

Synthèse

Le droit contre la discrimination raciale

Analyse et recommandations

Avis de la Commission fédérale contre le racisme CFR

Berne, décembre 2009

Délai de rédaction, 30 septembre 2009

Editeur	Commission fédérale contre le racisme CFR
Texte de la version intégrale	Tarek Naguib, avec la participation de Samantha Besson, Marco Mona, Carmel Fröhlicher-Stines, Doris Angst et Kathrin Buchmann
Rédaction de la synthèse	Kathrin Buchmann
Traduction des synthèses	Nadine Cuennet Perbellini ; Jean-François Cuennet (français) Sandra Verzasconi (italiano)
Graphisme page de titre	Monica Kummer Color Communications (Zoug)
Téléchargement (PDF)	http://www.ekr.admin.ch/dokumentation/
Pour commander une version imprimée	Secrétariat de la CFR, SG-DFI CH-3003 Berne Tél. +41 31 324 12 93 Fax. +41 31 322 44 37 Courriel : ekr-cfr@gs-edi.admin.ch www.ekr.admin.ch

Reproduction autorisée avec mention de la source ; copie à la CFR.

Table des matières

But et destinataires	4
1 Etat actuel du droit	4
2 Carences de l'ordre juridique actuel	5
3 Recommandations de la CFR	19

But et destinataires

Selon le mandat qui lui a été octroyé par le Conseil fédéral, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) s'occupe de discrimination raciale et s'emploie à promouvoir une meilleure entente entre les personnes de « race », couleur, origine, provenance ethnique ou nationale et religion différentes. Elle conseille le Conseil fédéral et les départements en participant à des procédures de consultation, en menant des consultations, en émettant des recommandations et en rédigeant des expertises et des avis. Elle se tient aussi à la disposition des autorités cantonales et communales et des particuliers pour les conseiller. Elle combat toute forme de discrimination raciale directe ou indirecte et attache une importance toute particulière à la prévention pour que celle-ci soit efficace.¹

Dans son avis exhaustif intitulé « Le droit contre la discrimination raciale. Analyse et recommandations », la CFR examine le droit existant pour savoir s'il permet de combattre la discrimination raciale et formule des recommandations (vous trouverez l'avis complet en allemand sur le site de la CFR à l'adresse www.ekr.admin.ch). Dans le présent rapport, la CFR utilise le terme de discrimination raciale. Elle entend par là, toute forme d'inégalité de traitement, de propos ou d'actes de violence dont l'effet est de rabaisser, de manière à porter atteinte à leur dignité humaine, des personnes en raison de la couleur de leur peau, de leur appartenance à une ethnie, de leur origine, de leur nationalité, de leur statut juridique, de leurs convictions religieuses, de leur mode de vie (gens du voyage, p. ex.) ou de leur langue, de les diffamer en tant que groupe, ou de les défavoriser d'une autre manière sans juste motif.

Dans la présente synthèse, la CFR fait un tour d'horizon des carences qu'elle a identifiées dans notre ordre juridique et présente ses recommandations.

Cet avis a pour but de lancer le débat politique sur l'importance du droit comme instrument de protection contre la discrimination raciale et de l'enrichir en apportant des éléments de fond. Il s'adresse en particulier aux acteurs politiques, afin qu'ils puissent se forger une opinion sur les mesures législatives qui s'imposent.

1 Etat actuel du droit

L'ordre juridique suisse contient des dispositions pénales qui interdisent la discrimination en raison de l'appartenance « raciale », ethnique et religieuse (art. 261^{bis}, Code pénal [CP] ; art. 171c, Code pénal militaire, [CPM]). Tant les interdictions du droit international (droits de l'homme) que celles de la Constitution (droits fondamentaux) s'opposent aux *actes de discrimination raciale commis par l'Etat* en raison de l'appartenance ethnique, de la « race », de

¹ Cf. le mandat de la CFR sur le site <http://www.ekr.admin.ch/org/00059/index.html?lang=fr>.

la religion, de l'origine, de la langue et du mode de vie (art. 8 al. 2 Constitution fédérale [Cst.]²). D'ordinaire, *la protection juridique contre la discrimination raciale entre particuliers* est moins étendue que les mesures protégeant les victimes de discrimination de la part de l'Etat. Abstraction faite des interdictions de la discrimination du fait de l'appartenance « raciale », ethnique ou religieuse prévues par le droit pénal, aucune disposition du droit privé ni du droit administratif relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique (à certaines exceptions près) n'interdit expressément la discrimination raciale dans les rapports entre particuliers. Néanmoins, l'art. 35 al.1 en relation avec l'al.3 Cst. précise que les interdictions constitutionnelles de discrimination doivent s'appliquer à l'ensemble de l'ordre juridique et, partant, indirectement aux relations qui lient les particuliers entre eux, principalement par la voie de l'interprétation au cas par cas des dispositions d'ordre général du droit privé, du droit pénal et du droit administratif relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique. Ces interdictions d'ordre constitutionnel déploient leur effet indirect par le biais de l'interprétation des normes suivantes (l'énumération n'est pas exhaustive) : droit de la personnalité (art. 27 et 28 du Code civil [CC]) ; principe de la bonne foi / interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC) ; bonnes mœurs ; droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique. Il est toutefois permis de se demander dans quelle mesure on peut déduire de ces notions juridiques indéterminées du droit privé un *principe général de non-discrimination* applicable aux actes relevant de ce même droit commis dans certains domaines de l'existence. Du fait de l'absence de jurisprudence, le champ d'application, le niveau de justification, les conséquences juridiques et les règles de mise en pratique de ces notions juridiques et clauses générales ne sont pas encore définis avec précision.

2 Carences de l'ordre juridique actuel

La Suisse ne dispose pas d'un arsenal juridique complet et cohérent pour lutter contre la discrimination raciale. Dans d'autres pays, comme les Etats-Unis, le Canada et certains Etats de l'Union européenne, le droit est plus développé. L'analyse détaillée de la CFR met en évidence le manque d'efficacité de l'ordre juridique suisse du fait de ses nombreuses carences, que l'on peut classer en trois groupes :

1. Lacunes dans l'interdiction de discriminer

Ni le droit privé ni le droit administratif n'interdisent expressément la discrimination raciale, ce qui est particulièrement problématique pour les contrats de travail, de bail et de fourniture de biens et services. En outre, les normes juridiques et clauses générales actuelles ne constituent guère une protection efficace contre la discrimination indirecte.

Des carences importantes sont aussi à déplorer du point de vue du droit international : la Suisse n'a pas ratifié le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des

² Le mode de vie des gens du voyage est considéré un mode de vie au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. (cf. aussi l'ATF 129 II 321).

droits de l'homme (CEDH) et n'a pas encore retiré les réserves formulées à l'égard de la Convention des Nations Unies contre la discrimination raciale (CERD) et de l'interdiction de discriminer inscrite dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU).

2. Caractère inapproprié des droits subjectifs et des sanctions

En droit privé et en droit administratif, les conséquences juridiques ne sont pas décrites avec une précision suffisante, de sorte que les voies de droit relevant de ces domaines ne sont pratiquement pas utilisées. Cette situation s'explique pour l'essentiel par les carences législatives signalées au point 1. Seules les conséquences juridiques des actes discriminatoires tombant sous le coup du droit pénal sont décrites sans équivoque.

3. Manque d'efficacité et d'efficience

L'application efficace des normes existantes bute contre de nombreux obstacles, notamment la longueur des procédures, les incertitudes qui entourent l'issue de la démarche et ses coûts, les problèmes d'accessibilité, le fardeau de la preuve et la peur des conséquences négatives. Il manque également des services de consultation, comme ceux qui existent en matière d'égalité entre femmes et hommes et d'égalité des personnes handicapées.

Concrètement, la CFR identifie 27 points faibles dans la lutte contre la discrimination raciale, présentés ci-dessous et illustrés par des exemples réels.

- 1. Carences dans la mise en œuvre des normes en matière de droits de l'homme :** les critiques que les organes de surveillance internationaux (Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Rapporteur spécial de l'ONU sur le racisme, Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), Convention européenne contre le racisme et l'intolérance [ECRI]) ont adressées à la Suisse à maintes reprises ces dernières années en raison des carences du droit contre la discrimination montrent bien que les institutions responsables de notre pays n'appliquent pas encore les conventions signées de façon tout à fait conforme au droit international.
- 2. Carences de la législation suisse en matière de droits de l'homme :** d'importantes conventions relatives aux droits de l'homme et s'appliquant à la discrimination ne sont pas encore en vigueur en Suisse. Notre pays n'a pas encore signé ni ratifié le protocole additionnel n° 12 (non-discrimination) à la CEDH. En outre, le Conseil fédéral n'a pas retiré la réserve à l'égard de l'art. 26 du Pacte II de l'ONU (principe de non-discrimination de portée générale), ni celles à l'égard de l'art. 2 al. 1 let. a et de l'art. 4 de la CERD.

3. Faiblesses du principe de non-discrimination et absence de mandat législatif : la Constitution fédérale ne prévoit pas de principe de non-discrimination dans les rapports qui lient les particuliers entre eux, ni ne donne mandat au législateur de prévoir des mesures juridiques contre la discrimination raciale.

4. Incertitudes entourant l'interdiction du refus de prestations discriminatoire : la formulation en allemand de l'élément constitutif du refus de prestations discriminatoire prête à confusion (art. 261^{bis} al. 5 CP). Selon l'énoncé allemand est punissable celui qui refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de l'appartenance « raciale », ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public et *offerte par lui-même*. L'élément constitutif du délit *offerte par lui-même* porte certaines autorités d'instruction et certains tribunaux à penser que seul le fournisseur de prestations et pas ses employés ou mandataires (portiers, agences, etc.) sont passibles de sanctions pénales lorsqu'ils refusent une prestation pour des motifs discriminatoires. Cette interprétation douteuse aboutit à des conséquences inévitables et inappropriées, ainsi qu'à des situations absurdes, comme le montre l'exemple suivant :

Exemple : le 22 juin 2004, deux jeunes Albanais du Kosovo voulaient se rendre dans une discothèque d'Egerkingen (canton de Soleure). Un des deux portiers postés à l'entrée leur a refusé l'entrée en leur signalant que, sur ordre de la direction, la présence de ressortissants des pays balkaniques dans le local était indésirable pour le moment. Les deux jeunes gens ont déposé une plainte pénale auprès de la police criminelle. Le 17 septembre 2007, le ministère public du canton de Soleure a classé la procédure contre le directeur de la discothèque, arguant du fait qu'il n'était pas prouvé qu'il avait donné au portier une instruction raciste, conformément aux motifs présentés par l'autorité de poursuite pénale. La procédure introduite contre l'un des portiers est elle aussi classée, car il n'aurait pas émis de propos racistes. Le ministère public a déposé plainte auprès du tribunal de district de Thal-Gäu (SO) contre l'autre portier. La cour l'a toutefois acquitté, au motif qu'il n'avait pas eu l'intention de commettre un acte discriminatoire à l'encontre des deux visiteurs. Elle a précisé que son acte était motivé par la sécurité du club et que l'offre de la discothèque n'était pas une prestation du portier, mais de son directeur. De la sorte, le portier pourrait au plus être condamné pour avoir prêté assistance à un refus de prestation d'ordre raciste. Toutefois, la condamnation pour complicité ne pouvait être envisagée dans le cas d'espèce, puisque l'exploitant n'était pas coupable de l'infraction principale.

5. Interprétation trop stricte des biens protégés « race », ethnie et religion : dans de nombreuses procédures, l'acquittement ou le non-lieu ont été prononcés par erreur, étant donné que les faits en question se rapportaient à des nationalités concrètes et non pas à une « race », à une ethnie ou à une religion précise et que les autorités compétentes se sont limitées à considérer que ces actes ne tombaient pas sous le coup des dispositions pénales interdisant la discrimination raciale. La CFR réfute cette conception : si la norme pénale est interprétée de cette manière, un acte de discrimination raciale pourrait rester impuni sous le prétexte de son (apparent)

rattachement à la *nationalité* ou au *statut juridique*. Souvent, les attaques ou autres actes discriminatoires motivés par la nationalité ou par le statut juridique sont des actes de discrimination raciale déguisés. En mentionnant la nationalité ou le statut juridique, ce n'est en effet pas le passeport ou la situation juridique que l'auteur de l'acte discriminatoire vise, mais bien l'aspect physique ou la culture (réelle ou supposée) de la victime.

Premier exemple : en 2006, le Ministère public compétent classe une procédure pénale ouverte à la demande de personnes provenant des Balkans auxquelles on avait refusé l'entrée dans un lieu public au motif que le refus d'accès ne lésait pas une catégorie de personnes protégées par l'art. 261^{bis} CP. Le procureur estimait que les « peuples balkaniques » ne pouvaient manifestement pas être rattachés à une communauté religieuse ou à une « race » et que l'on ne pouvait pas non plus les considérer comme une ethnie.

Deuxième exemple : le tribunal de district compétent met en doute le fait que la qualité de ressortissant de l'ex-Yougoslavie donne droit à la protection conférée par l'interdiction pénale de la discrimination raciale, étant donné que l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie se composait de diverses ethnies.

Dans de nombreux cas, les instances compétentes ont adopté une opinion nuancée :

Troisième exemple : « Dans certaines conditions, les actes (...) commis contre des catégories de personnes d'ordre purement juridique, comme les réfugiés ou les étrangers, pourraient tomber sous le coup du droit pénal, dans la mesure où cet exemple est utilisé comme synonyme d'autres ethnies ou « races » ».

- 6. Impunité en cas de fondation de sociétés racistes ou d'appartenance à celles-ci :** la fondation de sociétés racistes, le recrutement de membres et l'adhésion à celles-ci ne sont pas passibles de poursuites. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 52 al. 3 CC, les sociétés qui ont un but illicite ne peuvent acquérir la personnalité juridique. Par ailleurs, l'art. 78 CC permet au juge de prononcer la dissolution de sociétés dont le but est illicite, à la demande de l'autorité cantonale compétente. Il s'avère néanmoins que ces dispositions du droit civil ne sont pas suffisantes, et ce, pour trois raisons. La première est que, au niveau cantonal, les tribunaux compétents pour les procédures de dissolution ou l'autorité d'instruction ne peuvent être contraints, sur dénonciation d'un tiers, d'introduire une procédure judiciaire ou de mener une enquête. La deuxième est que le recrutement de membres et l'adhésion ne tombent pas sous le coup du droit civil. La troisième, enfin, est que la Convention contre la discrimination raciale exige une sanction pénale. Le droit international public demande des règles pénales. La Suisse doit édicter des dispositions légales qui interdisent toutes les organisations qui encouragent le racisme et la discrimination raciale ou incitent à les pratiquer. C'est ce que demande le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale dans ses observations finales d'août 2008 sur les quatrième, cinquième et sixième rapports

périodiques de la Suisse concernant la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Premier exemple : en mars 2002, le tribunal du district de la Veveyse à Châtel-Saint-Denis dissout l'association «Vérité et Justice». A partir de 2004, on note un net recul des activités de l'association. Son ancien président, le négationniste Jürgen Graf, qui a été condamné, n'est plus actif en Suisse. Depuis 2005, elle n'a plus de site Internet. En dépit d'indices relativement clairs, aucune autre procédure n'a été engagée jusqu'ici contre des sociétés à but raciste, alors que la dissolution a produit ses effets dans le cas que nous mentionnons ci-dessus, le seul à ce jour.

Deuxième exemple : en juillet 2005, le tribunal de district d'Aarau condamne cinq fondateurs du Parti des Suisses nationalistes (PSN) en raison du programme raciste de leur parti. En outre, cette même cour confirme le 30 janvier 2009 la condamnation prononcée en octobre 2007 à l'encontre de deux membres actuels et de trois anciens membres du comité en raison d'une version modifiée du programme du parti. En dépit de ces condamnations et d'autres condamnations prononcées contre certains membres pour avoir enfreint la norme pénale interdisant la discrimination raciale, les autorités d'instruction n'ont pas demandé au juge de prononcer la dissolution du parti (au sens de l'art. 78 CC).

- 7. Grande incertitude entourant le refus d'un logement ou d'un poste de travail** : une grande incertitude règne dans la jurisprudence et dans la doctrine quant à savoir si le refus de prestations – élément constitutif d'infraction – englobe aussi les offres de logements et d'emplois. Si l'on considère les informations de fond tirées des travaux législatifs (message du Conseil fédéral, procès-verbaux des séances des Chambres), il y a lieu de supposer que ces deux domaines ne rentrent pas dans le champ de l'interdiction. En conséquence, la protection contre la discrimination n'est pas suffisamment garantie dans ces domaines importants de l'existence, bien que la Convention contre la discrimination l'exige. Compte tenu de l'absence de dispositions expresses en droit privé, cette carence législative s'avère particulièrement problématique.

Exemple : dans le canton des Grisons, le Ministère public considère que le refus d'un poste n'est pas constitutif d'infraction, un poste n'étant en principe pas destiné à un usage public, « car l'auteur de l'offre se réserve à l'avance le droit de procéder à une sélection parmi les candidats ; la prestation – dans le cas d'espèce, un contrat de travail chez (...) – ne s'adresse qu'à un candidat ou à un cercle donné de candidats » (trad. CFR).

- 8. Symboles racistes échappant aux normes** : si, dans certaines circonstances, les alinéas 1 (incitation à la haine ou à la discrimination) et 2 (propagation d'idéologies racistes) de l'article 261^{bis} CP sur la discrimination raciale interdisent de faire du prosélytisme en utilisant des symboles racistes, le « simple » port en public de ces symboles n'est quant à lui pas punissable, bien que cela dénigre ou rabaisse gravement des personnes. Lancée par la conseillère fédérale Eveline Widmer-

Schlumpf, la consultation sur le projet de norme pénale contre l'utilisation publique, la distribution, la fabrication, l'entreposage, l'importation et l'exportation de symboles racistes s'est terminée en automne 2009. Le DFJP est en train d'analyser les réponses à la consultation. L'exemple ci-dessous illustre les carences actuelles du droit pénal :

Exemple : en 2002, l'autorité de poursuite prononce un non-lieu dans une procédure engagée dans le canton de Zurich contre un prévenu qui avait envoyé un SMS avec une croix gammée – qu'il avait dessinée lui-même – à une plate-forme de messagerie instantanée du télétexte. Elle estime que la représentation ou le port de ce symbole n'est punissable que s'il s'associe à d'autres actes ou propos racistes (commis ou prononcés aussi en public).

- 9. Incertitudes entourant la portée des dispositions de droit privé** : le droit privé suisse (Code civil et Code des obligations) ne contient aucune interdiction explicite de la discrimination raciale. Cette absence d'interdictions expresses génère une insécurité juridique considérable. La jurisprudence et la doctrine juridique ne fournissent que peu d'éclaircissements sur la portée de ces notions juridiques vagues en matière de discrimination raciale, notamment en ce qui concerne le champ d'application et les motifs justifiant une discrimination.

Premier exemple : le contrat de bail à loyer d'une ressortissante turque est résilié parce que certains voisins se sont plaints au bailleur de son foulard et de sa « musique islamique ». Un centre de consultation indique à la locataire qu'il est difficile de s'y opposer, et que ses chances de gagner un procès sont vraisemblablement minces. En conséquence, la jeune étudiante décide de ne pas faire usage des voies de droit : « C'est frustrant. J'ai perdu mon logement et je ne peux rien faire. J'aurais aimé aller en justice, mais je ne veux pas en supporter les risques. »

Deuxième exemple : le Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne estime que le refus d'embauche d'une femme en raison de sa couleur de peau constitue un grave manquement au devoir de protection de la personnalité du travailleur qui incombe à l'employeur dès la phase de candidature (art. 328 CO). Le Tribunal de prud'hommes de Zurich qualifie le refus d'une entreprise de nettoyage d'embaucher une Suisseuse d'origine macédonienne d'atteinte à la personnalité et applique le cas de figure connu de la responsabilité précontractuelle. Les deux tribunaux fondent leurs positions – identiques quant au résultat – sur des bases juridiques différentes. L'insécurité juridique est donc patente, même parmi les milieux spécialisés.

- 10. Discrimination indirecte échappant aux normes** : la question de savoir si les formes indirectes de discrimination en raison de l'appartenance « raciale », ethnique ou religieuse ou du mode de vie (gens du voyage) sont admissibles en droit privé – et dans quelle mesure – est particulièrement confuse. Certains juristes estiment que la discrimination indirecte est licite. Une vision limitée réduit les possibilités de se défendre contre un acte de discrimination raciale. Même si les juristes ne partagent pas tous cette opinion, l'insécurité contraint les parties lésées et les centres de consultation à faire preuve de la plus grande retenue.

Premier exemple : une jeune femme pose sa candidature à un poste de vendeuse dans le magasin d'alimentation d'une petite ville. Après l'entretien d'embauche, le magasin lui offre le poste à condition qu'elle ne vienne pas travailler avec le foulard : « Chez nous, personne ne porte de coiffe, et cela est aussi valable pour nos trois apprenties qui portent toujours un couvre-chef pendant leurs loisirs. Simplement, les clients n'aiment pas cela, nous n'avons rien contre votre religion ». Choquée, la jeune femme demande un délai de réflexion. Elle se rend ensuite dans un centre de consultation : « Ont-ils le droit de le faire ? » « Oui, probablement », telle est la réponse décevante de l'avocate, « essayez plutôt de convaincre votre supérieur. En cas de litige, vous serez probablement déboutée. Et vous devrez en outre tout payer. »

Deuxième exemple : le deuxième cas est semblable : l'exploitant d'une discothèque interdit à ses clients de porter un couvre-chef, en alléguant le « style du club », et les exigences élevées des clients en matière de tenue vestimentaire. Les négociations ne permettent pas d'obtenir une exception, par exemple pour le foulard d'une musulmane, la kippa d'un juif ou le turban d'un sikh. Le centre de consultation déconseille la voie judiciaire, « peu prometteuse ».

11. Carences dans la mise en œuvre : l'absence de références expresses dans les principaux actes législatifs spéciaux de droit public se traduit par un manque de sensibilité dans la mise en œuvre de la protection contre les actes de discrimination raciale. Les fonctionnaires de l'administration chargés de ces questions ne sont pas suffisamment conscients de la portée des interdictions de discriminer.

Premier exemple : dans un office cantonal des migrations, une employée subit des actes caractérisés de harcèlement professionnel à caractère raciste en raison de son mariage avec une personne de couleur, ressortissante d'un pays d'Afrique centrale. Elle se défend et les tensions avec son supérieur s'exacerbent. Finalement, le différend aboutit à la résiliation des rapports de travail, motivée par une « fraude » commise par l'employée au moment de pointer (en réalité, l'écart entre les temps de travail enregistrés par le système de pointage et les temps saisis à la main est en moyenne de trois minutes, en faveur de l'employée). Celle-ci dépose un recours contre la résiliation et une plainte à l'autorité de surveillance pour lui demander de mener une enquête sur les propos racistes et sur les éventuels motifs discriminatoires de la résiliation. Le service interne saisi du dossier examine certes la question de savoir si nous sommes en présence d'une violation de l'interdiction de discriminer sanctionnée par le droit pénal – ce qu'elle écarte avec raison –, mais ne se demande à aucun moment de l'enquête si la résiliation n'enfreint pas l'interdiction de la discrimination raciale inscrite dans la Constitution fédérale. Si la loi sur le personnel interdisait expressément la discrimination, les possibilités de réaliser une enquête approfondie s'en trouveraient au moins augmentées.

Deuxième exemple : dans un hôpital, une femme médecin tient à plusieurs reprises des propos xénophobes à l'égard d'une patiente, qui se sent en outre mal prise en charge. Celle-ci s'en plaint à la direction de l'hôpital. Toutefois, plusieurs semaines après la fin de l'hospitalisation, la direction n'est pas encore disposée à étudier le dossier. Ce n'est que lorsque la patiente signale au médecin-chef qu'elle envisage d'aller en justice que la direction commence à se soucier sérieusement du dossier et entame une enquête interne. A l'instar du cas précédent, l'enquête n'examine pas non plus si les

propos ont enfreint l'interdiction de discriminer consacrée par le droit international et par le droit constitutionnel. Selon toute vraisemblance, la mention expresse de cette interdiction dans les lois existantes aurait rendu la direction de l'hôpital plus sensible à ce sujet.

Troisième exemple : pris dans un canton de Suisse centrale, cet exemple illustre le potentiel de l'interdiction expresse de discriminer dans le droit administratif. Un enseignant se présente au secrétariat de la CFR pour demander conseil. Il soupçonne un collègue d'adopter une attitude systématiquement défavorable aux élèves provenant de l'ex-Yougoslavie et de refléter aussi ses préjugés dans l'évaluation des élèves. Indigné, l'enseignant estime que cela est intolérable et qu'il faut faire quelque chose : « Dans notre loi sur l'éducation, un article interdit la discrimination en raison de l'origine, de la religion et du sexe. Je communiquerai l'affaire aux autorités scolaires. » Ce cas montre que l'interdiction expresse de discriminer accroît manifestement la sensibilité aux questions de discrimination.

12. Incertitudes dans l'interprétation de dispositions du droit de surveillance :

l'absence d'interdiction expresse de la discrimination raciale joue un rôle particulièrement important dans les cas où des personnes de droit privé sont soumises à la surveillance de l'Etat. En vertu de l'art. 35 al. 3 Cst., les autorités ont aussi l'obligation de contribuer à la réalisation de l'interdiction de discriminer dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Autrement dit, le droit de surveillance en vigueur doit être interprété dans le sens de l'interdiction constitutionnelle de discriminer. En règle générale, cette interprétation de la Constitution se fait par le biais de la norme générale de l'interdiction de l'abus de droit (ou, le cas échéant, par le biais du principe de bonne foi). Toutefois, l'absence d'interdictions expresses génère, comme en droit privé, des incertitudes dans l'interprétation de l'interdiction de l'abus de droit.

Exemple : dans une enquête exemplaire datant de 2006, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) a examiné si la nationalité constituait un critère abusif pour le calcul des primes de l'assurance responsabilité civile des véhicules à moteur ou pour le refus de conclure le contrat. Il a conclu par la négative, en considérant qu'il n'y avait pas de violation de l'interdiction de discriminer régie par l'art. 8 al. 2 Cst., à condition que l'écart statistiquement significatif enregistré dans les actes dommageables se fonde sur une preuve actuarielle. Mandaté par un particulier, le P^r Bernhard Waldmann de l'Université de Fribourg est parvenu à la conclusion opposée dans son avis de droit, engendrant un débat animé au sein de l'OFAP. A défaut d'une norme expressément adoptée par le législateur, l'office n'a pas pu décider quelle position juridique était la bonne. S'il a finalement tranché en faveur de la pratique de la compagnie d'assurances, la situation juridique n'en reste pas moins controversée.

13. Absence de normes relevant du droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique : en exerçant la surveillance sur les activités commerciales et culturelles à caractère privé (droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique), l'autorité a la possibilité de sanctionner les entreprises et sociétés culturelles

soumises à cette surveillance qui enfreignent des règles en vigueur (protection des consommateurs, p.ex.) en prononçant un blâme, en infligeant une amende d'ordre, en imposant des charges ou en retirant l'autorisation, par exemple. Toutefois, ces lois sur la surveillance disposent rarement de bases légales suffisantes pour sanctionner la discrimination raciale sur le marché libre (elles ne prévoient pas de dispositions de portée générale, telles que l'interdiction de l'abus de droit ou le principe de l'égalité des droits p. ex.). Pour cette raison, les autorités ont souvent les mains liées, comme le montre l'exemple ci-dessous :

Exemple : en 2007, la ville de Berne a décidé de faire des programmes antiracistes un volet important de sa politique. Dans l'un des projets, la CFR et le service de consultation contre la violence et le racisme ggfon ont aidé la police communale du commerce à élaborer des informations destinées à sensibiliser les secteurs des loisirs et de la culture. Ils ont alors constaté que la loi sur la restauration ne prévoit pas de possibilités juridiques d'agir par la voie du droit de surveillance à l'encontre des exploitants qui adoptent une pratique commerciale discriminatoire. Ce problème ne se pose pas seulement à Berne, mais aussi dans de nombreux autres cantons et communes.

14. Potentiel du droit privé et du droit administratif sous-estimé : l'absence presque totale d'interdictions expresses de discriminer dans le droit privé et dans le droit administratif porte les victimes d'actes discriminatoires à recourir de préférence à la voie pénale pour sanctionner les auteurs. En conséquence, la réponse juridique se limite en règle générale à une peine pécuniaire. Si l'on n'utilise guère l'arsenal des dispositions de droit privé et de droit administratif, c'est parce qu'on en ignore le potentiel. Or, l'adoption d'une interdiction expresse de discriminer dans le droit privé et administratif, avec des conséquences juridiques différenciées, rendrait plus visible la panoplie existante mais méconnue permettant de combattre la discrimination raciale. Dans certains cas, elle permettrait même de l'étendre. Dans le droit privé, ces normes expresses donneraient aux victimes la possibilité de décider si elles souhaitent entreprendre des démarches contre un acte discriminatoire et quelles requêtes elles présentent. Les interdictions de discriminer relevant du droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique permettraient aux autorités de surveillance compétentes d'intervenir suffisamment tôt de façon opportune et appropriée lorsqu'une pratique discriminatoire menace de s'instaurer (dans une entreprise, p.ex.), et d'empêcher des cas de discrimination raciale systématique.

15. La voie pénale, une dose de « moraline » aux effets limités : le fait que le législateur suisse se concentre sur la voie pénale pour combattre le racisme fait apparaître deux carences de fond. D'une part, le « droit antiraciste » est cantonné dans une bulle moraliste, manquant ainsi l'opportunité de devenir un élément ordinaire de tout régime juridique libéral, démocratique et attaché aux principes de l'Etat social (comme il en va de l'égalité entre hommes et femmes et de l'égalité des personnes handicapées). D'autre part, cette vision bornée qui se limite au droit pénal ne régit que les formes

graves et publiques de discrimination, c'est-à-dire les formes de racisme qui sont manifestement pernicieuses sur le plan social. Elle omet pour l'essentiel la lutte contre des formes de discrimination plus subtiles ou moins visibles (dans le monde du travail, les loisirs, à l'école, etc.). En l'occurrence, il s'agit souvent d'actes sans motivation discriminatoire ou même d'actes racistes inconscients. Or, c'est précisément dans ces cas qu'il est important de ne pas donner la priorité à la sanction pénale, mais de pouvoir recourir aux instruments différenciés de prévention, d'intervention et de compensation du droit privé et du droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique. Ce changement de perspective permet de combattre la discrimination raciale par des moyens juridiques sans connotation moralisante.

16. Pas de qualité de partie pour les organisations lors d'attaques contre des groupes : actuellement, la qualité de partie n'est pas accordée aux organisations de défense de minorités, ce qui n'est pas satisfaisant. Or, elle revêt une importance considérable pour lutter contre des propos racistes non individualisés tels qu'appels à la haine et à la discrimination contre des groupes de personnes, diffusion d'idéologies fondées sur la discrimination raciale envers un groupe, négation, minimisation grossière ou justification de génocide ou de crime contre l'humanité. La qualité de partie permettrait en effet aux organisations de participer directement à la procédure. Le législateur pourrait en outre leur donner la possibilité d'exiger un dédommagement symbolique affecté à un but déterminé.

17. Doutes quant à l'efficacité des dispositions constitutionnelles : depuis l'introduction de la nouvelle Constitution fédérale au début de l'an 2000, le Tribunal fédéral a rendu quinze décisions concernant l'interdiction constitutionnelle de discrimination. A noter que, sur ces quinze cas, aucun n'a concerné la discrimination en raison de la « race ». Sept d'entre eux relevaient de la discrimination en raison de l'origine et de la religion et portaient tous exclusivement sur des procédures de naturalisation. La CFR explique ce petit nombre de cas par la difficulté à prouver le caractère discriminatoire d'un acte. Elle estime que les autorités accomplissent leurs tâches de manière non discriminatoire dans la très grande majorité des cas, mais de nombreux indices font toutefois penser que les quelques cas connus ne représentent que la pointe de l'iceberg. L'activité de conseil de la CFR ainsi que les observations des particuliers, des centres de consultation et des organisations des droits de l'homme montrent que la discrimination par la collectivité publique est une réalité. Les soupçons de discrimination sont fréquents notamment dans le domaine de l'asile et des étrangers et lors de contacts avec les services sociaux et avec la police. Il est donc indispensable d'examiner l'efficacité de la norme pénale contre le racisme.

18. Application lacunaire par les autorités d’instruction : abstraction faite des quelques décisions manifestement erronées à l’encontre de victimes de racisme, c’est en particulier le problème de la réticence de certaines autorités pénales à engager une procédure pénale qui se pose. De plus, si cette dernière dure en général plusieurs mois, elle peut aussi s’étendre sur des années. Les jugements erronés retardent eux aussi les processus. Ce problème, s’il n’est pas propre à la norme pénale contre la discrimination raciale, illustre la nécessité d’agir dans ce domaine. Les victimes ne sont en effet souvent pas disposées à affronter des procédures d’une telle longueur.

Premier exemple : une procédure pénale engagée par deux jeunes Albanais du Kosovo à qui l’on avait refusé l’entrée dans une discothèque a duré plus de quatre ans. La télévision ayant documenté les faits, ils sont manifestes. La police commence tout de même par ne pas vouloir enregistrer la plainte. Elle renvoie à plusieurs reprises les jeunes hommes. Finalement, le chef de service tente de les persuader de renoncer à porter plainte, argumentant que la procédure est pénible, que l’on ne peut rien faire contre ce genre de comportement et « qu’en plus, cela monopolise du temps précieux au détriment d’autres choses plus importantes ». Il faut en tout trois déplacements au poste de police et deux appels téléphoniques pour convaincre la police d’enregistrer la plainte. La procédure est ensuite classée. Le prévenu est acquitté. La victime présente un recours auprès du Tribunal cantonal mais le retire ensuite par lassitude et par manque de moyens financiers.

Deuxième exemple : peurs, manque d’assurance et mauvaises expériences poussent les victimes de discrimination raciale à renoncer à porter plainte : « Je préfère ne pas le faire, nous aimerions être tranquilles, nous avons déjà eu des problèmes avec la police », « C’est bien trop long », « On m’a déjà demandé une fois de retirer une plainte », « Des amis policiers m’ont souvent dit qu’ils ne prenaient pas toujours vraiment au sérieux des plaintes pour infraction à la norme pénale contre le racisme », et enfin un policier : « Avec toute la violence à laquelle nous sommes confrontés de nos jours, ce genre de délits n’est tout simplement pas prioritaire. »

19. Pas de qualité de partie pour les organisations : en règle générale, les organisations ne se voient pas reconnaître la qualité de partie. Cela est problématique, car le danger existe que l’instruction ne soit pas menée de manière assez systématique.

Exemple : la CFR a eu connaissance de nombreux cas dans lesquels il a fallu l’intervention d’une organisation pour que la police criminelle cantonale se décide à ouvrir une instruction pénale.

20. Faible potentiel dissuasif des clauses générales et des concepts juridiques vagues : la fonction dissuasive fait partie intégrante de la protection juridique contre la discrimination raciale. Interdictions et sanctions ont, sous certaines conditions, un effet préventif. On reconnaît généralement un tel effet à la loi sur l’égalité entre femmes et hommes (LEg), à la loi sur l’égalité pour les handicapés (LHand) et aux lois antidiscriminatoires en vigueur dans les Etats de l’Union européenne. Pour que l’effet préventif s’exerce, il faut toutefois que les sujets de droit connaissent les interdictions et les sanctions. Or, s’agissant de discrimination raciale, le droit suisse est très peu

explicite dans les domaines de la vie qui ne tombent pas, ou tombent en partie seulement, sous le coup du droit pénal (monde du travail, logement, relations contractuelles p. ex.). L'effet dissuasif est presque nul.

21. Manque d'information pour cause de protection contre la discrimination peu explicite : les victimes de discrimination raciale sont souvent peu familiarisées avec la complexité du système juridique suisse, ce qui est extrêmement problématique. C'est particulièrement vrai pour les personnes immigrées. Dans un ordre juridique qui ne connaît pas de droit général contre la discrimination raciale, le manque d'information sur les voies de recours possibles est d'autant plus accru. La législation en vigueur reste par conséquent pratiquement sans effet. Même parmi les groupes de population bien intégrés et en général bien informés, la connaissance du droit suisse est relativement faible. L'idée, par exemple, qu'il n'existe que la « norme pénale contre le racisme », est largement répandue, d'où une surestimation des possibilités de cette norme. Il arrive même que des centres de consultation professionnels ignorent les stratégies juridiques envisageables dans des cas concrets. Tout cela montre bien que l'effet de normes juridiques vagues n'est en rien comparable à celui d'une législation spécifique en matière de discrimination.

22. Peur des procédures judiciaires : les victimes de racisme ont souvent peur des conséquences négatives de la voie judiciaire. Les tribunaux leur semblent être des institutions peu amènes. Ils craignent également que les médias les lancent en pâture au public. Parce qu'ils ont honte de ce qu'ils ont subi, ils ne prennent même pas contact avec un service de consultation. Ces craintes et ce manque d'assurance se traduisent par un grand respect envers les tribunaux. Les procédures judiciaires passent pour être compliquées, longues, désagréables et angoissantes. Elles sont également qualifiées d'agressives et de froides. Des questions et réactions telles que « Qu'est-ce qui m'attend ? », « Est-ce que les médias seront là ? Je n'aimerais pas passer dans le Blick ! », ou le souvenir de mauvaises expériences, « J'ai déjà passé dans les médias : un homme m'a ensuite fait des avances ; je ne veux pas que cela se reproduise » ne sont pas rares.

23. Insuffisance de structures de consultation : un autre problème considérable est le petit nombre de services de consultation d'accès aisé pour le public, à même d'offrir sur place aux victimes de discrimination raciale un soutien pratique, professionnel, gratuit et simple. De tels services sont indispensables pour permettre aux victimes de décider si elles veulent agir, et si oui, comment. Les structures existantes ne disposent souvent pas des connaissances juridiques nécessaires. Cette situation s'explique par la situation financière critique de nombreuses organisations, qui ne perçoivent pratiquement aucune aide financière de l'Etat. La CFR doit par conséquent traiter elle-même certains cas complexes ; ses maigres ressources ne lui permettent cependant

pas d'offrir ce soutien de la manière simple et pratique qu'elle préconise. Le manque de structures adaptées est particulièrement préoccupant en Suisse orientale (AI, AR, GR, SG, SH, TG), en Suisse centrale (LU, NW, OW, SZ, UR, ZH) et en Suisse romande.

24. Barrières procédurales : les nombreux obstacles qui entravent l'application du droit causent de grandes difficultés aux victimes et aux services de consultation. Citons notamment la durée de la procédure, la prise en charge des frais de procédure en cas d'échec, le caractère essentiellement contradictoire de la procédure civile ainsi que le fait de porter seul le fardeau de la preuve. Tous ces obstacles font que certaines personnes ne parviennent pas à faire valoir leurs droits par voie judiciaire ou n'imaginent pas même pouvoir le faire.

En Allemagne par exemple, il s'est avéré difficile de faire respecter le principe de l'égalité de traitement par la voie judiciaire. En effet, les infractions aux normes légales interdisant la discrimination font comparativement peu l'objet d'actions individuelles, même lorsque la charge de la preuve est considérablement allégée. Les raisons de cet état de fait sont nombreuses et complexes. Recourir aux tribunaux est souvent hors de portée des victimes, qui ne se sentent pas capables de faire valoir leurs droits ou n'en ont pas les capacités personnelles ou financières. Ce phénomène s'accroît encore dans les relations asymétriques, dans lesquelles le plaignant a dès le début conscience de se trouver en position de faiblesse. Il est particulièrement manifeste dans les cas relevant de la discrimination raciale. S'y ajoute fréquemment la crainte de voir son cas devenir public. Alors que l'Allemagne cherche toujours plus à résoudre ce problème en transférant la responsabilité de l'exercice des droits de l'individu à un collectif (associations de défense des intérêts), l'Australie a opté pour une autre solution : l'application des droits juridiques se fait dans le cadre de procédures informelles qui, par le recours à des techniques du droit antidiscriminatoire, visent à parvenir à un résultat négocié par les parties elles-mêmes.

25. Application lacunaire de l'interdiction des associations à caractère raciste : l'expérience montre que les articles 52 al. 3 CC et 78 CC ne suffisent pas à dissoudre de manière efficace les associations à but discriminatoire ni à limiter leurs activités racistes. Les autorités compétentes ne prennent que rarement l'initiative d'intervenir. Il faut donc prévoir la possibilité d'influencer la situation de l'extérieur, par exemple au moyen d'une plainte pénale.

26. Manque de contrôles de la part des autorités : lorsqu'elle est le fait du personnel de l'Etat, la discrimination est en règle générale difficile à prouver (surtout en raison du manque de contrôle de la part des autorités).

Exemple : une enquête administrative est ouverte contre un cadre inférieur d'une unité administrative cantonale. On lui reproche des propos racistes répétés et un licenciement à caractère raciste. L'enquête aboutit à la disculpation de l'accusé malgré les témoignages à charge des collègues de la

victime. L'autorité d'instruction motive sa décision par le fait que les collègues n'auraient pas témoigné à charge. Ces derniers soutiendront ensuite au secrétariat de la CFR avoir craint pour leur emploi au cas où ils auraient fait des déclarations à l'encontre de leur chef, car l'instruction avait été menée par des supérieurs de celui-ci. Les collègues ont fait remarquer que ce genre d'enquêtes devrait être confié à des personnes indépendantes.

27. Manque de pouvoir de révision des décisions : la voie judiciaire peut aussi se révéler contreproductive, par exemple lorsque l'instance de recours n'est pas compétente pour substituer une décision favorable à une décision contraire au droit, et doit renvoyer l'affaire à l'instance inférieure, soit à celle-là même qui a enfreint le droit en vigueur.

Premier exemple : des refus de naturalisation dans la commune de Rheineck (SG) illustrent cette problématique. L'Assemblée communale rejette les demandes de naturalisation de plusieurs personnes (en raison de leur religion), sans présenter de motifs suffisants. Une citoyenne recourt contre ces décisions. L'instance de recours constate un manque de motivation des refus et renvoie l'affaire à l'Assemblée communale, lui enjoignant de statuer à nouveau sur ces demandes. Cette démarche provoque la fureur des votants, qui éclate lors de l'Assemblée suivante et aboutit à de nouvelles décisions négatives, exprimées cette fois encore plus clairement à travers les propos d'une citoyenne : « Nous ne voulons pas de musulmans. »

Deuxième exemple : un cas semblable s'est produit à Oberriet (SG). Un jeune Albanais en fauteuil roulant se voit refuser deux fois la naturalisation. L'instance de recours a renvoyé l'affaire à la commune, estimant que la décision rendue relevait de la discrimination en raison d'un handicap. L'Assemblée communale rejette une troisième fois la demande : l'opposition est encore plus manifestement émotionnelle, raciste, xénophobe et hostile aux handicapés que lors des deux tentatives précédentes. Un petit groupe d'opposants s'est mobilisé, et les citoyens présents sont deux fois plus nombreux que d'ordinaire. L'un d'eux exprime son irritation par rapport à l'ordre reçu de l'instance de recours : « Si on en arrive à des naturalisations forcées, ce n'est plus la démocratie, c'est la dictature ! » Ses propos soulèvent les applaudissements enthousiastes de la majorité des personnes présentes.

3 Recommandations de la CFR

Se fondant sur l'analyse du droit en vigueur, la CFR a élaboré un ensemble de dix propositions harmonisées qui remédient aux lacunes constatées. Même si l'on pourrait croire de prime abord qu'elles appellent des mesures énergiques en matière de droit international, constitutionnel et législatif, ces recommandations ne proposent en fait aucun élément réellement nouveau. En effet, des lacunes similaires à celles reportées ci-dessus ont déjà été relevées dans d'autres domaines de la protection contre la discrimination. Tant pour la discrimination en raison du sexe que pour celle en raison d'un handicap, on a trouvé des solutions légales concluantes (bien qu'incomplètes), avec la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) et la loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand). Loin d'aller au-delà de cette législation, les recommandations faites ici s'y rattachent par leur conception. Elles prennent à leur compte les instruments de la LEg et de la LHand – qui ont fait leurs preuves – et les adaptent à la problématique de la discrimination raciale.

Il est nécessaire de légiférer. Force est de constater que l'on prend plus au sérieux certains types de discrimination que d'autres, de sorte que l'on peut malheureusement parler aujourd'hui d'une hiérarchisation discriminante des diverses particularités personnelles qui donnent lieu à une discrimination. Il est temps que le législateur remédie à cette hiérarchisation discriminante et témoigne envers les victimes de discrimination de type racial ou autre de la même sensibilité que celle dont il a fait preuve dans les questions d'égalité entre les sexes et d'égalité des personnes handicapées. La CFR propose par conséquent les mesures suivantes :

Recommandation no 1 : Soumettre la « législation antiracisme » à un examen approfondi

Le Conseil fédéral élabore une étude complète du droit entendu comme instrument de lutte contre les conflits engendrés par la discrimination raciale. Cette étude analyse la teneur, l'effet et le potentiel de la législation, en particulier le domaine d'application des interdictions de discriminer, la justification des discriminations, les conséquences en cas d'infraction et les dispositions d'exécution. Elle constate les effets des instruments – juridiques et non juridiques – et établit un état des lieux détaillé des propositions concrètes de réglementation ainsi que de leurs avantages et inconvénients. Elle propose aussi des modèles de législation en matière d'égalité ou de lutte contre la discrimination. Menée de manière intradisciplinaire et interdisciplinaire, cette étude établit des comparaisons entre différents pays. La CFR souhaite également que soit abordée la problématique de la discrimination multiple – soit la discrimination en raison de plusieurs caractéristiques. Ce dernier point est indispensable si l'on veut venir à bout des inégalités apparues au sein de la législation antidiscriminatoire.

Recommandation no 2 : Adopter l'ensemble des normes en matière de droits de l'homme

Le Conseil fédéral et le législateur veillent à l'application stricte des normes internationales relatives aux droits de l'homme qui revêtent une importance pour la protection contre la discrimination raciale. Cela implique l'application et la transposition de conventions internationales et de recommandations d'institutions internationales (CERD, Conseil des droits de l'homme de l'ONU, ECRI etc.) contraignantes pour la Suisse ainsi que les mesures suivantes :

- a. retrait de la réserve émise à l'égard de l'art. 26 du Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (interdiction de la discrimination) ;
- b. retrait de la réserve émise à l'égard de l'art. 2 al. 1 let. a de la Convention contre la discrimination raciale (liberté d'action du législateur en matière d'admission des étrangers) ;
- c. retrait de la réserve émise à l'égard de l'art. 4 de la Convention contre la discrimination raciale (interdiction de la propagande raciste et des organisations actives dans ce domaine) ;
- d. ratification du protocole additionnel no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, interdiction de la discrimination).

Recommandation n° 3 : Inscrire un mandat législatif dans la Constitution

Le pouvoir constituant inscrit dans la Constitution fédérale un principe de non-discrimination dans les relations entre particuliers ainsi qu'un mandat explicite obligeant le législateur à adopter des dispositions légales en matière de discrimination raciale en particulier et de discrimination en général. L'objectif est de concrétiser le principe de non-discrimination et son application (comme cela s'est fait pour l'égalité entre hommes et femmes et l'égalité des personnes handicapées). La CFR propose l'énoncé suivant :

Interdiction de discriminer – Art. 8 al. 5 Cst.

⁵ Le principe de non-discrimination s'applique également aux relations qui lient les particuliers entre eux. Il interdit toute discrimination arbitraire directe ou indirecte, en particulier dans les rapports de travail et de location, ainsi que dans toute relation dans le cadre de laquelle des biens ou des services sont offerts au public pour la satisfaction d'un besoin de la vie quotidienne. Le législateur complète dans ce sens les droits pénal, privé et public.

Recommandation no 4 : Inscrire dans la législation l'interdiction de la discrimination raciale entre particuliers

Le législateur met en œuvre le mandat constitutionnel (voir recommandation n° 3) et les obligations contractées en matière de droits de l'homme (voir recommandation n° 2) dans le domaine de la discrimination raciale et d'autres types de discrimination dans un laps de temps convenable. Pour lutter contre la discrimination entre particuliers, il inscrit dans le droit privé et dans le droit de la surveillance des interdictions expresses de la discrimination raciale, conformément aux compétences que lui confère la Constitution. Le champ d'application, les conséquences judiciaires et le type d'acte législatif sont définis en fonction des besoins des victimes de racisme, de réflexions quant à leur efficacité (recommandation n° 1), des dispositions en matière de droits de l'homme (recommandation n° 2) et du mandat constitutionnel (recommandation n° 3). De l'avis de la CFR, quatre solutions sont envisageables : 1. adopter une loi spécifique contre la discrimination raciale, 2. adopter une loi générale protégeant de la discrimination, 3. inscrire l'interdiction de discriminer dans des normes existantes, c'est-à-dire dans le Code pénal, dans le Code civil, dans le Code des obligations et dans les différents actes législatifs de droit public de la Confédération, des cantons et des communes, 4. combiner les trois premières possibilités. La commission privilégie une approche non hiérarchique.

Il s'agit concrètement d'introduire les dispositions suivantes :

Droit privé : *l'interdiction de discrimination inscrite dans le droit privé* sanctionne toute discrimination arbitraire, directe ou indirecte, en particulier dans les rapports de travail et de location, ainsi que dans toute relation dans le cadre de laquelle des biens ou des services sont offerts au public pour la satisfaction d'un besoin de la vie quotidienne. Elle respecte la liberté personnelle (art. 16 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), la liberté d'opinion (art. 16 Cst.), la liberté économique (art. 27 Cst.) et d'autres droits fondamentaux.

L'interdiction de discrimination s'applique à toutes les étapes du contrat (négociation, conclusion, détermination du contenu et de la durée, résiliation, relation post-contractuelle). Elle sanctionne les refus de conclure un contrat à motif raciste, les clauses contractuelles discriminatoires, la discrimination durant le contrat, la résiliation de contrat discriminatoire et la discrimination intervenant une fois la relation contractuelle terminée. Il est également illicite d'ordonner des actes discriminatoires.

L'interdiction lie l'entreprise contractante, ses employés et les éventuels tiers mandatés.

Les droits subjectifs suivants doivent être prévus pour les infractions à l'interdiction de discriminer fondée sur le droit civil :

- a. **Action en prévention :** en cas de discrimination raciale imminente, il est possible de recourir à la voie judiciaire pour la faire interdire sous peine de sanction.

- b. **Action en cessation** : en cas de discrimination effective, il faut prévoir la possibilité pour la victime de recourir à la voie judiciaire afin de faire cesser la discrimination, c'est-à-dire d'obliger l'auteur de la discrimination à éliminer la discrimination sous peine de sanction pénale. Concrètement, en cas de refus de conclure un contrat, on reconnaît à la personne discriminée le droit de conclure le contrat (obligation de contracter) pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ou droit fondamental ou humain de l'auteur de la discrimination ne s'y oppose et que le contrat ne soit pas voué à l'échec de manière certaine. De même, on reconnaît à la victime d'une clause contractuelle discriminatoire le droit de faire modifier cette dernière. Il est aussi possible de faire annuler une résiliation de contrat discriminatoire. Les intérêts de la personne discriminée (nature et gravité de la discrimination) et ceux de l'auteur de la discrimination doivent être pris en compte.
- c. **Action en constatation** : le plaignant a la possibilité de faire simplement constater la discrimination par un tribunal (sans faire valoir d'autre droit).
- d. **Action en réparation** : parallèlement aux droits existants, le plaignant peut, par jugement, obliger l'auteur de la discrimination à le dédommager, par une prestation financière ou autre, de la discrimination raciste (versement d'une indemnité, excuses ou offre compensatoire). Le type et la hauteur de la réparation dépendent avant tout de la gravité de la discrimination.
- e. **Action en dommages-intérêts** : les dommages matériels doivent être réparés indépendamment d'autres droits.

Droit administratif (droit relatif au maintien de l'ordre et de la sécurité publique) : des règlements administratifs interdisent toute discrimination arbitraire, directe ou indirecte, dans les entreprises et autres domaines d'activité privés soumis à la surveillance de l'Etat. Ils permettent en particulier d'intervenir en cas de discrimination raciste répétée ou systématique et de prévenir de tels cas.

Ces interdictions s'appliquent notamment aux domaines suivants : les assurances privées, la finance, la restauration, la culture et les loisirs, le secteur de la sécurité, les écoles privées, le secteur médical et celui de la représentation judiciaire. Lorsque la surveillance incombe aux cantons, il revient à ceux-là d'édicter les règlements nécessaires (voir recommandation n° 9).

Proposition de complément aux différents règlements administratifs

¹ Le principe de non-discrimination doit être respecté. Il interdit toute discrimination arbitraire, directe ou indirecte, en particulier dans les relations dans le cadre desquelles des biens ou des prestations sont offerts au public pour satisfaire un besoin de la vie quotidienne.

Recommandation n° 5 : Inscrire dans le droit administratif des interdictions de la discrimination étatique

Le législateur inscrit dans les lois administratives des interdictions expresses de la discrimination directe et indirecte afin de lutter contre la discrimination de la part des autorités et des particuliers qui assument des tâches publiques. Il faut notamment prendre en compte les lois sur le personnel de la Confédération, des cantons et des communes, la législation en matière de droit des étrangers, de droit de l'asile et des assurances sociales ; à l'échelon cantonal, cela concerne p. ex. la législation en matière d'instruction publique, des tutelles, de l'aide sociale, de la santé et de la police (voir recommandation n° 9).

Recommandation n° 6 : Faire de la non-discrimination une condition pour l'obtention de subventions, de concessions et d'autorisations étatiques

Les autorités fédérales, cantonales et communales obligent les bénéficiaires de prestations publiques (subventions, financement de projets culturels, etc.) à respecter le principe de non-discrimination dans le cadre des activités soutenues par l'Etat. Il en va de même pour les entreprises concessionnaires et les entreprises et personnes mandatées par l'Etat. Les cantons de Vaud et de Neuchâtel fournissent deux exemples intéressants à ce sujet :

- Canton de Vaud : *l'arrêté sur l'accès aux surfaces gelées des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public (ASGDP)* réserve l'accès aux surfaces en question aux membres de clubs dûment autorisés (art. 3 al. 1 let. a, ASGDP) et aux personnes qui ont été habilitées par ces clubs (let. b). L'autorisation n'est délivrée qu'aux sociétés qui ne refusent pas de manière discriminatoire l'admission comme membre et l'autorisation d'accès et ne les soumettent pas à des conditions discriminatoires (art. 4 al. 1 ASGDP). En cas de contravention, une action en cessation est engagée, sous peine de retrait de l'autorisation. Le club qui enfreint ce règlement à plusieurs reprises risque le retrait de son autorisation.
- Canton de Neuchâtel : *la loi sur les structures d'accueil de la petite enfance* subordonne l'octroi de subventions aux structures d'accueil publiques et privées pour les enfants en âge préscolaire au respect de certaines exigences légales (art. 5). Seules les structures « ouvertes à tous les enfants, sans discrimination » ont droit aux subventions (art. 2, let. b).

Recommandation n° 7 : Créer des instruments d'application efficaces

Il faut créer des instruments juridiques efficaces afin de favoriser l'application effective des interdictions de discrimination prévues dans les recommandations n° 4, 5, 6 et 9 et d'éliminer les nombreux obstacles en la matière. Pour ce faire, le législateur s'inspire d'une part des dispositions qui ont fait leurs preuves dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), dans la loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand) et dans les systèmes juridiques cantonaux et communaux et, d'autre part, des législations étrangères en matière de non-discrimination et d'égalité de traitement. Concrètement, cela signifie notamment :

- a. **Services de consultation et de médiation** : la loi oblige la Confédération, les cantons et les villes à créer des services de médiation. En cas de discrimination raciale des collectivités publiques, ces derniers offrent gratuitement leurs conseils et leurs services de médiation.
- b. **Offices de conciliation** : la loi oblige les cantons et les villes à créer des services publics de conciliation à bas seuil. Ceux-ci fournissent gratuitement des conseils juridiques en cas de discrimination raciste privée ou étatique ; ils offrent également leurs services de médiation.
- c. **Principe de gratuité** : introduction de la gratuité pour les procédures judiciaires de première instance.
- d. **Allègement du fardeau de la preuve** : le fardeau de la preuve est allégé dans les procédures civiles et administratives. La partie plaignante ou recourante n'est pas tenue de fournir la preuve complète de la discrimination ; il lui suffit de rendre vraisemblable l'existence de la discrimination (allègement de la preuve). Si elle y parvient, la charge de la preuve revient au défendeur ou à l'opposant (renversement du fardeau de la preuve).
- e. **Conséquences judiciaires efficaces** : introduction de sanctions et de droits subjectifs efficaces, dissuasifs et proportionnés (voir recommandations n° 4 et 5).
- f. **Droit de recours et qualité pour agir pour les organisations** : introduction d'un droit de recours pour les organisations engagées dans la lutte contre le racisme ou en faveur de l'intégration des étrangers et des droits de l'homme.
- g. **Garantie de l'état de droit dans les procédures de naturalisation** : dans le domaine des procédures de naturalisation, introduction de réglementations cantonales garantissant qu'en cas de refus discriminatoire d'une demande de naturalisation, l'instance de recours puisse décider si la personne concernée remplit les conditions pour obtenir la nationalité suisse ou non. A l'échelon communal, la procédure de naturalisation doit être confiée à un organe spécialisé (administration, conseil de naturalisation, commission de naturalisation p. ex.)

Recommandation n° 8 : Remédier aux carences du droit pénal

L'interdiction pénale de la discrimination raciale doit être revue de la manière suivante :

- a. La discrimination en raison de la nationalité et du statut de requérant d'asile ou d'étranger fait partie des délits interdits par la norme sanctionnant la discrimination raciale ;
- b. La fondation d'associations visant la discrimination raciale ainsi que l'affiliation à ces organisations sont punissables ;
- c. Le port, la diffusion, la fabrication et l'entreposage ainsi que l'importation et l'exportation de symboles racistes sont punissables ;
- d. Les associations actives dans le domaine de la lutte contre le racisme sont habilitées à participer aux procédures pénales;
- e. Les organisations ayant droit de participer aux procédures pénales au sens de la lettre d peuvent exiger des dédommagements symboliques affectés à un but particulier.

Recommandation n° 9 : Renforcer les constitutions et lois cantonales

Tous les cantons inscrivent l'égalité de traitement et le principe de non-discrimination dans leurs constitutions. De plus, ils légifèrent pour que le principe de non-discrimination soit également garanti et appliqué dans les relations entre particuliers dans les domaines relevant de leur compétence, notamment dans le secteur de la santé, ceux de l'instruction publique et des loisirs.

Proposition de complément aux constitutions cantonales

Le principe de non-discrimination s'applique également aux relations qui lient les particuliers entre eux. Il interdit toute discrimination directe ou indirecte [dans les secteurs...]. Le législateur inscrit les mesures complémentaires nécessaires dans le droit administratif.

Par ailleurs, pour renforcer le principe constitutionnel de non-discrimination, les cantons inscrivent dans leurs lois administratives une interdiction de discrimination qui vise toute discrimination arbitraire, directe ou indirecte, dans les domaines d'activité privés soumis à la surveillance de l'Etat. Les écoles privées, les institutions actives dans le domaine de la culture et des loisirs, les assurances privées, les secteurs de la sécurité et de la restauration, la santé, le secteur médical et celui de la représentation judiciaire font notamment partie de ces domaines.

Proposition de complément au droit cantonal de la surveillance

L'autorité de surveillance protège les consommateurs d'éventuelles infractions au principe constitutionnel de non-discrimination.

Recommandation n° 10 : Renforcer le droit existant

Il faut faire en sorte que le droit en vigueur soit appliqué plus systématiquement, indépendamment des éventuelles améliorations futures de la protection légale contre la discrimination. Les communes, les cantons et la Confédération créent des structures d'information, de conseils, d'intervention et de médiation et renforcent les offres existantes. Cela passe nécessairement par la création d'antennes professionnelles qui offrent un soutien global aux victimes de racisme. Il faut encourager la création d'antennes internes aux entreprises et à l'administration. Des formations initiales et continues garantissent le savoir-faire en matière de conseil. La Confédération, les cantons et les villes inscrivent dans leurs législations la possibilité de soutenir financièrement les organisations qui conseillent les victimes présumées de discrimination raciale, comme cela se fait dans le cadre de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes et de la loi sur l'égalité pour les handicapés.