sujet de la *discrimination raciale* montrent qu'il est pratiquement impossible, avec la répartition actuelle du fardeau de la preuve, de prouver les infractions aux dispositions du droit du travail et du droit du bail figurant dans le droit civil, ce qui constitue l'un des principaux obstacles dans l'accès à la justice. Dans une affaire, qui avait vu un employeur licencier trois employés de couleur suite à des pertes dans les inventaires du magasin et sous prétexte que dans la région des collaborateurs noirs s'étaient rendus coupables de vol, l'instance de recours cantonale avait estimé qu'il était extrêmement difficile de prouver que, dans un cas concret, le licenciement était abusif[221]. Cette situation a déjà amené des spécialistes à demander qu'un faisceau d'indices soit considéré comme suffisant dans ce genre de cas[222]. Les résultats de la présente étude permettent toutefois de douter qu'une telle mesure suffirait. Les personnes interrogées sont par ailleurs d'avis qu'un tel allégement du fardeau de la preuve devrait être conçu de manière à ne pas déboucher sur des « condamnations sur simple soupçon », ce qui implique de mettre en œuvre des mesures d'information et de sensibilisation dans le cadre des consultations et de former le personnel juridique à l'application de cette norme.

Dans le cadre de la présente étude, il ne nous a pas été possible d'examiner si, *dans le champ d'application de la LEg*, qui prévoit déjà un allégement du fardeau de la preuve, les problèmes d'application constatés lors de l'évaluation de cette loi ont persisté, surtout auprès des tribunaux de première instance. Dans les décisions examinées, le fardeau de la preuve a été réparti de manière correcte, au sens de l'art. 6 LEg, dans les cas de licenciement en raison de grossesse durant le temps d'essai et à la reprise du travail à la suite d'un congé de maternité. Les per-

---

217 Cf. l'étude de l'UE, p. xi.

218 Etude de l'UE, p. 23.

219 Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1)

220 Cf. Pärli [Liberté contractuelle], p. 103 s., cité dans l'étude thématique n° 1, ch. II.1.8.3.

221 « Cas genevois de discrimination », ATF du 11 nov. 1993, cf. l'étude thématique n° 6, ch.II.2.3.7 et III.2.9 ainsi que l'étude thématique n° 8, III.3.3.2.E.

222 C'est le cas notamment de Rehbinder, cité dans l'étude thématique n° 6, ch. III.2.5.

sonnes interrogées sont toutefois d'avis qu'il reste nécessaire, pour que l'allégement du fardeau de la preuve soit appliqué correctement, de poursuivre le travail d'information et de sensibilisation auprès des spécialistes du droit et des centres de consultation. Enfin, la nécessité d'étendre cet allégement aux cas de harcèlement sexuel et à la discrimination à l'embauche ne fait pas l'unanimité, et les informations que nous avons rassemblées à ce sujet ne permettent pas de tirer de conclusion définitive en la matière.

Pour ce qui est du *champ d'application de la LHand*, les spécialistes interrogés ne s'accordent pas sur l'efficacité qu'aurait une éventuelle introduction de l'allégement de la preuve. Les autorités compétentes devraient examiner de plus près cette question à la lumière des résultats tant de l'évaluation en cours de la LHand que de ceux de la présente étude, et prendre les mesures qui se révèleront nécessaires.

En *procédure administrative et en procédure pénale*, nous n'avons identifié aucune mesure nécessaire en ce qui concerne la répartition du fardeau de la preuve.

6. Frais et assistance judiciaire

Les frais de procès auxquels il faut s'attendre et les difficultés à obtenir l'assistance judiciaire peuvent entraver sérieusement l'accès à la justice.

6.1. Procédure civile

L'art. 113 CPC dispose que lors de *procédures de conciliation*, il n'est pas perçu de *frais judiciaires*[223]. Cette mesure concerne les litiges relevant de la LEg et de la LHand, ainsi que les litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme, et ceux relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs[224]. Il en va en principe de même pour les procédures au fond, à l'exception des affaires relevant des baux à loyer ou à ferme[225].

En ce qui concerne les *frais de représentation en justice*, il n'est pas alloué de dépens en procédure de conciliation (art. 113, al. 1er, CPC)[226]. Dans tous les autres cas, étant donné que le droit du travail et le droit du bail, tout comme la LEg et la LHand, ne prévoient rien en la matière, ce sont les dispositions du CPC qui s'appliquent : il revient en principe à chaque partie de supporter ses frais d'avocat, la partie qui succombe prenant ensuite à sa charge les frais d'avocat de la partie adverse (art. 106, al. 1er, CPC, ou principe du perdant-payeur). En vertu de l'art. 105, al. 2, CPC, les dépens sont octroyés par le tribunal, en fonction de tarifs fixés par les cantons (art. 96 CPC).

L'art. 107, al. 1er, CPC prévoit que le tribunal peut s'écarter des règles générales de répartition des frais selon l'issue de l'affaire, et répartir les frais[227] selon sa libre appréciation dans les cas suivants : lorsque le demandeur obtient gain de cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant, celui-ci étant tributaire de l'appréciation du tribunal ou difficile à chiffrer

223 Pour une définition des frais judiciaires, cf. art. 95, al. 2, CPC.

224 Art. 113, al. 2, let. a, b, c et d, CPC.

225 Art. 114, let. a, b et c, CPC.

226 Il en va autrement lorsqu'on recourt à un conseil juridique commis d'office ; dans ce cas, c'est le canton, et pas la partie adverse, qui est est tenu d'indemniser le conseil juridique (art. 113, al. 1er, CPC, deuxième phrase).

227 C'est à dire les frais judiciaires et les dépens, cf. art. 95, al. 1er, CPC.

(let. a), lorsqu'une partie a intenté le procès de bonne foi (let. b), lorsque le litige relève du droit de la famille (let. c), lorsque le litige relève d'un partenariat enregistré (let. d), lorsque la procédure est devenue sans objet et la loi n'en dispose pas autrement (let. e) et lorsque des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable (let. f). Enfin, en vertu de l'al. 2, le tribunal peut mettre à charge du canton, si l'équité l'exige, les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers. Quant au *droit à l'assistance judiciaire*, il est régi par l'art. 117 ss CPC, qui précise qu'une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes (let. a) et que sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b).

6.2. Procédure administrative

Dans les procédures de recours administratif, les frais de procédure sont en règle générale à la charge de la partie qui succombe (art. 63, al. 1er, PA ou principe du perdant-payeur). Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits[228]. L'émolument d'arrêté est calculé, en vertu de l'art. 63, al. 4bis PA, en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la manière de procéder des parties et de leur situation financière. Son montant varie entre 100 et 5000 francs dans les contestations non pécuniaires (let. a) et entre 100 et 50 000 francs dans les autres contestations (let. b).

Pour ce qui est des *dépens*, c'est le principe du perdant-payeur qui s'applique, comme pour les frais de procédure : en vertu de l'art. 64, al. 1er, PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés.

Le droit à l'*assistance judiciaire* est régi par l'art. 65 PA, qui veut qu'une partie indigente soit dispensée de payer les frais de procédure pour autant que son action ne semble pas d'emblée vouée à l'échec. L'exonération des frais de procédure implique également celle des avances de frais. Enfin, l'art. 65, al. 2, PA prévoit la possibilité d'attribuer un avocat à une partie si la sauvegarde de ses droits le requiert. La partie indigente est toutefois tenue de rembourser les honoraires et les frais d'avocat à la collectivité ou à l'établissement autonome qui les a payés si elle revient à meilleure fortune.

6.3. Procédure pénale

6.3.1. Frais de procédure

Dans les procédures pénales, c'est le principe de la responsabilité pour faute qui s'applique : les frais sont à la charge du prévenu s'il est condamné (art. 426, al. 1er, CPP)[229].

Du moment qu'une personne victime de discrimination se constitue partie plaignante, c'est à dire dès qu'elle déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demanderesse au pénal ou au civil (art. 118, al. 1er, CPP), elle court le risque de devoir acquitter des frais de procédure causés par ses conclusions civiles si la procédure est classée ou que le prévenu est

[228] A titre exceptionnel, ils peuvent même être entièrement remis (art. 63, al. 1er, troisième phrase, PA).

[229] Font exception, en vertu de l'art. 426, al. 1er, CPP, les frais afférents à la défense d'office. L'art. 135, al. 4, CPP est toutefois réservé : l'Etat prend en charge les frais de la défense d'office, mais peut demander remboursement des frais de procédure dès que la situation financière de la partie concernée s'améliore.

acquitté, ou encore si ses conclusions civiles ont été écartées ou qu'elle a été renvoyée à agir par la voie civile (art. 427, al. 1er, CPP). La partie plaignante qui ne s'est déclarée demandeur qu'au pénal pour une infraction poursuivie uniquement sur plainte peut aussi, dans certaines circonstances, être tenue d'assumer les frais (art. 427, al. 2, CPP).

6.3.2. Frais de représentation en justice et assistance judiciaire

En vertu de l'art. 433, al. 1er, CPP, la partie plaignante peut demander au prévenu une juste indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure si elle obtient gain de cause (let. a) ou si le prévenu est astreint au paiement des frais[230] en vertu de l'art. 426, al. 2, CPP[231]. En d'autres mots, le principe du perdant-payeur s'applique ici aussi. D'autre part, l'art. 432, al. 1er, CPP permet au prévenu qui obtient gain de cause de demander à la partie plaignante une juste indemnité pour les dépenses occasionnées par les conclusions civiles[232].

En vertu de l'art. 136, al. 1er, CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement *l'assistance judiciaire* à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles – mais pas lorsque cette dernière ne s'est déclarée demandeur qu'au pénal – si cette partie est indigente (let. a) et que l'action civile ne semble pas vouée à l'échec (let. b)[233].

6.4. Pratique judiciaire

Nous fondant sur la jurisprudence, nous avons calculé les montants des dépens et des frais judiciaires de plusieurs catégories d'affaires et les avons analysés[234]. Les résultats de cette analyse figurent dans les tableaux ci-après. Leur intérêt est cependant limité, car les coûts dépendent fortement de la valeur litigieuse en question, et celle-ci n'a pas toujours pu être déterminée dans les décisions qui nous ont été transmises[235].

---

230 Dans ce cas, l'art. 433, al. 2, CPP exige de la partie plaignante qu'elle chiffre ses prétentions, les justifie et les adresse à l'autorité pénale, sans quoi cette dernière n'entre pas en matière sur la demande.

231 Lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci, comme le dispose l'art. 426, al. 2, CPP.

232 On entend ici par obtenir gain de cause le rejet d'une plainte civile que le tribunal a considéré comme étant en état d'être jugée. L'art. 432, al. 2, CPP régit les autres dépenses (lorsque la partie plaignante a agi de manière téméraire ou par négligence grave, ou qu'elle a entravé le bon déroulement de la procédure).

233 L'article 136, al. 2, CPP précise que l'assistance judiciaire comprend l'exonération d'avances de frais et de sûretés (let. a), l'exonération des frais de procédure (let. b) et la désignation d'un conseil juridique gratuit, lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige (let. c).

234 Pour établir le montant moyen des dépens et des frais judiciaires des affaires tranchées par plusieurs instances, nous avons calculé séparément les données de chaque étape de la procédure. Signalons ici que les cas de discrimination raciale qui nous ont été transmis ne contenant pas de données exploitables sur les coûts supportés par les parties civiles, il ne nous a pas été possible de tenir compte des données de ces affaires.

235 Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus (ch. III.6.1), il revient aux cantons de fixer les frais de procès (art. 96 CPC), ; ils le font en fonction de la valeur litigieuse. A ce sujet, voir par exemple les dispositions prises en la matière par le canton de Berne : le calcul des frais judiciaires est régi par le décret du 24 mars 2010 concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (décret sur les frais de procédure [DFP] ; RSB 161.12) et celui des dépens dans l'ordonnance du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens (ordonnance sur les dépens [ORD] ; RSB 168.811) .

6.4.1. Discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou d'une maternité (art. 3, al. 1er, LEg)

	Maximum par cas	*Minimum par cas*	*Moyenne*	*Médiane*
Frais de procédure[236] (perçus dans 10 cas)	CHF 6 500. –	CHF 500.-	CHF 2 392. –	CHF 1 600. –
Dépens[237] (perçus dans 10 affaires)	CHF 8 174. –	CHF 2 000. –	CHF 4 366. –	CHF 2 793. –

Tableau n° 7 : Discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou d'une maternité : dépens et frais de procédure

6.4.2. Discrimination en raison du handicap[238]

	Maximum par cas	*Minimum par cas*	*Moyenne*	*Médiane*
Frais de procédure[239] (perçus dans 31 cas)	CHF 20 986. –	CHF 400.-	CHF 3 039. –	CHF 2 060. –
Dépens[240] (perçus dans 19 affaires)	CHF 22 279. –	CHF 500.-	CHF 5 070. –	CHF 3 240. –

Tableau n° 8 : Discrimination en raison du handicap : dépens et frais de procédure

Un cas intéressant pour ce qui est des frais de procédure et des avances de frais d'un interprète en langue des signes est apparu lors de l'analyse de la catégorie « handicap » : dans une affaire relevant du droit de la famille, le tribunal compétent a estimé, en se fondant sur l'art. 3, let. e et l'art. 2, al. 4, LHand, que le tribunal de première instance n'aurait pas dû mettre à charge du recourant les frais supplémentaires découlant de l'engagement d'un interprète en langue des signes[241].

236 Dans cette catégorie, des données sur les frais de procédure de 24 affaires nous ont été transmis ; dans 14 d'entre elles (soit 58 % des affaires), ils n'ont pas été perçus, et dans les 10 autres, ils l'ont été.

237 Dans cette catégorie, les dépens de 21 affaires nous ont été transmis ; dans deux affaires, les dépens ont été compensés. Dans les autres procédures, nous avons identifié 9 affaires dans lesquelles les dépens n'ont pas été perçus. Pour les affaires dans lesquelles des dépens ont été perçus, les données indiquées sont tirées des dossiers transmis.

238 Au sujet du calcul des dépens et des frais de procédure en fonction de la valeur litigieuse, voir ch.III.6.4.1.

239 Dans cette catégorie, les données de 66 affaires nous ont été transmises ; dans 35 d'entre elles (soit 53% des affaires), ils n'ont pas été perçus, et dans les 31 autres, ils l'ont été.

240 Nous disposons de données sur les dépens pour 55 affaires. Sur ces 55 cas, les dépens ont été compensés par deux fois, et liquidés lors de la procédure principale par deux fois également. Dans les autres procédures, aucuns dépens n'ont été perçus dans 32 cas, ce qui donne un total de 19 cas pour lesquels nous disposons de données sur le montant des dépens.

241 Le tribunal a motivé sa décision par le fait que recourir à un interprète en langue des signes dans une procédure visait à rendre audible ce qui, pour un malentendant, n'est pas audible. Il a donc estimé que les frais en découlant devaient être considérés comme des frais d'infrastructure et non comme des frais de procédure (décision de la deuxième Chambre civile de la Cour suprême du Canton de Berne du 26 nov. 2013, CC 13 551, consid. IV. 6).

6.5. Résultats des enquêtes

6.5.1. Entretiens personnels

Discrimination raciale : selon les expert-e-s de ce domaine que nous avons interrogé-e-s, le fait que le droit matériel ne soit pas favorable aux victimes de discrimination raciale implique pour ces dernières un risque relativement élevé en matière de frais de procès. Perdre un procès peut entraîner des coûts très importants, des coûts que les victimes, souvent peu fortunées, auraient bien de la peine à supporter. Le risque financier constitue donc un obstacle de taille dans l'accès à la voie juridique. Une représentation juridique compétente et abordable réduirait certainement l'importance de cette barrière.

Dans le cadre de notre *enquête en ligne auprès des centres de consultation*, nous avons demandé si des dépens et des frais de procédure trop élevés et l'incertitude quant à l'attribution d'une assistance judiciaire dissuadait les victimes de discrimination de recourir à la justice, et donc de faire valoir leurs droits. Près de 80 % des personnes interrogées ont affirmé que c'était tout à fait ou plutôt le cas pour les dépens et les frais de procédure, ce qui les place au troisième rang parmi dix facteurs à choix, tandis que l'assistance judiciaire arrivait, elle, en septième place (avec 60 % d'approbation).

6.5.2. Membres du barreau

L'enquête en ligne que nous avons adressée aux avocat-e-s leur demandait si des dépens et des frais de procédure trop élevés et l'incertitude quant à l'attribution d'une assistance judiciaire dissuadait les victimes de discrimination de recourir à la justice, et les empêchait en partie de faire valoir leurs droits. Près de 75 % des personnes interrogées ont affirmé que c'était tout à fait ou plutôt le cas pour les dépens et les frais de procédure, ce qui les place au troisième rang parmi dix facteurs à choix, tandis que l'assistance judiciaire arrivait, elle, en septième place (avec 55 % d'approbation).

6.5.3. Tribunaux

Dans le cadre de l'enquête menée auprès des autorités judiciaires, nous avons demandé aux personnes interrogées si, à leur avis, les victimes de discrimination renoncent à faire valoir leurs droits par crainte de devoir assumer les dépens et frais de procédure découlant d'un procès. Près de 55 % d'entre elles a répondu que c'était tout à fait ou plutôt le cas. A la même question, posée cette fois au sujet de l'application des dispositions relatives à l'assistance juridique, seules 10 % environ des personnes interrogées ont estimé que c'était tout à fait ou plutôt le cas.

6.6. Conclusions

Il ressort clairement des enquêtes auprès des membres du barreau et des tribunaux que la manière dont sont calculés *les dépens et les frais de procédure*, et les montants de ceux-ci, constituent des obstacles non seulement hypothétiques, mais aussi réels, pour les victimes de discrimination qui souhaitent faire valoir leurs droits, un constat d'ailleurs corroboré par l'étude de l'UE. La *question de l'assistance judiciaire* et son application dans la pratique constituent elles aussi un obstacle important, quoique légèrement moins grave, puisque seuls 50 à 60 % des centres de consultation et des avocat-e-s interrogés la trouvent problématique pour l'accès à la justice.

En *procédure civile*, les tribunaux ne perçoivent en principe pas de *frais de procédure* dans les procédures de conciliation et les procédures au fond traitant des litiges relevant du droit du travail, de la LEg ou de la LHand, ce qui est à saluer du point de vue de la lutte contre la discrimination. Dans les affaires relevant du droit du bail, une exonération des frais de procédure est prévue pour les procédures de conciliation, mais pas pour les procédures au fond, ce qui rend la réglementation actuelle insuffisante pour permettre l'accès à la justice en cas de discrimination relevant du droit du bail.

En règle générale, il n'est pas alloué de dépens dans les procédures de conciliation, tandis que dans les procédures au fond, les dépens sont mis à la charge de la partie qui succombe. Pour les victimes de discrimination, le principe du perdant-payeur constitue un risque financier considérable, en particulier dans les domaines du droit dans lesquels il est difficile d'évaluer les chances d'obtenir gain de cause, par exemple parce que très peu de cas similaires ont été jugés, et que la jurisprudence en la matière n'est pas encore établie. Ce principe, appliqué par ailleurs dans presque tous les Etats membres de l'UE, est également considéré comme problématique par les auteurs de l'étude de l'UE. Signalons toutefois qu'il peut aussi, dans les cas ayant de bonnes chances d'aboutir, inciter les victimes à porter leur affaire devant la justice. L'étude de l'UE souligne également qu'une personne qui ne se fait pas représenter par un-e avocat-e a moins de chance d'obtenir une réparation adéquate. De plus, des coûts de représentation élevés poussent les victimes de discrimination à opter plus rapidement pour un règlement du litige, à accepter une modeste indemnisation ou à renoncer à recourir contre une décision de première instance défavorable[242]. Ces constats européens peuvent très certainement s'appliquer aussi aux dispositions légales suisses et à leur mise en œuvre, puisque les conditions auxquelles le droit suisse assortit l'assistance juridique et l'exonération des avances de frais de procédure qui lui est liée semblent être d'usage dans les autres pays également[243].

En *procédure administrative*, le principe du perdant-payeur peut se révéler problématique tant pour les dépens que pour les frais de procédure, pour les raisons évoquées dans le paragraphe ci-dessus consacré au code de procédure civile. Du point de vue de la protection contre la discrimination, il faut saluer ici le fait que les frais de procédure soient déterminés en fonction, entre autres, de la situation financière des parties.

En procédure pénale, la plupart des règles du code de procédure pénale suisse sont, pour ce que nous pouvons en juger, compatibles avec les normes élaborées dans le cadre de l'étude de l'UE[244]. Pour les victimes de discrimination qui se constituent partie plaignante, le risque financier peut être problématique si elles n'ont pas droit à l'assistance judiciaire : si la procédure est classée ou le prévenu acquitté, les frais de procédure peuvent être mis à la charge de la partie plaignante (art. 427, al. 1er, let. a, CPP) ; la victime se voit en règle générale rembourser les frais de représentation si elle obtient gain de cause, mais doit les assumer si elle succombe ; dans ce cas, elle doit aussi acquitter les éventuels frais de représentation de la partie adverse (art. 432, al. 1er, CPP). Lorsque l'issue de la procédure est incertaine, le risque financier est donc considérable pour la partie plaignante, ce que confirment les résultats des entretiens personnels menés auprès des centres de consultation actifs dans le domaine de la lutte contre la discrimination raciale.

---

242 Etude de l'UE, p. xii.

243 Les auteurs de l'étude de l'UE estiment problématique le fait que seule une petite partie de la population bénéficie d'aides pour les coûts de procédure, et que ces aides ne soient en règle générale pas octroyées pour les procédures extrajudiciaires.

244 Etude de l'UE, p. xii.

Notre *analyse* a révélé que dans les cas pris en compte dans la présente étude, les frais de procédure s'élèvent en moyenne à 2400 francs environ dans les affaires de discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou d'une maternité, et à 3000 francs dans les affaires de discrimination en raison d'un handicap. Quant aux dépens, ils sont de 4400 francs environ dans la première de ces catégories, et de 5100 francs environ dans la seconde[245]. Même si ces montants varient en fonction de la valeur litigieuse, ils semblent relativement élevés et peuvent, en s'ajoutant à d'autres facteurs comme la difficulté à prouver les faits, dissuader les victimes de discrimination de se tourner vers la justice.

7. Délai pour introduire une procédure

7.1. Droit civil et procédure civile

Il n'y a pas, en droit civil, un seul et unique délai pour intenter une action : en *droit du travail*, en vertu de l'art. 336 b CO, la partie qui veut faire opposition à un congé abusif au sens des art. 336 et 336a CO doit le faire au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé, et par écrit, auprès de la partie qui le lui a signifié. Ce temps peut être court, le délai de résiliation étant par exemple d'un mois seulement durant la première année de service si les deux parties n'en ont pas convenu différemment (art. 335c, al. 1er, CO). En *droit du bail*, l'art. 273, al. 1er, CO contient une disposition similaire, qui donne à la partie désirant contester un congé 30 jours à la réception de ce dernier pour saisir l'autorité de conciliation.

La *loi sur l'égalité* prévoit elle aussi différents délais[246] : la personne qui veut faire valoir son *droit à une indemnité en cas de discrimination à l'embauche* (au sens de l'art. 5, al. 2, LEg) doit agir en justice dans les trois mois à compter du moment où le refus d'embauche lui a été notifié (art. 8, al 2, LEg). En cas de *discrimination dans la résiliation du contrat de travail*, l'employé-e doit faire opposition au congé par écrit auprès de son employeur au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 9 LEg, en relation avec l'art. 336 b CO). Si, par la suite, les parties ne s'entendent pas pour maintenir les rapports de travail, la personne licenciée doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption, pour faire valoir sa prétention à une indemnité (art. 9 LEg, en relation avec l'art. 336 b, al. 2, CO). Enfin, la résiliation d'un contrat de travail qui fait suite à une réclamation adressée à un supérieur ou à un organe interne de l'entreprise, à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou à l'introduction d'une action en justice de la part de l'employé-e (*licenciement de rétorsion*), doit être attaquée devant un tribunal avant le délai de résiliation dudit contrat (art. 10, al. 1er et 3, LEg)[247].

Tant dans les litiges relevant du droit du travail ou du droit du bail que dans ceux relevant de la LEg, les délais sont préservés par l'ouverture d'une procédure de conciliation. Si la tentative de conciliation n'aboutit pas et que l'autorisation de procéder est délivrée, l'action doit être portée devant le tribunal dans un délai de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation en

---

245 Dans le calcul des dépens, les données aberrantes se trouvent en haut de l'échelle, ce qui explique que la médiane, avec respectivement 2800 et 3240 francs, soit inférieure à la moyenne. Même si ces valeurs se fondent sur un nombre modeste de cas, on peut estimer qu'elles sont pertinentes.

246 Cf. l'étude thématique n° 2, ch. IV.4.8.

247 L'art. 10, al. 2, LEg, protège le travailleur contre un éventuel congé durant toute la durée des démarches effectuées au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et durant toute la durée du procès, de même que pendant le semestre qui suit la clôture des démarches ou de la procédure.

question (art. 209, al. 1er et 3, CPC). Ce délai est de 30 jours dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 209, al. 4, CPC).

7.2. Règles de procédure administrative et pénale

En *procédure administrative*, c'est l'art. 50 PA qui règle la question des délais, en prévoyant 30 jours à compter de la notification d'une décision pour intenter une action, un délai par ailleurs très répandu en droit cantonal également. En *procédure pénale*, le délai pour porter plainte contre les délits poursuivis sur plainte exclusivement (art. 30, al. 1er, CP) est de trois mois (art. 31, al. 1er, CP)[248].

7.3. Le cas particulier des délais de déchéance et de prescription

Une victime peut se trouver dans l'impossibilité de faire valoir son droit si les faits sont prescrits et que la partie adverse invoque la prescription. Le droit suisse prévoit plusieurs délais de déchéance et de prescription. Nous présentons ci-après les dispositions en la matière qui s'avèrent intéressantes pour la protection contre la discrimination et donc pour la présente étude.

En *droit civil*, le délai général de prescription est de 10 ans (art. 127 CO). En droit du bail à loyer et à ferme en revanche, il est de 5 ans seulement (art. 128, ch. 1er, CO). Pour les prétentions découlant d'un acte illicite (art. 41 CO) ou d'un enrichissement illégitime (art. 62 s. CO), les art. 60, al. 1er et 67, al. , CO prévoient une prescription en deux temps : un délai d'un an dès le moment où le lésé a connaissance de la personne tenue de réparer le dommage (prescription relative) et un délai de 10 ans qui court dès la survenance de l'acte dommageable ou de la naissance du droit découlant d'un enrichissement illégitime (prescription absolue)[249].

En *droit pénal*, les infractions à la norme pénale contre le racisme se prescrivent par 10 ans (art. 261bis CP)[250]. Le délai de prescription est de 15 ans en cas de lésions corporelles graves (art. 122 CP) et de mutilation d'organes génitaux féminins (art. 124 CP, applicable aux atteintes à l'intégrité corporelle des personnes intersexuées également)[251], et de 4 ans (art. 178, al. 1er, CP) en cas de délits contre l'honneur (art. 173 ss CP). Comme il s'agit là de délits poursuivis sur plainte, le délai de trois mois pour porter plainte prévu par l'art. 31, al. 1er, CP s'applique également.

---

248 Le délai court du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction (art. 31, al. 1er CP, 2e phrase).

249 Cf. l'étude thématique no 6, ch. III.2.8. Le Département fédéral de justice et police prévoit de prolonger les délais de prescription en matière de responsabilité civile. A ce sujet, voir la documentation disponible sur le site de l'OFJ https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen.html (consulté le 3 juil. 2015).

250 Ce délai de prescription est couplé à une menace de sanction qui, dans le cas de l'art. 261bis CP, selon l'al. 6 de cette norme, est de trois ans de privation de liberté au maximum. Le délai de prescription découle donc de l'art. 261bis, al. 6, CP en relation avec l'art. 97, al. 1er, let. c, CP.

251 Cf. art. 97, al. 1er, let. b, en relation avec les art. 122 et 124 CP.

7.4. Résultats des enquêtes

7.4.1. Entretiens personnels

L'enquête a notamment révélé la nécessité de prendre des mesures dans le domaine des délais de prescription pour les opérations subies de manière illicite par les personnes intersexuées[252].

7.4.2. Membres du barreau

Dans le cadre de notre enquête en ligne, nous avons demandé aux avocat-e-s si, à leur avis, les délais pour intenter une action dissuadaient les victimes de discrimination de recourir à la justice, et donc de faire valoir leurs droits, ou limitaient leurs possibilités de le faire. Seuls 25 % d'entre eux estiment que cela est tout à fait ou plutôt vrai.

7.4.3. Tribunaux

Dans le cadre de l'enquête menée auprès des autorités judiciaires, nous avons demandé aux juges si, à leur avis, les victimes de discrimination renoncent à faire valoir leurs droits parce qu'elles ne peuvent respecter les délais impartis pour le faire. Seulement 3 % environ d'entre eux a répondu que c'était tout à fait ou plutôt le cas. Près de 65 % ont en revanche affirmé que ce n'était plutôt pas ou pas du tout le cas.

7.5. Conclusions

Selon les normes élaborées dans le cadre de l'étude de l'UE, les délais pour intenter une action en cas de discrimination ne doivent pas être plus stricts que ceux fixés dans d'autres domaines pour des procédures semblables. De plus, ces délais ne doivent pas « rendre l'exercice des droits impossible en pratique ». En particulier, des délais trop brefs peuvent être problématiques en cela en particulier que les victimes de discrimination « peuvent mettre longtemps avant de se rendre compte qu'elles sont victimes de discrimination et avant de chercher une aide juridique »[253].

Dans l'ensemble, les délais prévus en droit suisse ne posent pas de problème. Les spécialistes[254] critiquent toutefois le délai d'un mois fixé par le droit du travail pour faire opposition à un congé abusif (art. 336 b, en relation avec l'art. 335c, al. 1er, CO) et le délai de 30 jours valable en droit du bail (art. 273, al. 1er, CO). Les victimes de discrimination, qui ne sont pas toujours au courant de l'existence de ces délais, ne s'adressent pas immédiatement à un centre de consultation et ont ensuite encore besoin d'un temps de réflexion pour se décider à intenter une action en justice. Il faut dire qu'il n'est pas facile de fixer des délais équitables qui tiennent compte tant de l'état d'esprit des victimes que de la sécurité du droit.

Pour ce qui est des *délais de prescription*, il convient de retenir que les règles en la matière sont claires pour tous les types de discrimination, mais que l'on ne peut attendre des victimes de discrimination, souvent peu au fait de la législation, qu'elles sachent lequel des différents délais

252 Cf. l'étude thématique n° 5, ch. III.3.1.2. Les normes en vigueur en la matière sont claires, puisque les règles ordinaires en matière de délais de prescription s'appliquent ici aussi.

253 Etude de l'UE, p. xii.

254 Pärli [Résiliation], p.40 ss.

s'applique dans leur cas. Il est donc d'autant plus important que les centres de consultation et les avocat-e-s soient suffisamment sensibilisés et formés dans le domaine.

8. Durée de la procédure

8.1. Remarques générales

Le droit suisse ne fixe pas de durée minimale ni de durée maximale précises pour les procédures judiciaires. Le *principe de célérité*, tel qu'il découle des art. 29, al. 1er, Cst et 6, al. 1er, CEDH sert toutefois de référence en la matière : toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée et jugée dans un délai raisonnable[255]. Ce qui doit être considéré comme raisonnable varie d'un cas à l'autre et doit être déterminé « en fonction de la nature et de l'importance de la chose jugée », ainsi que de l'ensemble des autres circonstances. Selon la CrEDH, il faut prendre en compte « en particulier la complexité du cas et son importance pour les victimes ainsi que le comportement des autorités et de la partie plaignante »[256].

8.2. Pratique judiciaire[257]

8.2.1. Loi sur l'égalité

Selon *l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité*, la durée moyenne des procédures de conciliation relevant de cette loi est de 4,8 mois, la moitié de ces procédures étant bouclées en moins de trois mois en moyenne suisse. Du côté des tribunaux, la durée moyenne des procédures est de 15 mois, avec la moitié des décisions rendues en moins de 7,3 mois[258].

Dans le cadre de notre *analyse de la jurisprudence*, nous avons calculé les durées de procédure de plusieurs catégories d'affaires et les avons analysées. Nous entendons par durée de la procédure le temps qui s'écoule entre le dépôt de la requête de conciliation ou toute autre démarche juridique (plainte ou recours) et la conclusion d'un compromis ou la décision par l'instance compétente (procédure de conciliation ou procédure en tribunal). Nous avons analysé les situations de discrimination fondées sur l'état civil, la situation familiale, une grossesse ou la maternité (art. 3, al. 1er, LEg)[259]. Dans cette catégorie, nos calculs se fondent sur 23 affaires. Le tableau suivant résume les résultats obtenus :

---

255 Kölz, Häner & Bertschi, n. 253. Pour ce qui est des litiges de droit civil et des procédures pénales, la protection découle aussi de l'art. 6, ch. 1er, CEDH, et pour les procédures pénales, de l'art. 14, ch. 3, let. c du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, cf. Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, no 22. Le principe de célérité figure aussi, entre autres, dans l'art. 5 CP, dont l'al. 1er dispose que les autorités pénales engagent les procédures pénales sans délai et les mènent à terme sans retard injustifié.

256 Kölz, Häner & Bertschi, n. 254. Cet impératif enjoint au législateur d'octroyer aux autorités et aux tribunaux suffisamment de personnel et de compétences afin qu'ils soient à même de gérer des surcharges passagères.

257 Pour établir la durée moyenne des affaires tranchées par plusieurs instances, nous avons calculé séparément les données de chaque étape de la procédure.

258 Ce sont surtout les procédures portant sur des salaires qui peuvent durer très longtemps ; une affaire s'est étendue sur plus de sept ans. Cf. l'étude thématique no 2, ch. IV.5.4.5.

259 Cf. l'étude thématique no 8, ch. III.3.2.1.

	Maximum	*Minimum*	*Moyenne*	*Médiane*
Durée des procédures de conciliation (données de 2 affaires)	3 mois	1 mois et 3 semaines	2 mois et 2 semaines	2 mois et 2 semaines
Durée des procédures judiciaires (données de 21 affaires)	47 mois et 3 semaines	1 mois et 2 semaines	9 mois et 1 semaine	7 mois et 2 semaines

Tableau n° 9 : Durée de la procédure d'affaires en lien avec l'état civil, la situation familiale, une grosse ou la maternité

Comme on pouvait s'y attendre, avec une durée moyenne de deux mois et deux semaines, les deux procédures de consultation prises en compte ont été moins longues que les procédures judiciaires.

La durée des procédures judiciaires s'aligne elle sur celle observée dans le cadre de l'évaluation de la LEg, tout au moins pour la moitié des décisions (7,3 mois dans cette dernière, contre 9 ¼ dans la présente étude)[260].

8.2.2. Affaires concernant des personnes handicapées[261]

Dans cette catégorie, nous disposions pour 61 affaires de données sur la *durée de la procédure*.

	Maximum	*Minimum*	*Moyenne*	*Médiane*
Durée de la procédure (données de 61 affaires)	67 mois et 2 semaines	1 mois	8 mois	5 mois et 3 semaines

Tableau n° 10 : Durée de la procédure d'affaires en lien avec un handicap

8.2.3. Droit privé général[262]

Les tribunaux ont livré des informations sur six procédures de droit privé général. Ces affaires relevaient du droit du travail en général, du CO (congé abusif) ainsi que de notions juridiques indéterminées ou de dispositions générales du droit privé. Seule la durée de deux procédures sur six a pu être déterminée ; elle était de 24 mois et trois semaines dans un cas et de deux mois et une semaine dans l'autre.

[260] Les offices de consultation ne nous ayant fourni que deux décisions contenant des données sur la durée de la procédure, il ne nous a pas semblé pertinent ici de faire une comparaison avec les résultats de l'évaluation de la LEg.

[261] Cf. l'étude thématique n° 8, ch. III.3.2.2.

[262] Cf. l'étude thématique n° 8, ch. III.3.2.3.

8.2.4. Discrimination raciale[263]

	Maximum	*Minimum*	*Moyenne*	*Médiane*
Durée de la procédure (données de 60 affaires)	50 mois et 1 semaine	1 mois	11 mois et 2 semaines	10 mois et 1 semaine

Tableau n° 11 : Durée de la procédure des affaires de discrimination raciale

8.3. Résultat des enquêtes

8.3.1. Entretiens personnels

Il ressort des enquêtes menées auprès des spécialistes du domaine du racisme que les centres de consultation informent les victimes de discrimination raciale non seulement de leurs droits, des preuves à fournir et des éventuelles conséquences financières, mais aussi des difficultés d'ordre plus général inhérentes à toute procédure, comme une durée qui peut être très longue[264].

8.3.2. Membres du barreau

Dans le cadre de notre enquête en ligne, nous avons demandé aux avocat-e-s si, à leur avis, la durée potentiellement longue de la procédure dissuadait les victimes de discrimination de recourir à la justice, et donc de faire valoir leurs droits, ou limitait leurs possibilités de le faire. Plus de la moitié d'entre eux (57 %) ont répondu que cela était tout à fait ou plutôt vrai.

8.3.3. Tribunaux

Dans le cadre de l'enquête menée auprès des tribunaux, nous avons demandé aux juges si, à leur avis, les victimes de discrimination renoncent à faire valoir leurs droits parce que cela implique souvent une procédure très longue. Un quart d'entre eux a répondu que c'était tout à fait ou plutôt le cas.

8.4. Conclusions

L'analyse de la jurisprudence n'a pas révélé des durées de procédure exagérément longues pour les affaires prises en compte, au contraire : dans les catégories *Handicap* et *Discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou de la maternité*, la durée moyenne approximative de la procédure est de 8 mois. Dans la catégorie *Droit privé général*, elle est de 13 mois[265], et dans la catégorie *Racisme*, de 11 mois.

La Suisse s'en sort bien par rapport aux autres pays, puisque dans de nombreux Etats membres de l'UE, la durée des procédures constitue souvent un obstacle de taille dans l'accès à la jus-

263 Les affaires prises en compte ici concernaient des délits tombant sous le coup de l'art. 261bis CP ainsi que d'autres infractions telles que lésions corporelles ou injures.

264 Cf. l'étude thématique n° 7, ch. III.3.

265 Un chiffre qui se fonde sur deux cas seulement, ce qui rend cette moyenne peu pertinente.

tice[266]. Signalons toutefois que même une procédure de 8 mois en moyenne, qui n'est pas exagérément longue en soi, peut s'avérer problématique pour la victime ; il suffit de penser à une affaire qui concernerait l'intégration scolaire d'un enfant handicapé par exemple : une fois les 8 mois écoulés, l'année scolaire touche presque à sa fin.

En raison du nombre relativement modeste d'affaires analysées[267], ces résultats sont à traiter avec prudence et ne doivent en aucun cas être surinterprétés. L'enquête auprès des spécialistes du racisme et l'enquête en ligne auprès des avocat-e-s ont montré que la crainte de longues procédures compte bel et bien parmi les facteurs qui peuvent dissuader les victimes de recourir à la justice, et qu'il faut donc prendre cet aspect au sérieux. La présente étude n'a toutefois pas apporté de preuves empiriques quant à une éventuelle longueur excessive des procédures.

9. Caractère efficace, proportionné et dissuasif des sanctions

9.1. Droit civil

En *droit du travail*, une indemnité de six mois de salaire au maximum doit être versée en cas de résiliation abusive du contrat de travail (art. 336a, al. 1er et 2 CO)[268].

La *loi sur l'égalité* contient plusieurs dispositions au sujet des sanctions : en vertu de l'art. 5, al. 4, LEg, en cas de *discrimination portant sur un refus d'embauche pour un rapport de travail régi par le code des obligations,* l'indemnité ne peut excéder le montant correspondant à trois mois de salaire. La somme totale des indemnités versées n'excédera pas non plus ce montant lorsque plusieurs personnes prétendent au versement d'une indemnité pour refus d'embauche à un même poste. Lorsqu'il s'agit d'un cas de *résiliation discriminatoire tombant sous le coup du code des obligations* ou d'un cas de *harcèlement sexuel,* l'indemnité ne peut excéder le montant correspondant à six mois de salaire[269]. Tant la doctrine que le Tribunal fédéral jugent les indemnisations prévues dans la LEg insuffisantes et leur effet dissuasif limité, d'autant plus que les tribunaux accordent rarement aux victimes le maximum prévu par la loi[270]. Le risque financier est par conséquent réduit pour les employeurs, surtout quand il en va d'employé-e-s peu qualifiés, aux salaires modestes, ou de personnes travaillant à temps partiel[271].

La *loi sur l'égalité des personnes handicapées* dispose, en matière de *prestations publiques*, que toute personne victime d'une inégalité de traitement de la part d'une entreprise concessionnaire ou d'une collectivité publique au sens de l'art. 2, al. 4, LHand, peut demander au tribunal ou à l'autorité administrative d'ordonner que le prestataire élimine l'inégalité ou qu'il s'en abstienne

266 Etude de l'UE, p. 27 ss.

267 Si on le compare en particulier au laps de temps pris en compte (10 ans).

268 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. III.3.2.1. Une révision partielle du droit des obligations est prévue notamment pour adapter les sanctions en cas de congé abusif ou injustifié, voir à ce sujet les informations données sur les site de l'OFJ : https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html (consulté le 21 juil. 2015).

269 Pour la fixation de l'indemnité, voir la dernière phrase des al. 2 et 3 de l'art. 5 LEg. Cf. l'étude thématique n° 2, ch. IV.4.9.

270 Cf. Riemer-Kafka & Ueberschlag, p. 160 s. et 177, n. 45, Pärli [Résiliation], p. 41 et ATF 131 II 361, consid. 4. L'évaluation de la LEg n'a pas porté sur les sanctions prévues par cette loi et ni sur la pratique des tribunaux en la matière. Cf. les explications de l'étude thématique n° 2, ch. IV.5.4.6.

271 Cf. Riemer-Kafka & Ueberschlag, p. 177 s., n. 46.

(art. 8, al. 1er, LHand)[272]. Toute personne qui subit une discrimination découlant de *prestations fournies par des particuliers* (au sens de l'art. 6 LHand) peut demander au tribunal le versement d'une indemnité (art. 8, al. 3, LHand). Le tribunal fixe cette indemnité en tenant compte des circonstances, de la gravité de la discrimination et de la valeur de la prestation en cause, sans dépasser un plafond de 5000 francs (art. 11, al. 2, LHand)[273]. Toute personne victime au sens de l'art. 5, al. 2, LHand, d'une inégalité dans l'accès à des *formations ou des formations continues proposées par une collectivité* peut demander au tribunal ou à l'autorité administrative d'ordonner que le prestataire élimine l'inégalité ou qu'il s'en abstienne (art. 8, al. 2, LHand). *Lorsqu'il s'agit de formations ou de formations continues offertes au public par des particuliers*, la victime d'une discrimination ne peut demander qu'une indemnité (art. 8, al. 3, LHand, en relation avec l'art. 6 LHand). L'art. 8, al. 3, LHand ne donne pas droit à une prestation positive, comme de se voir garantir l'accès à une offre de formation ou de faire modifier cette offre[274]. En cas de construction ou de rénovation d'une construction ou d'une installation, il est par contre possible de demander que les responsables s'abstiennent de l'inégalité et, à certaines conditions, qu'ils l'éliminent (art. 7 LHand)[275].

9.2. Droit administratif et droit pénal

En *droit administratif*, plusieurs sanctions sont envisageables pour réprimer un comportement discriminatoire : la levée de la décision discriminatoire ou le versement de dommages-intérêts[276]. La *loi sur le personnel de la Confédération* prévoit qu'en cas de licenciement, ou lorsque l'employé-e réintègre son emploi après que son recours a été admis, une indemnité d'une année de salaire au maximum est octroyée, calculée sur la base du salaire mensuel (cf. art. 34 b, al. 2 et 34c, al. 2, LPers)[277].

En *droit pénal*, les sanctions sont notamment la peine pécuniaire, le travail d'intérêt général et la peine privative de liberté (art. 34 ss CP)[278]. Les sanctions pour des actes tombant sous le coup de la norme pénale contre le racisme vont de l'amende à une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans[279]. L'analyse de diverses décisions rendues sur la base de cette norme – qui

---

272 Les entreprises concessionnaires, qui sont de droit privé mais sont actives dans un domaine qui relève du monopole de l'Etat fédéral, comme les chemins de fer (art. 87 Cst), les services postaux et les télécommunications (art. 92 Cst), sont considérées comme des collectivités et pas comme des prestataires privés. A ce propos et au sujet de la problématique des sanctions prévues dans ce contexte, voir l'étude thématique n° 4. ch. II.3.2.2.

273 Cf. l'étude thématique n° 4, ch. II.2.1. Le Tribunal fédéral déduit de l'interdiction des actes contraires aux mœurs une obligation de contracter pour les prestations privées, pour autant que certaines conditions bien précises soient remplies. En pratique, cette obligation s'applique presque exclusivement au domaine des contrats d'assurance et dans le cadre de formations et de formations continues, mais pas aux domaines du logement, du travail et des loisirs, qui ne remplissent que très rarement les conditions fixées. Pour le reste, une entreprise prestataire de services peut décider librement qui elle accepte comme client-e-s ; la LHand et les règles générales de droit privé ne prévoient pas, dans ces cas, d'obligation de contracter. Cf. l'ATF129 III 35 et les explications à ce sujet dans l'étude thématique n° 4, ch. II.3.3.1 ainsi que dans l'étude thématique n° 8, ch. III.3.3.2.

274 Cf. l'étude thématique n° 4, ch. III.3.2.2.

275 Au sujet de la qualité pour recourir des organisations de handicapés et des sanctions prévues en la matière, voir l'art. 9 LHand et les explications fournies dans l'étude thématique n° 4, ch. III.1.1.2 et 2.1.2.

276 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. III.3.3.2.

277 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. III.3.3.3.

278 D'autres sanctions sont possibles, telles que les mesures thérapeutiques ou l'internement (cf. art. 56 ss CP).

279 Cf. l'étude thématique n° 1, ch. III.3.4.11.

comptaient aussi de nombreuses condamnations pour d'autres infractions – a montré que la palette des sanctions est très variée. Dans les tribunaux de première instance, elle allait par exemple de l'amende de 300 francs à des peines de prison[280]. Quant au Tribunal fédéral, il a prononcé dans les affaires examinées ici des amendes allant de 1000 à 18 000 francs, et une peine privative de liberté de trois ans et demi[281].

9.3. Pratique judiciaire[282]

Nous fondant sur la jurisprudence et sur les données disponibles, nous avons calculé le montant des indemnités pour les affaires de congé donné en raison de la situation familiale, de l'état civile, d'une grossesse ou de la maternité[283]. Dans 16 des 29 procédures examinées, des dommages-intérêts avaient été requis et ont été accordés. Le tableau suivant donne un aperçu du montant de ces dommages-intérêts :

	Maximum	*Minimum*	*Moyenne*	*Médiane*
Dommages-intérêts (données de 17 affaires)	CHF 42 628. – (à deux plaignantes)	CHF 733.-	CHF 15 064. –	CHF 11 577. –

Tableau n° 12 : Dommages-intérêts dans des affaires fondées sur l'état civil, la situation familiale, la grossesse ou la maternité

Dans une affaire, les parties ont pu s'entendre sur un montant de 7500 francs en faveur de la personne discriminée[284].

9.4. Résultats des enquêtes

9.4.1. Entretiens personnels

Selon les spécialistes interrogés dans le domaine de la *discrimination fondée sur le sexe*, une partie des victimes estiment que le montant des indemnités prononcées dans le cadre de la LEg est bien trop modique et qu'il est totalement disproportionné par rapport à ce qu'elles ont enduré[285].

Dans le domaine du *racisme*, les spécialistes interrogés ont indiqué que les personnes qui viennent consulter font souvent savoir que la manière dont sont réglementées les sanctions est insatisfaisante à leurs yeux. En lieu et place de peines pécuniaires, les victimes préféreraient obtenir une véritable réparation, soit l'élimination des conséquences négatives du comportement incrimi-

280 Cf. l'étude thématique n° 6, ch. II.2.4.1.

281 Idem.

282 Pour établir le montant moyen des indemnités allouées dans des affaires tranchées par plusieurs instances, nous avons calculé séparément les données de chaque étape de la procédure.

283 Il ne s'agit pas ici de l'analyse du dommage réel que la victime a subi sur le plan matériel, mais plutôt d'indemnités pour comportement illégal, c'est à dire celles que le Tribunal fédéral qualifie de *sui generis*, et dont la fonction est tant de punir et de prévenir que de réparer. Cf. Kaufmann & Steiger-Sackmann, n. 25 ad art. 5 LEg.

284 Cf. l'étude thématique n° 8, ch. III.3.2.1.

285 Cf. l'étude thématique n° 5, ch. II.1.1.

né[286]. De plus, les sanctions prévues semblent aussi être généralement peu incitatives pour les personnes qui pourraient saisir la justice. Les spécialistes estiment que les indemnités financières sont la plupart du temps relativement modestes et n'atteignent dans l'ensemble pas leur objectif, qui serait la réparation du tort subi. Ils soulignent qu'une véritable réparation consisterait à annuler l'inégalité discriminatoire (réintégration au poste de travail, compensation du salaire inéquitable, fourniture de la prestation refusée), et que des excuses formelles peuvent aussi, dans certains cas, tenir lieu de réparation[287].

9.4.2. Membres du barreau

Dans le cadre de notre enquête en ligne, nous avons demandé aux avocat-e-s si, à leur avis, la modicité des sanctions et des indemnités obtenues par les victimes, au cas où elles auraient gain de cause, dissuadait celles-ci de recourir à la justice, et donc de faire valoir leurs droits, ou limitait leurs possibilités de le faire. Un peu plus de 60 % d'entre eux ont répondu que cela était tout à fait ou plutôt le cas.

9.4.3. Tribunaux

Dans le cadre de notre enquête auprès des tribunaux, nous avons demandé si une indemnité maximale de 5000 francs, selon l'art. 11, al. 2, LHand, pour discrimination au sens de l'art. 6 LHand, était adaptée à la nature et à la gravité de l'infraction, plutôt trop modeste ou plutôt trop élevée. Cette indemnité a été jugée adéquate par 14 % des personnes interrogées, plutôt trop modeste par 21,7 % d'entre elles et plutôt trop élevée par 2,1 %, une grande partie ayant répondu ne pas savoir (62,2 %).

9.5. Conclusions

Les sanctions en cas de discrimination doivent être efficaces, proportionnées et dissuasives[288]. Sur le plan de la législation, le *droit pénal* satisfait à ces exigences, puisque l'art. 261bis CP prévoit, en cas de discrimination raciale, des peines pécuniaires et des peines privatives de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans. Sur la base des informations à notre disposition, il est toutefois difficile de juger si les bases légales examinées dans la présente étude se sont effectivement révélées efficaces, proportionnées et dissuasives lors de leur application. En *droit administratif*, les sanctions peuvent consister en la levée de l'acte administratif discriminant ou en une amende[289], et donc répondre aux trois exigences mentionnées.

En *droit civil*, la sanction peut être le versement de dommages-intérêts pour le dommage matériel ou moral causé, ou la réparation du tort moral. La protection contre la discrimination présente certaines lacunes en la matière : tant en cas de congé abusif relevant du droit du travail que dans la LEg, la loi fixe une limite aux indemnités et les fait dépendre du salaire mensuel de la victime. Les tribunaux ne prononçant manifestement presque jamais des indemnités proches de la limite supérieure, les entreprises coupables d'infractions n'en subissent que peu de conséquences, ce

286 Cf. l'étude thématique n^{o} 7, ch. II.4.

287 Idem, ch. IV.2.

288 Selon les directives de l'UE en matière de lutte contre la discrimination.

289 Cf. l'étude thématique n^{o} 1, ch. III.3.1.9.

qui permet d'affirmer que les sanctions ne remplissent pas les exigences posées en termes d'efficacité, de proportionnalité et de capacité de dissuasion[290]. Il en va de même pour l'indemnité maximale de 5000 francs prévue dans la LHand pour les personnes auxquelles des particuliers ont refusé des prestations. Dans ce domaine, mais aussi dans celui de la discrimination raciale par exemple, le fait que non seulement le montant de l'indemnité, mais également la nature de la sanction prévue, soient insatisfaisants aux yeux des victimes, est aussi problématique. Dans le *champ d'application de la LHand*, il n'existe aucune obligation de prévenir, de réduire ou de faire cesser l'atteinte à la victime dans le domaine privé par exemple, et la victime ne peut exiger qu'une indemnité financière[291]. Quant aux victimes de *discrimination raciale*, les enquêtes montrent qu'elles préfèreraient recevoir des excuses formelles ou que le tribunal fasse cesser la discrimination en lieu et place d'infliger une amende à l'auteur.

Les directives de l'UE en matière de lutte contre la discrimination exigent que les sanctions prévues en cas d'infraction aux règles d'application nationales soient efficaces, proportionnées et dissuasives. Il importe avant tout, dans ce domaine, que le législateur ne fixe pas de limites supérieures qui soient de nature à remettre en question l'efficacité de la sanction. Dans la pratique, de nombreux pays de l'UE prévoient néanmoins eux aussi des sanctions considérées comme insuffisantes par les spécialistes[292].

Des améliorations sont nécessaires en Suisse aussi, car des sanctions inefficaces, combinées au risque financier élevé, à la difficulté d'évaluer les chances d'obtenir gain de cause et à la charge émotionnelle inhérente à la procédure, constituent un obstacle de poids dans l'accès à la justice.

10. Tableaux synoptiques des garanties procédurales

Les tableaux suivants présentent les règles procédurales examinées ci-dessus par domaines : droit civil, droit administratif et droit pénal.

[290] Les résultats de l'analyse des indemnités pour les cas de congé en raison de la situation familiale, de l'état civil, d'une grossesse ou de la maternité ne peuvent servir à l'établissement du montant des indemnités en raison du nombre trop faible de cas.

[291] Cf. l'étude thématique n° 4, ch. III.3.2.2.

[292] Etude de l'UE, p. 43 ss.

Règle procédurale	Droit du travail	Droit du bail	LEg	LHand
Qualité pour agir	Règles générales déterminées par les art. 59 et 60 CPC			
Droit d'action distinct	Action des organisations (art. 89 CPC)		Action des organisations (art. 7 LEg et art. 9 LHand)	
Maxime inquisitoire et maxime des débats	Baux à loyer ou à ferme et litiges relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse < 30 000 fr : maxime inquisitoire atténuée[293]		Maxime inquisitoire atténuée[294]	Maxime des débats[295]
Allégement du fardeau de la preuve	Pas d'allégement du fardeau de la preuve (l'art. 8 CC s'applique)		La vraisemblance suffit (art. 6 LEg)	Pas d'allég. (l'art. 8 CC s'applique)
Frais de procédure	Pas de frais judiciaires[296]	Rien en procédure de conciliation	Pas de frais judiciaires[297]	
Coûts de la représentation juridique	Pas de dépens dans les procédures de conciliation (art. 113, al. 1er, CPC) ; dans les procédures au fond, les coûts de la représentation juridique sont à la charge de la partie qui succombe (art. 106, al. 1er, CPC)			
Aide pour les frais de procédure	Règles générales de l'art. 117 CPC ss : indigence et chances d'obtenir gain de cause			
Délai pour agir	Congé abusif : jusqu'à la fin du délai de résiliation (art. 336 b CO)	Congé abusif : 30 jours dès le congé (art. 273, al. 1er, CO)	Refus d'embauche ou congé discriminatoires : 3 mois (art. 8, al. 2, LEg)	Pas de délais spéciaux dans la LHand
Durée de la procédure	En gén., pas de disp. spéciales ; art. 29 Cst : traitement dans un délai raisonnable et interdiction des retards non justifiés			
Sanctions	Congé abusif : 6 mois de salaire au maximum (art. 336a, al. 2, CO)	Pas de disposition explicite	3 ou 6 mois de salaire au maximum (art. 5, al. 4, LEg)	Discrimination par des particuliers : max. 5000.– (art. 8, al. 3, LHand)

Tableau n° 13 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit civil

293 Art. 247, al. 2, let. b, CPC.

294 Art. 247, al. 2, let. a et art. 243, al. 2, let. a, CPC.

295 Pas de disposition spéciale au sens de l'art. 55, al. 2, CPC. Pas de mention de la LHand dans les art. 243 et 247 CPC.

296 Art. 113, al. 2, let. d (procédure de conciliation) et art. 114, let. c, CPC (procédure au fond).

297 Art. 113, al. 2, let. a et b (procédure de conciliation) et art. 114, let. a et b, CPC (procédure au fond).

Règle procédurale	Règles de procédure administrative
Qualité pour recourir	Notamment : capacité d'être partie (art. 7 PA), d'ester en justice (art. 13 ss CC) et intérêt juridique (art. 48, al. 1er, PA)
Recours corporatif	- Selon l'art. 48, al. 1er, PA : ▪ Recours corporatif en nom propre, pour protéger ses propres intérêts (recours corporatif « ordinaire ») ; ▪ Recours corporatif en nom propre, pour protéger les intérêts des membres (recours corporatif « égoïste »)[298]. - Selon l'art. 48, al. 2, PA : légitimation par loi spéciale (recours corporatif à but idéal pour protéger les intérêts publics).
Maxime inquisitoire et maxime des débats	Maxime inquisitoire (art. 12 PA) ; limitée par l'obligation faite aux parties de collaborer (art. 13 PA) et, dans les procédures de recours administratif, par l'obligation de motiver le recours (art. 52, al. 1er, PA).
Allég. du fardeau de la preuve	Pas d'allégement du fardeau de la preuve (l'art. 8 CC s'applique)
Frais de procédure	Principe du perdant-payeur (art. 63, al. 1er, PA)[299] ; pas de frais de procédure avec le principe p.-p. (art. 65, al. 1er, PA).
Coûts de représentation jur.	Principe du perdant-payeur (art. 64, al. 1er et 3 PA)
Aide pour les frais de procédure	Indigence et chances d'obtenir gain de cause (art. 65, al. 1er, PA) ; si la sauvegarde des droits le requiert (art. 65, al. 2, PA).
Délai pour agir	Recours dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision (art. 50 PA).
Durée de la procédure	En gén., pas de disp. spéciales ; limitée par l'art. 29 Cst : traitement dans un délai raisonnable et interdiction des retards non justifiés
Sanctions	Levée de la décision discriminatoire et versement de dommages-intérêts ; mode de calcul de l'indemnité de la LPers et limitation de l'indemnité à un an[300] notamment : ne remplissent pas les critères définis dans l'étude de l'UE (efficacité et dissuasion)

Tableau no 14 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit administratif

298 Selon les conditions définies par le Tribunal fédéral.

299 La situation financière des parties est toutefois prise en compte lors du calcul de l'émolument d'arrêté.

300 Art. 34b, al. 2 et art. 34c, al. 2, LPers.

Règle procédurale	Règles de procédure pénale
Ouverture de la procédure pénale	En gén., ouverture d'office (art. 7 CPP) ; en cas de délits poursuivis sur plainte, sur demande du lésé (art. 30, al. 1er, CP, en relation avec l'art. 303, al. 1er, CPP) ; toute personne a le droit de dénoncer (art. 301, al. 1er, CPP).
Droits des victimes / constitution de la partie plaignante	Définition de la qualité de victime à l'art. 116, al. 1er, CPP ; droits spéciaux à l'art. 117 CPP ; définition de la partie plaignante à l'art. 118, al. 1er, CPP ; constitution de la victime ou de la personne lésée comme partie plaignante possible durant la procédure préliminaire, et jusqu'à la fin de celle-ci (art. 118, al. 3, CPP). Constitution de prétentions pénales ou civiles (art. 119, al. 2, CPP).
Qualité pour agir des associations	Les associations n'ont pas qualité pour agir, le ministère public, garant des droits généraux et supra-individuels, agissant en général d'office (exception : délits poursuivis sur plainte).
Maxime inquisitoire et maxime des débats	La maxime inquisitoire s'applique lorsque la partie plaignante fait valoir des conclusions civiles par adhésion à la procédure pénale.
Allég. du fardeau de la preuve	Si la partie plaignante se soit constituée partie civile, les preuves relatives aux conclusions civiles doivent être administrées d'office (art. 313 CPP) ; droit de déposer des propositions relatives aux moyens de preuves (art. 107, al. 1er, let. e, CPP).
Frais de procédure	Le prévenu assume les frais de procédure en cas de condamnation (principe de la responsabilité pour faute, art. 426, al. 1er, CPP). En cas de classement de la procédure ou d'acquittement, la partie plaignante doit supporter les frais (art. 427 CPP).
Coûts de représentation jur.	Droit aux dépens pour la partie civile si elle obtient gain de cause ou si s'applique l'art. 426, al. 2, CPP (art. 433, al. 1er, CPP).
Aide pour les fr. de procédure	Indigence de la partie plaignante et possibilité pour l'action civile d'aboutir (art. 136, al. 1er, CPP).
Délai pour agir	3 mois pour les délits poursuivis sur plainte (art. 31 CP) ; tant pour les délits poursuivis sur plainte que pour les délits poursuivis d'office, les délais de prescription relatifs et absolus du droit matériel doivent être respectés.
Durée de la procédure	En gén., pas de disp. spéciales ; art. 29 Cst : traitement dans un délai raisonnable et interdiction des retards non justifiés
Sanctions	Peine pécuniaire (max. CHF 1 080 000.–, art. 34 CP), travail d'intérêt général (max. 720 heures, art. 37 CP) et peine privative de liberté (max. 20 ans, ou à vie, art. 40 CP) ; les sanctions peuvent être assorties ou non d'un sursis, partiel ou total : des mesures thérapeutiques et l'internement peuvent aussi être prononcés (art. 56 CP).

Tableau no 15 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit pénal

11. Synthèse

Sur le plan du droit écrit, la question de savoir dans quelle mesure les règles procédurales constituent des obstacles à l'établissement d'une protection efficace contre la discrimination appelle des réponses différenciées (voir ci-après). Si les normes en matière de *qualité pour agir et pour recourir* des victimes, de *délais* pour intenter une action en justice, ainsi que la *durée moyenne des procédures* posent certains problèmes mineurs, les informations récoltées dans le cadre de la présente étude indiquent que dans le domaine des *coûts*, ce ne sont certes pas les dispositions légales, mais leur application qui, conjuguée à d'autres facteurs (tels que les problèmes relatifs à la preuve) peuvent, dans certaines circonstances, dissuader les victimes de se tourner vers la justice. Celles-ci ne peuvent en effet prendre le risque de devoir assumer des coûts de procédure relativement élevés.

Pour l'essentiel, les lacunes et les problèmes sont les suivants :

- La *qualité pour agir et pour déposer des recours à but idéal des organisations,* inscrite dans la LEg et la LHand, est un instrument important pour concrétiser les objectifs de ces lois, soit interdire les discriminations. Il n'est toutefois pas certain que les homosexuels, les lesbiennes et les bisexuels puissent l'invoquer sur le marché de l'emploi, et rien n'indique clairement que les personnes intersexuées peuvent elles aussi se prévaloir de la qualité pour agir des organisations prévue dans la LEg. Dans la législation sur la discrimination raciale, cet instrument n'existe pas pour les procédures civiles et administratives, sans que l'on trouve d'argument de fond qui justifie cette différence de traitement entre les victimes de discrimination raciale et les victimes de discrimination en raison du sexe ou d'un handicap. Par ailleurs, le fait que les organisations n'aient pas la qualité de partie dans les procédures pénales pour discrimination raciale pose également problème.
- La *maxime inquisitoire* est elle aussi essentielle pour faciliter l'accès à la justice. Si elle s'applique à l'ensemble du droit public et du droit pénal, ce n'est que la maxime inquisitoire « sociale » atténuée qui vaut dans le domaine de la LEg. La question de savoir si les homosexuels, les lesbiennes et les bisexuels peuvent invoquer la LEg n'ayant pas été tranchée, ces personnes ne sont certaines de bénéficier de la maxime inquisitoire atténuée que jusqu'à une valeur litigieuse de 30 000 francs, tout comme les personnes victimes, dans la vie professionnelle, de discrimination raciale ou de discrimination en raison d'un handicap.
- Les *mécanismes d'allégement du fardeau de la preuve* peuvent sensiblement réduire les obstacles procéduraux, étant donné les problèmes récurrents soulevés par la question des preuves. La majorité des spécialistes interrogés est par conséquent d'avis qu'il serait judicieux d'en faire bénéficier tous les domaines touchés par la discrimination. A l'heure actuelle, seule la LEg prévoit de tels mécanismes, sans que l'on puisse trouver de raisons valables pour ne pas les généraliser à tous les domaines.
- Enfin, les *sanctions* prévues en droit du travail en cas de discrimination en raison du sexe ou d'un des autres motifs mentionnés dans la présente étude ne semblent, du fait de leur limitation, être ni efficaces, ni proportionnées, ni dissuasives.

IV. INSTITUTIONS ET REGLEMENT DES LITIGES

1. Introduction

Pour que la protection contre la discrimination soit une réalité, il faut d'une part des organismes publics chargés de conseiller et de soutenir les victimes de discrimination ainsi que de veiller de façon plus générale à leurs intérêts (en informant et en sensibilisant le public aux questions en lien avec cette thématique, par exemple) et, d'autre part, des mécanismes judiciaires et extrajudiciaires de règlement des litiges. Nous présentons ci-après les institutions actives en Suisse dans le domaine de la protection contre la discrimination et les lacunes identifiées en la matière par les expert-e-s interrogés dans le cadre de la présente étude. Nous passerons ensuite rapidement en revue les mécanismes de règlement judiciaire et extrajudiciaire des litiges.

2. Institutions existantes

La Suisse dispose de plusieurs institutions publiques qui peuvent permettre aux victimes d'accéder à la justice ou qui y contribuent indirectement. Les mandats, les moyens financiers et les dotations en personnel de ces institutions sont toutefois très hétérogènes. Dans certains domaines, comme celui des discriminations des personnes LGBTI, il n'existe même pas d'institution publique ou financée par les collectivités publiques[301].

Dans le domaine de l'*égalité entre femmes et hommes*, les bureaux cantonaux et communaux de l'égalité, qui reçoivent aussi les particuliers pour des conseils juridiques, sont les principaux interlocuteurs des victimes de discrimination. Il est néanmoins problématique que les employé-e-s ayant un bagage juridique soient manifestement une minorité au sein du personnel de ces bureaux. L'acteur principal à l'*échelon fédéral*, le BFEG, vise l'égalité des sexes dans tous les domaines de la vie en centrant son action sur l'aspect structurel. Autre institution fédérale, la Commission fédérale pour les questions féminines est également active dans cette thématique.

S'agissant de l'*égalité pour les personnes handicapées*, c'est le BFEH qui est le principal acteur fédéral. Il réalise un travail d'information et de conseil et propose des mesures pour améliorer la situation en la matière. De nombreux centres de consultation sont également actifs dans les cantons.

Dans les domaines *de la famille et des enfants*, il existe deux organes extraparlementaires, la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales et la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse, mais elles ne sont toutefois pas à disposition des particuliers confrontés à des problèmes concrets.

En ce qui concerne le *racisme*, la CFR, qui dispose d'un mandat étendu, « s'emploie à promouvoir une meilleure entente entre les personnes de race, couleur, origine, provenance ethnique ou nationale, religion différentes, combat toute forme de discrimination raciale directe ou indirecte et attache une importance toute particulière à la prévention pour que celle-ci soit efficace »[302]. Elle

[301] A ce sujet, voir l'étude du CSDH « Institutionelle Verankerung von LGBTI-Themen in der Schweiz » (en allemand, avec extrait en français), à l'adresse http://www.skmr.ch/frz/publications/genre/ancrage-institutionnel-lgbti.html (consulté le 6 juil. 2015).

[302] Voir les indications fournies sur le site de la CFR : http://www.ekr.admin.ch/la_cfr/f416.html consulté le 3 juil. 2015).

fournit aussi des conseils juridiques aux victimes de discrimination raciale. Le SLR, en revanche, est moins sur le devant de la scène, puisqu'il est chargé de concevoir, de soutenir et de coordonner la prévention du racisme et la promotion des droits humains. A cette fin, il élabore du matériel d'information sur les bases légales et les mécanismes dont peuvent se prévaloir les victimes de discrimination. Dans le cadre des PIC, les programmes d'intégration cantonaux, en place depuis le 1er janvier 2014, qui « définissent l'ensemble des mesures liées à l'encouragement spécifique de l'intégration », tous les cantons se sont engagés à garantir une offre en conseil adaptée dans le domaine de la discrimination raciale[303].

Dans le domaine de la *migration*, la Commission fédérale pour les questions de migrations conseille le Conseil fédéral et l'administration fédérale sur les questions de migration et publie notamment des rapports sur le sujet.

Il n'existe pas, en Suisse, d'*organe de médiation national*, qui recevrait les plaintes des particuliers contre les autorités. On en recense tout de même dix à l'échelle des cantons et des communes, plus précisément dans les cantons de Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Vaud, Zoug et Zurich ainsi que dans les villes de Berne, Rapperswil-Jona, Saint-Gall, Winterthour et Zurich. Le grand avantage de ces institutions est de proposer une offre à bas seuil, gratuite, qui facilite l'accès à la justice. Aucune exigence de forme n'est posée pour prendre contact, ce qui en fait des organes particulièrement adaptés aux personnes socialement défavorisées. Si la Suisse dispose, avec la CFR, d'un acteur national dans le domaine de la lutte contre le racisme par exemple, sa présence ne compense toutefois pas l'absence d'un organe de médiation national, au cahier des charges étendu, car les conseils juridiques qu'elle dispense ne s'adressent pas aux particuliers en prise à un cas concret.

Enfin, il existe en Suisse un réseau de centres de consultation qui sont gratuitement à disposition des personnes ayant été victimes d'une atteinte directe à leur intégrité corporelle, sexuelle ou psychique (centres LAVI par ex.) La consultation peut se faire par téléphone ou au centre de consultation, ce qui en fait une offre à très bas seuil, accessible à tout un chacun[304].

3. Résultats des enquêtes

Les conseillers-ères des centres de consultation que nous avons interrogés ont soulevé plusieurs mesures nécessaires pour améliorer la protection contre la discrimination en Suisse, que nous résumons ci-dessous.

3.1. Discrimination en raison du sexe

Les conseillers-ères des centres de consultation sont d'avis qu'il convient d'enrayer la tendance actuelle à la fusion des bureaux de l'égalité. Ils estiment aussi qu'il serait très utile, pour avoir une vue d'ensemble de toute la procédure judiciaire et connaître l'issue des affaires, d'établir des statistiques de manière systématique. Ils déplorent par ailleurs le fait que les tribunaux sont souvent surchargés, ce qui peut nuire à la qualité de leur travail.

303 Voir les indications fournies sur le site du SEM, le Secrétariat d'Etat aux migrations : https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/integration/foerderung/spezifisch/kip.html (consulté le 6 juil. 2015).

304 Voir les indications fournies sur le site de l'aide aux victimes en Suisse, qui contient des liens vers les centres de consultation : http://www.sodk.ch/fr/domaines/familles-et-societe/aide-aux-victimes/wwwaide-aux-victimesch/?l=1 (consulté le 5 juin 2015).

Les personnes interrogées jugent problématique le fait qu'il n'y ait souvent pas de personnes de confiance indépendantes au sein des entreprises, de sorte que les responsables des ressources humaines et les supérieurs hiérarchiques sont souvent les seuls interlocuteurs des employé-e-s victimes de discrimination.

Il convient de mentionner ici un autre aspect, qui ne ressort pas des enquêtes : la composition doublement paritaire des autorités de conciliation prévue par la LEg. L'art. 200, al. 2, CPC dispose que les autorités de conciliation s'occupant de litiges relevant de la LEg doivent être composées à parts égales non seulement de représentants des employeurs et de représentants des employé-e-s, mais aussi de femmes et d'hommes. Cette réglementation, qui tient compte du fait que la très grande majorité des plaignants sont de sexe féminin, est à saluer.

3.2. Discrimination à l'égard des personnes LGBTI

L'analyse des bases juridiques applicables montre que la thématique LGBTI manque d'ancrage institutionnel en Suisse. Contrairement à ce qui se passe pour le handicap ou les questions d'égalité entre femmes et hommes, il n'existe pas en Suisse d'organe public chargé de faire appliquer les droits des personnes LGBTI, de les garantir et d'en surveiller le respect (à ce sujet, voir ci-dessus, ch. IV.2). Par conséquent, les collectivités publiques ne s'investissent pas dans un travail de sensibilisation et d'information et ne proposent pas aux personnes LGBTI, parents, employeurs, conseillers ou autres d'antenne publique qui pourrait leur venir en aide. Ces lacunes desservent la concrétisation des normes de protection existantes. Dans ces circonstances, la responsabilité de soutenir les victimes de discrimination repose en grande partie sur la société civile.

Dans le *domaine de l'homosexualité*, les expert-e-s interrogés estiment nécessaire de créer des offres de conseil et de soutien spécifiques pour les jeunes. Ils demandent aussi que les actes homophobes violents signalés dans les rapports de police soient systématiquement enregistrés (comme c'est le cas en Suède).

S'agissant des personnes transgenres, les expert-e-s sont d'avis qu'il faut renforcer l'ancrage institutionnel et le soutien financier des collectivités publiques. Ils demandent aussi que soit créé un organe de médiation indépendant, qui s'occuperait de sujets tels que les questions de genre, l'identité sexuelle, l'intersexualité et l'orientation sexuelle. Cet organe assumerait un rôle d'intermédiaire et pourrait aussi déposer plainte au nom de victimes contre des services de l'administration et être un interlocuteur reconnu de ces services. Enfin, les personnes interrogées appellent aussi de leurs vœux la création d'une unité administrative chargée de recevoir les demandes des personnes désirant changer de sexe dans les registres de l'état civil.

Dans le domaine de l'intersexualité, les expert-e-s interrogés relèvent qu'au plan institutionnel, la Suisse manque manifestement de personnel formé et de ressources publiques. A la naissance d'un enfant présentant des variantes sexuelles, les parents et les proches devraient pouvoir compter sur des informations pertinentes et des programmes de soutien. Pour ce faire, il faut proposer une offre de conseils dispensés par une équipe interdisciplinaire, dans le cadre hospitalier, et associer les familles concernées à la prise de décisions. Les spécialistes soulignent que

des conseils à bas seuil sont également nécessaires hors des établissements médicaux[305] et que le nombre de groupes d'entraide doit augmenter.

3.3. Discrimination à l'égard des personnes handicapées

Les expert-e-s interrogés ont fait remarquer que dans ce domaine, des mesures sont nécessaires en matière de sensibilisation : les professionnels n'étant pas suffisamment informés, ils ne sauraient en effet pas toujours vers quels services aiguiller leurs usagers. Les spécialistes estiment donc nécessaire d'étoffer les ressources des centres de consultation, en particulier en ce qui concerne le personnel spécialisé. A l'heure actuelle, seuls quelques centres de consultation disposent du savoir-faire juridique nécessaire pour traiter ce sujet très complexe ; ils sont par conséquent souvent débordés et, faute de ressources suffisantes, ne peuvent répondre à toutes les demandes. Les personnes interrogées signalent aussi que les organisations ne savent pas toutes que Égalité Handicap assume le rôle d'organisation faîtière et offre des conseils juridiques, ce qui est problématique, puisque Égalité Handicap doit pouvoir compter sur une base fonctionnant correctement. Il s'agit ainsi de préciser les compétences de l'organisation faîtière et d'améliorer la collaboration en son sein. L'échange d'informations doit lui aussi enregistrer des progrès : il serait ainsi utile, pour les centres de consultation, de savoir si les victimes de discrimination ont effectivement engagé une procédure juridique après être venues consulter, et quelle a été l'issue de leur démarche. Les expert-e-s demandent enfin aux autorités de créer des organes de médiation et de renforcer le contrôle des nouvelles constructions et des rénovations.

3.4. Discrimination raciale

Les personnes interrogées dans le domaine de la discrimination raciale demandent pour l'essentiel que le réseau de soutien et de conseil soit étendu et que les ressources des centres de consultation existants augmentées[306].

4. Mécanismes de règlement des litiges

Il existe en Suisse plusieurs mécanismes de *règlement extrajudiciaire des conflits*, le plus important étant la *tentative de conciliation*, prévue en droit civil, et en principe obligatoire. Le fait qu'une tentative de conciliation soit un passage obligé ou presque lors du traitement d'un conflit simplifie déjà beaucoup la tâche des victimes : il s'agit en effet là d'une procédure simple et non formelle, pour laquelle il n'est pas nécessaire de récolter des preuves, et qui permet de trouver en temps voulu une solution à l'amiable et d'éviter une procédure judiciaire. L'introduction d'une action dans ce cadre est relativement simple par rapport à une procédure judiciaire ordinaire et présente notamment l'avantage d'interrompre la prescription. Il existe d'autres mécanismes extrajudiciaires de règlement des conflits, mais ils revêtent une importance moindre pour ce qui est de la discri-

[305] Un réseau en cours de création (*Schweizer Netzwerk für Intersex und Variationen der Geschlechtsentwicklung SNIV*) a pour but de mettre sur pied une plateforme sur laquelle les professionnels (personnel médical, membres du corps enseignant, etc.) et les parents puissent exprimer leurs questions ou leurs problèmes. L'équipe interdisciplinaire à l'origine de ce projet s'est fixé comme objectif de créer un centre de consultation central, à bas seuil, pour les personnes directement concernées, les familles, etc., chose qui n'existe pas à l'heure actuelle.

[306] Au sujet des programmes d'intégration cantonaux, cf. ch. IV.2.

mination : il s'agit de la médiation, qui peut être menée tant dans les procédures de conciliation que dans les procédures de fond, et de l'arbitrage.

Pour les affaires civiles, les *procédures judiciaires ordinaires* sont régies par le code de procédure civile suisse et font suite à l'introduction d'une action. En *droit administratif*, il faut en règle générale une décision à attaquer pour mener une procédure administrative interne ou une procédure administrative devant la justice, l'introduction d'une action représentant une exception en la matière. En *droit pénal*, la poursuite pénale se fait, selon les dispositions du code de procédure pénale suisse, sur dénonciation, sur plainte pénale ou par les autorités pénales elles-mêmes.

5. Synthèse

En Suisse, les acteurs institutionnels sont fragmentés et il n'existe pas, à l'échelle fédérale, de service gratuit et à bas seuil qui s'occuperait de tous les types de discrimination, à l'image d'un organe national de médiation. Seuls quelques cantons et communes se sont dotés d'une institution de ce genre. Or, c'est justement ce type d'institution qui pourrait offrir des conseils gratuits, simples et à bas seuil, et répondrait également aux besoins des personnes socialement défavorisées.

De plus, on observe en général des lacunes en matière de compétences juridiques chez les institutions existantes, et cela tant dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes (bureaux cantonaux et communaux de l'égalité) que dans celui du handicap ou encore du racisme, des lacunes qui s'accompagnent d'un manque de ressources généralisé. Quant au domaine LGBTI, qui ne bénéficie d'aucun ancrage institutionnel et ne fait l'objet d'aucune mesure de sensibilisation ou d'information de la part des collectivités publiques, il présente un potentiel de développement et d'action considérable.

Dans l'ensemble, on constate une très grande hétérogénéité dans les mandats et la manière dont travaillent ces institutions. De plus, leur forte spécialisation dans certains types de discrimination augmente le risque de ne pas identifier les cas de discrimination multiple. En cela aussi, le manque de cohérence est un facteur qui complique l'accès à la justice.

Enfin, la Suisse a mis en place des mécanismes de règlement des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires. En matière de protection contre la discrimination, le droit civil propose des procédures de conciliation simples et gratuites, qui sont actionnées avant l'introduction d'une procédure judiciaire, et permettent souvent aux personnes lésées d'obtenir réparation de manière plus rapide, à moindres frais. Dans l'ensemble, ce ne sont donc pas tant les aspects institutionnels de la justice que certains aspects du droit procédural qui posent problème (cf. ci-dessus, ch. III).

V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

En guise de conclusion, nous répondons aux questions suivantes[307] :

1. Quels instruments juridiques – de nature matérielle et organisationnelle – sont à disposition dans les droits public et privé en vigueur pour empêcher, réduire, réparer et sanctionner les discriminations de fait et de droit ?

2. Quelle est l'étendue de leur mise en œuvre et dans quels domaines ont-ils été appliqués ? Quel est leur taux de réussite ?

3. Quelles sont les raisons essentielles qui empêchent de recourir à la protection juridique en vigueur, aux mesures relevant du droit de la surveillance ou à des mesures administratives « douces » en cas de soupçon de discrimination illégale ?

4. Quels sont les avantages et les inconvénients des approches adoptées en droit national et dans les ordres juridiques étrangers examinés ?

1. Instruments juridiques[308]

Divers traités internationaux[309] qui promeuvent les droits humains interdisent à la Suisse tout traitement discriminatoire fondé sur le sexe, la race (ou l'origine ethnique) ou le handicap – tant dans les lois que dans leur application – et lui enjoignent également de veiller à ce que les particuliers s'abstiennent eux aussi de tout acte de discrimination.

En droit matériel, l'art. 8, al. 2 de la Constitution (Cst), dispose que nul ne doit subir de discrimination « du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique ». Cette disposition est classée parmi les droits fondamentaux, de sorte qu'elle est impérative pour les autorités de tous les échelons administratifs. Par ailleurs, l'art. 8, al. 3, Cst donne pour mission aux autorités de veiller à l'égalité des sexes et l'art. 8, al. 4 enjoint au législateur de prévoir des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées.

En application de la Constitution fédérale et, en partie, du droit international, la Confédération a adopté des lois spéciales dans trois domaines : l'art. 261bis code pénal (CP) érige en infraction certaines formes de discrimination raciale, la loi fédérale sur l'égalité (LEg) promeut dans les faits l'égalité au travail entre femmes et hommes et la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand) a pour but de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées dans des domaines comme la formation, le perfectionnement professionnel ainsi que l'accès à certains bâtiments publics, aux équipements des transports en commun et aux services offerts au public.

Il est par ailleurs possible, pour protéger les individus contre la discrimination, d'invoquer certaines dispositions générales et certaines notions juridiques indéterminées du droit civil qui pro-

307 Cf. le postulat Naef 12.3543 du 14 juin 2012.

308 Ch. 1 du postulat Naef.

309 Il s'agit notamment des Pactes I et II de l'ONU, de la convention CEDEF et de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

tègent la personnalité (art. 27 ss CC et art. 328 et 336 CO) ainsi que l'interdiction des contrats illicites et contraires aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO).

Les personnes lésées peuvent, en saisissant les voies de droit ordinaires, demander aux tribunaux administratifs, civils et pénaux de faire appliquer ces normes. En la matière, les procédures de conciliation et de médiation du droit civil ainsi que le travail des centres de consultation et des bureaux de l'égalité dans les différents domaines de la protection contre la discrimination jouent néanmoins un rôle tout aussi important, si ce n'est plus, que les tribunaux.

2. Importance des instruments juridiques dans la pratique[310]

Les deux tableaux suivants montrent l'importance que revêtent les lois et les normes dans la pratique, ainsi que le taux de réussite des actions en justice, les chiffres se rapportant aux 453 décisions et arrêts que les autorités judiciaires nous ont transmis (le taux de réponse étant de 65 %)[311].

	Nombre de décisions	*Demande admise*[312]	*Taux de réussite*
Art. 8, al. 2, Cst.	87[313]	23	25 %
LEg	72[314]	38	55 %
LHand	58[315]	25	45 %
CC et CO	3[316]	3	100 %

Tableau n° 16 : Taux de réussite des causes fondées sur l'art. 8, al. 2, Cst, la LEg, la LHand et le CC ou le CO.

Le tableau suivant présente le taux de réussite des procédures fondées sur l'art. 261bis CP que les tribunaux ont transmises au CSDH dans le cadre de cette étude. Ce taux s'écarte des résultats de l'analyse statistique des affaires enregistrées dans la base de données de la CFR[317], en

310 Ch. 2 du postulat Naef.

311 Pour l'écart entre le nombre de décisions reçues aux fins d'analyse et le nombre de décisions retenues dans les tableaux 16 et 17 et servant au calcul du taux de réussite, veuillez consulter les notes qui se rapportent à ces deux tableaux. Signalons en outre que les autorités judiciaires nous ont transmis plus d'une trentaine de causes qui n'avaient manifestement aucun rapport avec la discrimination.

312 Comprend les demandes entièrement ou partiellement admises.

313 Les tribunaux nous ont aussi transmis cinq décisions de non-entrée en matière.

314 Les tribunaux ont transmis un total de 143 décisions. Le calcul du taux de réussite ne tient pas compte des conciliations, des autorisations de procéder, des décisions de non-entrée en matière et des décisions de classement.

315 Nous avons aussi reçu une décision de classement et une décision de non-entrée en matière.

316 Nous avons aussi connaissance de sept arrêts publiés depuis 1990, mais ces chiffres sont trop faibles pour calculer un taux de réussite statistiquement significatif.

317 Pour la période allant de 1995 à 2013, la CFR parvient aux taux suivants : 51 % des arrêts sont des condamnations. Si l'on ne retient que les causes dans lesquelles les tribunaux se sont prononcés sur le fond, le taux de condamnation atteint 84 % (cf. http://www.ekr.admin.ch/services/f277.html, consulté le 29 juin 2015). La statistique de la CFR se fonde sur les décisions que les autorités cantonales (tribunaux et ministère public) communiquent au Service de renseignement de la Confédération en vertu de l'ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales

raison de la différence entre cette étude et la base de données de la CFR en ce qui concerne le nombre de causes analysées et la période retenue, de sorte qu'il ne faut pas le sur-interpréter.

	Nombre de décisions[318]	*Condamnations ou demandes admises*[319]	*Taux de réussite*
Art. 261bis CP	72		
Arrêts rendus sur la base de l'art. 261bis CP	57	41	70 %[320]
Recours présentés contre les ordonnances du ministère public se rapportant à l'art. 261bis CP	16	6	40 %[321]

Tableau n^{o} 17 : Taux de réussite des arrêts rendus sur la base de l'art. 261bis CP

3. Obstacles à la mise en œuvre[322]

Les spécialistes des centres de consultation supposent que seul un petit nombre de cas de discrimination finit réellement devant les tribunaux. Nos recherches ont montré que ce fait est à attribuer à divers facteurs – qui agissent à différents niveaux –, et notamment aux suivants :

- *Manque de sensibilisation et d'information :* les victimes et les centres de consultation ne savent pas, ou ne savent que vaguement, quels actes de discrimination sont répréhensibles, c'est-à-dire quand il serait possible d'intenter une action en justice contre l'auteur de la discrimination, la complexité du droit n'étant pas étrangère à cette difficulté. Nous avons constaté que ces problèmes se posent, à des degrés certes divers, dans tous les domaines de discrimination examinés[323]. Le nombre extrêmement faible de causes tranchées sur la base du CC et du CO invite à conclure que les centres de consultation et même une partie des études d'avocats sont particulièrement peu au fait des possibilités qu'offrent ces lois.
- *Insuffisance des ressources financières et des effectifs des centres de consultation :* ce manque se fait sentir partout, mais particulièrement pour le domaine LGBTI, qui ne bénéficie d'aucun financement public.
- *Difficulté d'intenter une action en justice :* de nombreux facteurs peuvent dissuader la victime d'introduire une action ou un recours ou, lorsque la tentative de conciliation prévue par la LEg a échoué, de saisir la justice civile. Citons notamment la crainte des conséquences négatives (comme la perte de l'emploi), l'issue incertaine du procès, les coûts relativement éle-

(RS 312.3). Toutefois, cette ordonnance ne régit pas expressément les décisions de non-entrée en matière, de sorte que la CFR ne tient compte, pour son analyse, que d'un très petit nombre de ces décisions. Cf. les explications de l'étude thématique n^{o} 6, chap. II.2.1.

318 Le CSDH a reçu un total de 101 affaires, dont 72 se rapportaient à l'objet de l'étude et étaient exploitables.

319 Il s'agit, pour les jugements, de condamnations et, pour les recours présentés contre les ordonnances du ministère public, de demandes admises.

320 Taux de condamnation.

321 Taux d'admission des recours contre les ordonnances du ministère public.

322 Ch. 4 du postulat Naef.

323 Supra, ch. II.2.5.1 (genre) ; ch. II.3.6 (LGBTI), ch. II.4.5.1 (handicap) et ch. II.5.4.1 (racisme).

vés à la charge de la partie déboutée, les sanctions relativement faibles prononcées à l'encontre de l'auteur lorsque la victime a gain de cause (qui ne compensent pas les risques encourus) et, de façon générale, la rude épreuve que représente toute procédure judiciaire[324].

- *Absence de jurisprudence claire :* dans le domaine LGBTI, la jurisprudence sur la LEg fait pour ainsi dire entièrement défaut. S'il existe en droit civil une jurisprudence, peu abondante, certes, sur la protection contre la discrimination dans le monde du travail garantie par le CC et par le CO pour des domaines qui ne tombent pas dans les champs d'application de la LEg et de la LHand, il n'en existe en revanche pratiquement pas pour d'autres domaines de l'existence, comme le logement, la formation ou la protection contre les propos injurieux en public[325]. Ce manque de jurisprudence crée une grande insécurité juridique et diminue les chances d'avoir gain de cause.
- *Lacunes et faiblesses du droit matériel :* il s'agit en particulier ici de l'absence, dans le droit pénal, de norme réprimant les actes de dénigrement et la propagande haineuse fondés sur d'autres motifs que la race, l'origine ethnique et la religion ; de l'incertitude entourant la pertinence des dispositions générales du droit et des notions juridiques indéterminées pour d'importants domaines du droit privé[326] ; de l'absence quasi-totale de dispositions protégeant les personnes transgenres et, de façon générale, de l'hétérogénéité des règles applicables aux différents domaines de discrimination et du manque de cohérence qui en découle pour le droit suisse en matière de discrimination.
- *Obstacles procéduraux :* signalons en particulier à cet égard l'absence, pour les organisations, de qualité pour agir et pour introduire des recours à but idéal contre les discriminations dont sont victimes les personnes homosexuelles et bisexuelles ainsi que contre les discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique et la religion ; le fait que ni les discriminations dont sont victimes les personnes LGBTI ni celles fondées sur le handicap et la race dans le monde du travail ne bénéficient de la maxime inquisitoire atténuée (« sociale ») lorsque la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs ; le fait que le principe du renversement du fardeau de la preuve s'applique seulement au champ d'application de la Leg, et pas aux autres domaines ; enfin, mentionnons encore les possibilités de sanction limitées prévues par la LEg et par la LHand[327].

4. Comparaison avec d'autres ordres juridiques[328]

La présente étude n'avait pas pour tâche de se livrer à une comparaison détaillée du droit suisse et du droit européen. Il n'en est pas moins utile de comparer les dispositions suisses aux directives de l'UE, mais aussi à la loi-cadre allemande sur l'égalité, puisque cet exemple de transposition en droit interne provient d'un pays intéressant pour le débat qui a lieu en Suisse.

---

324 Supra, ch. II.5.4.1.

325 Supra, ch. II.7.

326 Idem.

327 Supra, ch. III.10.

328 Ch. 5 du postulat Naef.

4.1. Union européenne

L'UE a adopté quatre directives pour lutter contre la discrimination :

- La *directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* interdit toute discrimination fondée sur ces motifs, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, dans les domaines suivants : le travail, l'éducation et la formation, la sécurité sociale, les soins de santé, l'accès aux biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement (art. 3), sauf si la différence de traitement fondée sur la race ou l'origine ethnique constitue, « en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice [...], une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée » (art. 4, al. 1er). La directive, qui ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité (art. 3), interdit tant la discrimination directe – toute inégalité de traitement fondée sur la race ou l'origine ethnique – que la discrimination indirecte, à savoir l'application de critères apparemment neutres qui est susceptible d'entraîner un « désavantage particulier » pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée, à moins que cette inégalité soit objectivement justifiée par un but légitime et qu'elle soit proportionnée (art. 2). S'agissant de la protection juridique, la directive octroie aux organisations la qualité pour agir et pour recourir (art. 7) et adopte le principe du renversement du fardeau de la preuve, sauf en procédure pénale (art. 8).
- La *directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* s'applique certes uniquement, comme son nom l'indique, au monde du travail, mais vise néanmoins plusieurs critères de discrimination, à savoir la religion ou les convictions philosophiques et politiques, le handicap, l'âge ou encore l'orientation sexuelle (art. 1er). Tout comme la directive 2000/43/CE, elle interdit tant la discrimination directe que la discrimination indirecte (art. 2) et ne vise pas non plus les différences de traitement fondées sur la nationalité (art. 3, al. 2). Valable tant pour le secteur public que pour le secteur privé, elle régit l'accès à l'emploi – y compris en matière de promotion, – les conditions de travail, l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels et l'affiliation à un syndicat ou à une organisation professionnelle (art. 3). La directive précise aussi les conditions auxquelles des différences de traitement fondées sur l'âge sont justifiées. De plus, elle octroie la qualité pour agir et pour recourir aux organisations (art. 9, al. 2) et renverse le fardeau de la preuve (art. 10).
- La *directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services* – qui s'applique à tous les secteurs, à l'exception des questions relatives à l'emploi et au travail (art. 3, al. 4) – interdit notamment le harcèlement, sexuel ou lié au genre, et la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance pour autant que les données actuarielles et statistiques ne justifient pas des différences de cet ordre. Elle octroie la qualité pour agir et pour recourir aux organisations (art. 8, al. 3) et renverse le fardeau de la preuve (art. 9).
- La *directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail* interdit, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe pour l'ensemble des éléments et conditions de rémunération (art. 4) et proscrit toute discrimination dans les régimes professionnels de la

sécurité sociale (art. 5). Sa définition de la discrimination inclut le harcèlement lié au genre ou au sexe (art. 2, al. 2). Valable tant pour le secteur public que pour le secteur privé, cette directive régit l'accès à l'emploi – y compris en matière de promotion –, les conditions de travail, l'accès à la formation et au perfectionnement professionnels et l'affiliation à un syndicat ou à une organisation professionnelle (art. 14). Elle garantit en outre le droit de la femme de retrouver son emploi au terme du congé de maternité (art. 15). Enfin, elle octroie la qualité pour agir et pour recourir aux organisations (art. 17, al. 2) et renverse le fardeau de la preuve (art. 19).

Le délai accordé aux Etats membres pour transposer ces directives dans leur droit national est échu. Une proposition de « directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle », valable en dehors du domaine de l'emploi et du travail, est soumise à l'approbation du Conseil depuis 2008, le Parlement européen ayant modifié plusieurs aspects du projet présenté par la Commission. Cette proposition ne sera cependant pas adoptée dans un avenir proche.

Le droit suisse affiche quelques différences de taille par rapport au droit européen. Si l'art. 8 Cst et la LEg contiennent bel et bien des garanties importantes en matière de discrimination fondée sur le sexe dans le monde du travail – garantie de l'égalité salariale, qualité pour agir et pour recourir des organisations et renversement du fardeau de la preuve –, de sorte que dans ces domaines, la protection assurée par le droit suisse est comparable à celle du droit européen, les normes suisses accusent toutefois pour le reste un retard certain sur les normes européennes, car ni la LHand, ni les dispositions du droit public et du droit privé interdisant la discrimination raciale ne prévoient d'allégement du fardeau de la preuve. De façon générale, le champ d'application des dispositions de droit privé réprimant les discriminations fondées sur le sexe (à l'exception du monde du travail) et les discriminations fondées sur les convictions philosophiques ou politiques, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle est plus vaste dans l'UE qu'en Suisse.

4.2. Loi-cadre allemande sur l'égalité

Pour la Suisse, la loi sur l'égalité adoptée en Allemagne en 2006 est intéressante en cela qu'elle se différencie à deux titres du droit suisse : non seulement le droit allemand réunit en un seul acte législatif les dispositions applicables à tous les domaines où se manifeste la discrimination mais, élément encore plus important, il contient des dispositions de droit privé détaillées régissant la protection contre ce phénomène.

Cette loi a ainsi pour but, en substance, d'empêcher ou de faire cesser toute inégalité de traitement fondée sur la race ou l'origine ethnique, le sexe, la religion ou les convictions philosophiques et politiques, le handicap, l'âge ou l'identité sexuelle (art. 1). Son champ d'application comprend le travail, la formation et le perfectionnement professionnels, la protection sociale – sécurité sociale et santé comprises –, les avantages sociaux, l'éducation et l'accès à des biens et services destinés au public ainsi que la fourniture de ces biens et services, et notamment le logement (art. 2). Les définitions de la discrimination données par la loi (art. 3) reprennent celles du droit européen. La loi allemande décrit de façon détaillée les situations dans lesquelles des inégalités de traitement fondées sur les exigences professionnelles, la religion et les convictions philosophiques ou politiques sont discriminatoires (art. 8 à 10) ; dans le domaine du droit civil, elle précise ce qu'il faut entendre par inégalité de traitement et les motifs objectifs qui justifient une telle inégalité (art. 19 et 20). L'art. 4 de la loi propose une approche intéressante de la pro-

tection contre les discriminations multiples : il dispose en effet qu'une inégalité de traitement fondée sur divers motifs illégitimes ne présente pas de caractère discriminatoire si et seulement si l'argument avancé pour la justifier est valable pour tous ces motifs. La loi consacre le principe du renversement du fardeau de la preuve (art. 22) et octroie aux organisations la qualité pour agir et pour faire recours (art. 23). Enfin, elle crée un service fédéral général contre la discrimination (art. 25 à 30).

A bien des égards, le droit allemand assure une protection plus poussée que le droit suisse ; c'est notamment le cas des dispositions détaillées du droit privé, du principe du renversement du fardeau de la preuve, de la qualité pour agir et pour recourir des organisations ainsi que de la réglementation explicite de la discrimination multiple.

4.3. Avantages et inconvénients

L'analyse des avantages et inconvénients des approches adoptées par le droit suisse et par le droit européen ou allemand dépend manifestement de l'aune à laquelle on les mesure. Si on prend comme référence une protection optimale contre la discrimination, il est incontestable que les modalités de cette protection seront plus efficaces si les principes du droit matériel et les règles procédurales sont sinon identiques du moins semblables dans tous les domaines concernés, c'est-à-dire si la législation régit la totalité des principaux motifs de discrimination, donne une définition abstraite identique ou similaire de la discrimination, quel qu'en soit le motif, et formule des règles de procédure essentielles – comme l'allégement du fardeau de la preuve et la qualité pour agir et pour recourir des organisations – pour tous les motifs de discrimination. Il est ainsi notamment plus facile de lutter efficacement contre la discrimination multiple. Regrouper toutes les dispositions applicables en une seule et même loi ou dans un nombre réduit de lois simplifie les conseils aux victimes ; quant à la création d'un bureau central contre les discriminations, en lieu et place de plusieurs services, elle peut s'avérer plus efficace et moins coûteuse. Les directives de l'UE et leur mise en œuvre dans une loi-cadre contre la discrimination – comme la loi sur l'égalité de l'Allemagne – sont en cela plus convaincantes que la législation suisse cloisonnée, aux réglementations variant d'un motif de discrimination à l'autre.

A l'inverse, les atouts du droit suisse résident dans l'inscription de la prohibition de la discrimination dans la Constitution fédérale et dans l'adoption de lois spécifiques, comme la LEg et la LHand, qui peuvent mieux s'adapter aux particularités de chaque type de discrimination qu'une loi-cadre. L'expérience montre par ailleurs que les organisations et les centres de consultation s'identifient fortement à ces lois spécifiques, et acquièrent des compétences pointues dans ces domaines. Pour autant, ces avantages ne sauraient dissimuler les diverses faiblesses et lacunes dont souffrent le droit matériel et le droit procédural suisse.

5. Recommandations

Sur la base de ces conclusions, nous formulons les recommandations suivantes pour une protection optimale contre la discrimination[329] :

- *Législation :* le droit suisse contre la discrimination présente à la fois de nombreux atouts et diverses faiblesses et lacunes. Ainsi, l'art. 261bis CP ne permet pas de réprimer la pro-

[329] Pour des conclusions et recommandations plus détaillées, voir les études thématiques en lien avec chaque sujet.

pagande haineuse ni les actes de dénigrement xénophobes lorsque ceux-ci ne se fondent pas sur l'appartenance à une ethnie ou à une religion concrète, mais sur la nationalité ou le statut juridique de l'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.)[330]. La misogynie et l'hostilité envers les personnes LGBTI qui ne prennent pas pour cible un individu, mais un groupe, ne sont pas non plus punissables. En dépit de la jurisprudence, qui souligne l'importance des dispositions du droit civil protégeant la personnalité (art. 27 ss CC et art. 328 et 336 CO), et de l'interdiction des contrats contraires au droit impératif, aux mœurs ou à l'ordre public (art. 19 et 20 CO), l'incertitude reste grande en droit privé lorsque la LEg et la LHand ne contiennent pas de normes spécifiques à la discrimination en question ou ne sont pas applicables, car une telle discrimination ne tombe pas dans leur champ d'application. En droit procédural, trois problèmes principaux se posent : l'absence, pour les organisations, de la qualité pour agir et pour déposer des recours à but idéal contre les discriminations dont sont victimes les personnes homosexuelles et bisexuelles ainsi que contre les discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique et la religion ; l'absence d'allégement du fardeau de la preuve dans les procédures de droit public et de droit privé (à l'exception du champ d'application de la LEg) ; enfin, les possibilités de sanction, jugées insuffisantes. Bien qu'il soit tout à fait possible de faire valoir plusieurs motifs de discrimination dans une procédure régie par le droit public ou par le droit civil, il est très difficile d'intenter une action pour discrimination multiple en raison des différences entre les dispositions régissant chacun des motifs. Même si cette étude n'avait pas pour mission d'élaborer des propositions de réforme détaillées, les résultats auxquels elle parvient nous permettent de recommander d'examiner en particulier les suggestions suivantes, dans l'optique de rendre le droit suisse contre la discrimination plus cohérent, d'améliorer la sécurité juridique et, de façon générale, de renforcer la protection contre la discrimination :

- Inscrire la *prohibition de la discrimination dans une norme de droit privé* qui viendrait compléter les art. 27 ss CC relatifs à la protection de la personnalité et qui se fonderait sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, ou la remplacerait dans les domaines où la Cour suprême ne s'est pas prononcée. Etant donné que la jurisprudence dans ce domaine est soit inexistante, soit peu abondante, soit manifestement inconnue, l'inscription dans le code civil d'une norme explicite qui n'irait pas au-delà, ou guère au-delà, de ce que le Conseil fédéral estime déjà être garanti par le droit civil contribuerait substantiellement à sensibiliser toutes les parties au concept de discrimination dans les rapports entre particuliers et faciliterait ainsi l'accès à la justice pour les victimes. L'exemple de la loi-cadre sur l'égalité adoptée par l'Allemagne montre qu'il est en soi possible de trouver en droit civil aussi des solutions qui garantissent un équilibre entre la protection de la personnalité et le principe de l'autonomie privée.
- Améliorer le statut juridique des personnes transgenres.
- Etendre le champ d'application de la norme pénale contre le racisme à la propagande haineuse et aux actes de dénigrement xénophobes envers certaines nationalités ou certaines personnes du fait de leur statut d'étranger (requérant-e d'asile, réfugié-e, etc.).

[330] Supra, ch. II.5.1.1.

- Etendre le droit d'agir à but idéal des organisations dans les procédures civiles et leur droit de recourir dans les procédures administratives à tous les domaines du droit antidiscrimination.
- Etendre la maxime inquisitoire atténuée (« sociale ») à d'autres domaines du droit en matière de discrimination (et notamment au champ d'application de la LHand).
- Adopter le principe de l'allégement du fardeau de la preuve (présomption de l'existence d'une discrimination lorsque celle-ci est rendue vraisemblable) pour tous les cas de discrimination dans les procédures de droit civil et de droit public.
- Durcir les sanctions dans les domaines où le droit en vigueur, comme la LEg, est plus restrictif que les règles ordinaires.

- *Règlement extrajudiciaire des litiges :* les procédures judiciaires représentent une dure épreuve pour les parties prenantes, leur issue est incertaine, elles peuvent être onéreuses et ne permettent souvent pas d'annuler la discrimination subie ou d'aboutir à une réparation réelle. Dans bien des cas, les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges, et notamment la conciliation, sont plus efficaces pour résoudre des différends liés à la discrimination. Dès lors, il y a lieu de les renforcer et d'en promouvoir l'usage, dans la mesure où ils n'existent pas déjà, comme c'est le cas dans la LEg et dans le code de procédure civil (art. 197 ss CPC). Nous recommandons en particulier d'examiner s'il serait utile d'instituer une autorité de médiation et de conciliation pour les conflits relevant de la discrimination raciale.
- *Sensibilisation* de toutes les parties : si la mise en œuvre du droit en matière de discrimination laisse à désirer, c'est en grande partie parce que tant les auteurs que les victimes et aussi, en partie du moins, les centres de consultation, les études d'avocats et les tribunaux ne sont pas suffisamment sensibilisés aux problèmes de discrimination et connaissent mal les dispositions applicables[331]. Le potentiel du droit privé, et en particulier des garanties de la protection de la personnalité (art. 28 CC) et de la qualité pour agir des organisations (art. 89 CPC), n'étant manifestement pas entièrement exploité, il y a lieu d'adopter des mesures de formation et de sensibilisation et d'intensifier les efforts que divers services administratifs et organisations consentent déjà régulièrement dans ce domaine. Nous recommandons en particulier de vérifier si les personnes particulièrement marginalisées (comme les migrant-e-s) bénéficient des mesures de sensibilisation et si elles ont accès aux informations nécessaires.
- *Ressources :* il existe certes des centres de consultation et des centres spécialisés soutenus financièrement dans les domaines de l'égalité des sexes, de l'égalité des personnes handicapées et aussi, depuis la création des programmes d'intégration cantonaux (PIC), du racisme, mais certains d'entre eux ne disposent pas de suffisamment de ressources, de sorte que ce sont des bénévoles qui conseillent les personnes venues consulter. Ce problème est encore accentué dans le domaine LGBTI, du fait de l'absence de centre de consultation. Il y a lieu de vérifier de quelle manière il serait possible de combler ces lacunes. En particulier, il semble important de créer des centres de consultation publics – ou financés par les pouvoirs publics – spécialisés dans la défense des droits des personnes LGBTI et dotés d'un budget et d'effectifs suffisants.

[331] Cf. supra, ch. II.2.5.1.

- *Données :* dans certains domaines du moins, le manque de données disponibles réduit l'efficacité de la protection contre la discrimination. Les spécialistes estiment en effet que les cas non déclarés sont nombreux, notamment en ce qui concerne la violence domestique, le racisme et la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI, alors que l'on ne sait rien ou presque de la situation des personnes transgenres. Il y a donc lieu de voir comment systématiser la collecte des données relatives à la discrimination et la consolider.

Nous ne recommandons pas d'adopter une loi-cadre contre la discrimination qui régirait tous les domaines concernés et remplacerait les lois spécifiques en vigueur. En effet, notre étude montre clairement que ces domaines présentent des problématiques fort différentes et qu'il pourrait être difficile de concevoir des normes transversales qui tiendraient correctement compte de chacun d'entre eux. De plus, un projet législatif de ce genre risquerait de remettre en question les acquis et d'affaiblir des structures et des institutions de monitorage, de consultation et de soutien bien rodées. Il est en revanche indiqué d'harmoniser, jusqu'à un certain degré, les dispositions en vigueur dans les divers domaines concernés par la discrimination, de la façon que nous suggérons ci-dessus, afin d'améliorer la protection générale contre la discrimination et de permettre aux victimes de discriminations multiples de mieux faire valoir leur droit en justice.

En résumé, nous recommandons à la Confédération, dans le sillage notamment des interventions parlementaires et des projets législatifs relatifs à la discrimination, de mettre en route un *plan d'action* « Prohibitions de la discrimination » afin de poser un cadre cohérent pour les réformes et les révisions de loi portant sur les éléments et les champs d'action que nous venons d'énoncer.

LISTE DES TABLEAUX ET LISTE DES ANNEXES

Liste des tableaux

Tableau n° 1 : Vue d'ensemble des décisions relatives à la LEg 14
Tableau n° 2 : Classification des décisions prises dans le domaine de l'état civil/ de la situation familiale, de la grossesse et de la maternité 15
Tableau n° 3 : Vue d'ensemble des décisions relatives à la LHand 30
Tableau n° 4 : Classification des arrêts rendus en vertu du droit public 41
Tableau n° 5 : Classification des arrêts concernant des étrangers-ères 41
Tableau n° 6 : Vue d'ensemble de la qualité pour agir et pour recourir des organisations 57
Tableau n° 7 : Discrimination en raison de l'état civil, de la situation familiale, d'une grossesse ou d'une maternité : dépens et frais de procédure 71
Tableau n° 8 : Discrimination en raison du handicap : dépens et frais de procédure 71
Tableau n° 9 : Durée de la procédure d'affaires en lien avec l'état civil, la situation familiale, une grosse ou la maternité 78
Tableau n° 10 : Durée de la procédure d'affaires en lien avec un handicap 78
Tableau n° 11 : Durée de la procédure des affaires de discrimination raciale 79
Tableau n° 12 : Dommages-intérêts dans des affaires fondées sur l'état civil, la situation familiale, la grossesse ou la maternité 82
Tableau n° 13 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit civil 85
Tableau n° 14 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit administratif 86
Tableau n° 15 : Synoptique des règles procédurales examinées relevant du droit pénal 87
Tableau n° 16 : Taux de réussite des causes fondées sur l'art. 8, al. 2, Cst, la LEg, la LHand et le CC ou le CO. 95
Tableau n° 17 : Taux de réussite des arrêts rendus sur la base de l'art. 261bis CP 96

Liste des annexes[332]

Etude thématique n° 1 : Principes de la protection contre la discrimination

Etude thématique n° 2 : Sexe : analyse juridique

Etude thématique n° 3 : LGBTI : analyse juridique

Etude thématique n° 4 : Handicap : analyse juridique

Etude thématique n° 5 : Sexe, LGBTI et handicap : enquêtes sociologiques

Etude thématique n° 6 : Racisme : analyse juridique

Etude thématique n° 7 : Racisme : enquêtes sociologiques

Etude thématique n° 8 : Analyse de la jurisprudence

Etude thématique n° 9 : Enquête auprès des tribunaux

Etude thématique n° 10 : Enquête en ligne auprès des membres du barreau

Etude thématique n° 11 : Enquête en ligne auprès des centres de consultation

[332] A l'exception de l'étude no 6, les études thématiques ne sont disponibles qu'en allemand.

BIBLIOGRAPHIE ET LISTE DU MATERIEL CONSULTE

BIBLIOGRAPHIE

FREIVOGEL ELISABETH, Art. 3 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009.

GASSER DOMINIK & RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zurich et St-Gall 2010.

HAUSAMMANN CHRISTINA, Instruments contre la discrimination en droit suisse – Un aperçu (version résumée en français), sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH) et du Service de lutte contre le racisme, Berne 2008.

KAUFMANN CLAUDIA & STEIGER-SACKMANN SABINE (ÉD..), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009.

Kilias Laurent, Art. 247 ZPO, in : Heinz Hausheer & Hans Peter Walter, Berner Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Berne 2012.

KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABELLE & BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd. entièrement remaniée, Zurich, Bâle et Genève 2013.

LACHAT DAVID & THANEI ANITA, Mietrecht für die Praxis, 8e éd., Zurich 2010.

LANDSHUT NATHAN, Art. 313 StPO, in : Andreas Donatsch, Thomas Hansjakob & Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2010.

LIEBER VIKTOR, Art. 122 StPO, in : Andreas Donatsch, Thomas Hansjakob & Viktor Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2010.

NAGUIB TAREK, PÄRLI KURT, COPUR EYLEM & STUDER MELANIE (éd.), Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Berne 2014.

NAGUIB TAREK & ZANNOL FABIENNE, Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, Art. 171c MStG) : ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis, Recht 5/2006, pp. 161 ss.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, thèse d'habilitation présentée à l'Université de Saint-Gall, Berne 2009 [cit. : Liberté contractuelle].

PÄRLI, KURT, Missbräuchliche Kündigung : Sanktion wenig abschreckend, Plädoyer 3/11 du 30 mai 2011 – mis à jour le 4 octobre 2013, pp. 33 ss [cit. : Résiliation].

RAMSEYER JEANNE & MÜLLER CORINA, Une loi éprouvée, mais encore méconnue, AJP/PJA 11/2006, pp. 1337 ss.

RIEMER-KAFKA GABRIELA & UEBERSCHLAG JAKOB, Art. 5, in : Kaufmann Claudia & Steiger-Sackmann Sabine (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle 2009, pp. 153 ss.

SCHEFER MARKUS & HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Berne 2014.

STEINMANN GEROLD, Art. 29 BV, in : Ehrenzeller et coll., Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich et Saint-Gall 2014.

STERCHI MARTIN H., Art. 67 ZPO, in : Heinz Hausheer & Hans Peter Walter, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Berne 2012.

STUTZ HEIDI, SCHÄR MOSER MARIANNE ET FREIVOGEL ELISABETH, Evaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, Rapport de synthèse préparé sur mandat de l'Office fédéral de la justice, Berne et Binningen 2005.

TRECHSEL STEFAN & JEAN-RICHARD MARC, Art. 30 StGB, in : Stefan Trechsel & Marc Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2e éd., Zurich et Saint-Gall 2013 [cit. : commentaire pratique du CP, no X ad art. 30 CP].

UEBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GlG) – unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zurich, Bâle et Genève 2009 [cit. : discrimination à l'embauche].

VON WITZLEBEN THOMAZINE, EVALUATION DER WIRKSAMKEIT DES GLEICHSTELLUNGSGESETZES, LEGES 2006/3, PP. 103 SS.

PUBLICATIONS OFFICIELLES

BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIEN, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, ÜBEREINKOMMEN DER VEREINTEN NATIONEN ZUR BESEITIGUNG JEDER FORM VON DISKRIMINIERUNG DER FRAU (CEDAW) VOM 18. DEZEMBER 1979, BERLIN, NOVEMBRE 2007.

BUREAU FEDERAL DE L'EGALITE ENTRE FEMMES ET HOMMES (BFEG), La violence domestique dans la législation suisse, feuille d'information no 11, Berne 2012 [cit. : feuille d'information no 11].

COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL, Avant-projet et rapport explicatif du 26 mars 2015 sur l'initiative parlementaire « Egalité du partenariat enregistré et du mariage devant la procédure de naturalisation ».

COMMISSION FEDERALE CONTRE LE RACISME (CFR), Le droit contre la discrimination raciale, analyse et recommandations, avis de la CFR, Berne 2010 [cit. : CFR].

COMMISSION POUR L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES, FEASIBILITY STUDY – EQUAL ACCESS OF WOMEN TO JUSTICE, STRASBOURG, 28 MAI 2013, GEC (2013) VERSION ABREGEE REVUE du 6 novembre 2013.

CONSEIL FEDERAL, Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 265.

CONSEIL FEDERAL, Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835.

CONSEIL FEDERAL, Rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Hubmann 02.3142, FF 2006 3061.

CONSEIL FEDERAL, Rapport du Conseil fédéral en réponse à la motion Heim 09.3059 « Endiguer la violence domestique » du 28 janvier 2015.

HEIM BEA, Interpellation 09.3242 du 20 mars 2009 « Protection contre la discrimination ».

NAEF MARTIN, Postulat 12.3543 du 14 juin 2012 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

REYNARD MATHIAS, Initiative parlementaire 13.407 du 7 mars 2013 « Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle ».

SCHWAAB JEAN JACQUES, Motion 00.3268 du 13 juin 2000 « Discrimination raciale. Qualité pour agir ».

DECISIONS RELATIVES AUX NORMES DU CC ET DU CO PERTINENTES POUR LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION

ATF 129 III 35.

Arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes de Genève du 10 novembre 2005, reproduit dans JAR 2006, pp. 469-471.

Arrêt du tribunal des prud'hommes de Zurich, 2e chambre, du 13 janvier 2006, numéro de procédure AN 050401/U 1, reproduit dans JAR 2007, pp. 509-510.

Arrêt du tribunal d'arrondissement d'Arbon (TG) du 17 décembre 1990, reproduit dans la RSJ 87/1991, pp. 176-178.

Arrêt du tribunal d'arrondissement de Saint-Gall du 8 novembre 1999, reproduit dans JAR 2000, pp. 178-179.

Arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, reproduit dans JAR 1994, pp. 198-200.

Arrêt du tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne du 10 octobre 2005, numéro de procédure T 304.021563, reproduit dans JAR 2007, pp. 511-519.

ACTES LEGISLATIFS

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

Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

Code pénal du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM ; RS 321.0).

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

Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH ; RS 0.109).

Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108).

Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107)

Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101).

Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

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

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

Décret du 24 mars 2010 concernant les frais de procédure et les émoluments administratifs des autorités judiciaires et du Ministère public (Décret sur les frais de procédure, DFP ; RSB 161.12).

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

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

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

Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart ; RS 211.231).

Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

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

Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1).

Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG ; RS 834.1).

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

Ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales (RS 312.3).

Ordonnance du 17 mai 2006 sur le tarif applicable au remboursement des dépens (Ordonnance sur les dépens, ORD ; RSB 168.811).

Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'égalité pour les handicapés (OHand ; RS 151.31).

Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (OHand ; RS 151.31).

Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU ; RS 0.103.2).

Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU ; RS 0.103.1).