

Instruments contre la discrimination en droit suisse – Un aperçu

Version résumée



Christina Hausammann, humanrights.ch/MERS

Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, du Bureau fédéral de l'égalité pour femmes et hommes et du Service de lutte contre le racisme

Berne, Novembre 2008

Introduction

La critique selon laquelle l'ordre juridique suisse n'offre pas une protection suffisante contre la discrimination ne date pas d'hier. C'est ainsi que des enceintes internationales ont recommandé à plusieurs reprises à la Suisse de renforcer cette protection, notamment dans le domaine privé. La Suisse doit par ailleurs toujours plus affronter la comparaison avec les Etats de l'Union européenne, dont l'évolution en matière de protection contre la discrimination est très dynamique. Par ailleurs, depuis mars 2007, une intervention est en suspens aux Chambres fédérales ; elle demande une loi générale sur l'égalité de traitement¹.

Les explications ci-après donnent un aperçu des instruments légaux en vigueur pour la protection contre la discrimination.

Vue d'ensemble des lois anti-discrimination

La législation suisse dispose à ce jour des lois ci-après, qui ont expressément pour but, même si c'est de diverses manières, l'égalité de traitement ou la protection contre la discrimination :

- *la norme pénale contre la discrimination raciale* figurant dans le Code pénal (art. 261bis CP) ;
- *la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes* (loi sur l'égalité) ; et
- *la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées* (loi sur l'égalité pour les handicapés)

Dispositions du droit pénal visant à prévenir les discriminations en raison de l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse

Dans le contexte de la ratification de la Convention de lutte contre le racisme de 1993, une nouvelle norme interdisant la discrimination raciale a été ajoutée au Code pénal (CP).

Les faits constitutifs du délit ci-après ont été énumérés dans l'article 261bis CP et déclarés punissables :

- propagande raciste au sens le plus large (incitation publique à la haine et à la discrimination (al. 1), propagation d'idéologies discriminatoires et racistes en public (al. 2), organisation, encouragement ou participation à des actes de propagande incitant à la haine ou à la discrimination ou ayant pour objectif de propager des idéologies racistes et discriminatoires (al. 3) ;
- atteinte publique à la dignité humaine par abaissement et discrimination par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait (al. 4, 1^{ère} partie de phrase), de même que par négation, minimisation ou justification publiques de génocide ou d'autres crimes contre l'humanité al. 4, 2^e partie de phrase) ;
- refus d'une prestation proposée publiquement pour des raisons de discrimination raciale (al. 5)

Dans le cas d'attaques directement motivées par le racisme, c'est surtout l'interdiction d'injure raciste, de moquerie, de vexation et de voies de fait à motif raciste au sens de l'alinéa 4 qui s'applique. A condition toutefois que les déclarations et les actes soient perçues par des

¹ 07.422 – Initiative parlementaire Paul Rechsteiner. Loi générale sur l'égalité de traitement.

tiers. L'alinéa 5 protège contre le refus d'une prestation pour des raisons liées à la discrimination raciale.

Tous les délits mentionnés sont punis d'une privation de liberté allant jusqu'à 3 ans ou d'une amende. Le Code pénal militaire contient une disposition ayant la même teneur à l'article 171c².

La discrimination raciale est un délit poursuivi d'office et, de ce fait, elle doit être poursuivie pénalement par les autorités dès que celles-ci ont eu connaissance d'un incident de ce genre, même contre la volonté de la victime.

Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité ; LEg)

La LEg a pour but de promouvoir *dans les faits l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle* (art. 1). Elle protège tant les hommes que les femmes des actes discriminatoires : ni le sexe, ni l'état civil, la situation familiale ou, lorsqu'il s'agit de femmes, une grossesse ne doit donner lieu à une inégalité de traitement directe ou indirecte. Les mesures spécifiques destinées à réaliser l'égalité effective ne constituent pas une discrimination, si elles sont appropriées (art. 3).

La LEg interdit toute discrimination d'hommes ou de femmes dans le cadre des rapports de travail de droit public ou de droit privé en matière d'embauche, de répartition des tâches, d'aménagement des conditions de travail, de rémunération, de formation professionnelle et de formation continue, de promotions et de licenciement.

Elle prévoit des droits contre le harcèlement sexuel. Diverses mesures facilitent l'exercice de ces droits (notamment : allègement du fardeau de la preuve, droit de recours des associations, protection limitée dans le temps contre le licenciement, gratuité de la procédure),

Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés ; LHand)

La loi sur l'égalité pour les handicapés crée des conditions propres à faciliter aux personnes handicapées la participation 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. 1). Elle oblige la Confédération et les cantons à prendre les mesures nécessaires à cet effet. Ils doivent tenir compte des besoins spécifiques des femmes handicapées.

La loi règle notamment l'élimination des inégalités en matière d'accès aux bâtiments et aux transports publics, aux logements et aux bureaux, de prestations des services publics et des entreprises concessionnaires ainsi que de formation professionnelle et de formation continue. Elle interdit la discrimination dans le cadre de prestations fournies par des particuliers. Le droit à l'élimination d'une inégalité n'est pas donné lorsque l'avantage que les personnes handicapées pourraient en attendre est disproportionné par rapport aux coûts économiques afférents ou à d'autres intérêts. Pour faciliter l'application des prétentions, la loi prévoit le droit de recours des associations et la gratuité de la procédure.

La loi oblige par ailleurs la Confédération, en sa qualité d'employeur, à garantir l'égalité de traitement des personnes handicapées, notamment en encourageant l'embauche des personnes handicapées (art. 13). S'agissant des rapports d'embauche privés, la loi ne prévoit pas de prétentions. Elle dispose seulement que le Conseil fédéral peut réaliser ou encourager des essais pilotes d'une durée limitée afin de tester des systèmes d'incitation pour l'occupation de handicapés.

² Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0).

Normes du droit privé contre la discrimination?

Autonomie privée versus égalité de traitement

Hormis les dispositions précitées, il n'existe pas d'autres règles interdisant de manière spécifique la discrimination entre particuliers dans le cadre des rapports de travail ou de bail ou bien encore dans le domaine des prestations de service.

Mais d'autres dispositions du droit civil peuvent aussi offrir une protection contre la discrimination. C'est ainsi qu'un contrat ne doit pas être contraire à l'ordre public, aux mœurs ni aux droits attachés à la personnalité (art. 10 CO). Les contrats qui contreviennent au droit contraignant ou contre les bonnes mœurs sont nuls (art. 20 CO). Il est également interdit de profiter de la partie contractante la plus faible en exploitant la situation de détresse, l'inexpérience ou la légèreté de celle-ci.

Protection de la personnalité comme principal instrument de lutte contre la discrimination pour les particuliers dans le droit civil (art. 28 CC)

La doctrine se réfère à l'art. 28 CC comme principal instrument du droit privé pour la protection contre la discrimination. Quiconque est blessé dans sa personnalité de manière illicite peut aller devant les tribunaux pour se protéger. Cependant les inégalités de traitement ne sont pas toutes contraires à la protection de la personnalité. Ce n'est que lorsque l'inégalité résultant d'une différence de traitement a pour but ou pour conséquence un *abaissement ou une exclusion* qu'il y a violation de la personnalité.

Cette violation doit être dirigée contre une personne *bien déterminée*. On ne peut pas aller en justice pour des insultes dirigées par exemple contre des homosexuels en invoquant la protection offerte par le Code civil, tant qu'il n'est pas possible de prouver qu'une personne bien précise a subi un préjudice de ce fait.

Si une personne est atteinte dans sa personnalité, elle peut demander de faire cesser ou supprimer cette atteinte et, si le trouble que celle-ci a créé subsiste, d'en constater le caractère illicite (art. 28 CC). Si elle a encouru des frais ou subi un dommage quelconque du fait de cette atteinte, elle peut en outre demander réparation du tort moral et des dommages-intérêts. La preuve de l'atteinte à la personnalité doit être apportée par la personne lésée (règle générale de la preuve de l'art. 8 CC).

Protection de la personnalité du salarié selon le droit du contrat de travail

Aux termes de l'art. 328 CO, l'employeur « protège et respecte la personnalité du travailleur, il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. ».

En l'occurrence, la jurisprudence du Tribunal fédéral part du principe selon lequel il n'y a atteinte à la personnalité que si l'inégalité de traitement provoque un abaissement.

L'art. 328 CO exige que l'employeur prenne des mesures effectives pour protéger l'employé contre des discriminations de la part de supérieurs hiérarchiques et d'autres personnes avec lesquelles il est en contact dans son travail (par ex. la clientèle). L'art. 321d CO, qui donne à l'employeur le droit d'établir des directives vis-à-vis de ses employés, a pour but de garantir que certains d'entre eux ne soient pas exclus, harcelés ou maltraités en raison de leur origine, de leur sexe, de leur âge ou en raison d'un handicap. L'art. 6 de la loi sur le travail³ du droit public renferme aussi une obligation de protection analogue.

Depuis quelque temps, on fait également découler de la protection de la personnalité au sens de l'art. 328 CO l'obligation de protéger la personnalité de la personne en quête d'un emploi et d'éviter toute attitude discriminatoire dès la procédure de candidature.

L'atteinte à la personnalité due à un manque de protection de la part de l'employeur constitue une violation du contrat et peut être dénoncée devant un tribunal de prud'hommes⁴. L'employeur répond du dommage qui s'ensuit lorsqu'il n'a pas respecté son devoir de protection. Quiconque est blessé dans sa personnalité a droit à une réparation pour tort moral, mais uniquement pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie (art. 49 CO).

Protection contre le licenciement

Selon l'ordre juridique suisse, il ne faut pas de raison particulière à un licenciement. La liberté de licenciement n'est limitée que par l'interdiction de licenciement abusif qui figure à l'art. 336 CO. Un licenciement doit être considéré comme abusif s'il est donné « pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie » ou « en raison de l'exercice par l'autre partie d'un droit constitutionnel ». Ces dispositions permettent de considérer et d'interdire les licenciements donnés pour les motifs de discrimination énumérés dans l'art. 8 Cst. (origine, âge, style de vie, etc.).

S'il y a licenciement abusif, l'employeur doit verser une indemnité qui est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne doit toutefois pas dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire (art. 336a CO).

Le principe de la bonne foi comme disposition supplétive contre la discrimination

Le principe de la bonne foi offre, le cas échéant, une autre possibilité d'agir contre la discrimination : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi » (art. 2 CC). Ce principe garantit que dans toutes les relations contractuelles on pourra faire confiance à l'autre partie contractante, et qu'elle se comportera de manière loyale et objective, conformément aux termes du contrat. Le droit du bail à loyer se réfère explicitement à ce principe : lorsqu'un bail est résilié contre toute bonne foi, ce congé peut être attaqué (art. 271 CO).

Les conséquences juridiques varient en fonction des rapports contractuels. Par principe, quiconque cause un dommage de manière illicite est tenu de le réparer. Celui qui fait valoir un dommage doit en donner la preuve (art. 41 ss CO).

³ Loi sur le travail, (RS 822.11) cf. aussi art. 2, ordonnance 3

⁴ Voir ATF 132 III 257.

Discrimination dans le cadre d'un refus de prestations

Quiconque se voit refuser une prestation pour des motifs discriminatoires ne peut se défendre que dans la mesure où il y a atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 CC. Autrement, un prestataire de services peut librement décider qui il entend accepter comme client. S'il refuse une prestation à un client pour des motifs discriminatoires, il risque toutefois une procédure pénale pour violation de l'art. 261^{bis}, al. 5, CP. S'il refuse une prestation à quelqu'un en raison d'un handicap, il peut, le cas échéant, être tenu de verser un dédommagement. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, on ne peut exiger dans les autres cas la signature d'un contrat (de prestations) que dans des circonstances très particulières.