



---

**Le droit à la protection contre la discrimination**  
**Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.3543**  
**du 14 juin 2012**

du 25 mai 2016

---

---

## Condensé

*Le présent rapport fait suite au postulat déposé le 14 juin 2012 par le conseiller national Martin Naef (12.3543 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination »), que le Conseil fédéral a proposé d'accepter le 5 septembre 2012 et que le Conseil national a adopté le 14 décembre de la même année.*

*Le développement du postulat énumère de nombreux critères de discrimination (entre autres l'origine, la race, l'âge, la langue, la position sociale, le mode de vie). Mais la difficulté qu'il y a à collecter des données impliquait d'opérer des choix pour pouvoir étudier la protection contre la discrimination de manière pertinente. Mandat a donc été donné au Centre de compétence pour les droits humains (CSDH) de se concentrer sur l'égalité des sexes, les LGBTI (« Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex »), l'égalité des personnes handicapées et le racisme.*

*L'étude du CSDH intitulée « Accès à la justice en cas de discrimination » conclut sur le constat que le droit suisse anti-discrimination cumule à la fois les forces et les faiblesses. Le fait que l'interdiction de la discrimination figure dans la Constitution et que des lois telles que la loi sur l'égalité entre femmes et hommes et la loi sur l'égalité pour les handicapés agissent directement sur certains types de discrimination compte selon le CSDH parmi les forces de la législation suisse. Les faiblesses identifiées varient d'un critère de discrimination à l'autre, sont à la fois d'ordre matériel et procédural et concernent avant tout le droit privé. Le CSDH agrmente son étude de diverses recommandations visant à renforcer la protection contre la discrimination: elles visent l'adaptation de dispositions légales tout comme l'adoption de mesures sociétales. Le CSDH constate les déficits les plus marqués dans le domaine des LGBTI, où il n'existe pratiquement aucune réglementation visant à protéger les transgenres et les intersexués. Il s'abstient explicitement de recommander d'élaborer une loi générale contre la discrimination.*

*Le Conseil fédéral était jusque là d'avis que le droit en vigueur et la jurisprudence associée offraient dans l'ensemble une protection suffisante contre la discrimination et que les instruments juridiques à disposition permettaient aux victimes de se défendre. Il a choisi de vérifier son point de vue à travers l'étude sur l'efficacité des instruments juridiques demandée dans le postulat Naef et réalisée par le CSDH. Il s'est vu confirmer son opinion dans le domaine du droit public. Le droit privé demeure quant à lui lacunaire. L'étude du CSDH, constatant la rareté des actions en justice lors de problèmes de discrimination, pointe une possible méconnaissance des instruments juridiques par les victimes ou une trop grande complexité de ceux-ci. Il ajoute que des obstacles procéduraux pourraient être de nature à priver ces instruments de leur efficacité. L'administration a procédé à une analyse des recommandations du CSDH, sur laquelle le Conseil fédéral s'est fondé pour distinguer celles qu'il souhaitait approfondir de celles auxquelles il n'entendait pas donner suite.*

---

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>2</b>
<b>1 Contexte</b>	<b>4</b>
1.1 Postulat Naef	4
1.2 Mandat au CSDH	4
<b>2 Résultats de l'étude et recommandations du CSDH</b>	<b>5</b>
2.1 Recommandations générales	5
2.2 Recommandations concernant l'égalité des sexes	6
2.2.1 LEg 6	
2.2.2 Femmes enceintes et mères	7
2.2.3 Violence domestique	7
2.3 Recommandations concernant les LGBTI	8
2.3.1 Orientation sexuelle (LGB)	9
2.3.2 Identité sexuelle (TI)	10
2.4 Recommandations concernant le racisme	10
2.5 Recommandations concernant l'égalité des personnes handicapées	11
<b>3 Droit comparé</b>	<b>11</b>
<b>4 Avis du Conseil fédéral</b>	<b>13</b>
4.1 Généralités	13
4.2 Recommandations auxquelles il n'est pas donné suite	13
4.2.1 Création d'une norme anti-discrimination en droit privé	13
4.2.2 Durcissement des sanctions, notamment dans le domaine du droit du travail	14
4.2.3 Allègement du fardeau de la preuve dans les cas de discrimination	14
4.2.4 Mise en place de services de médiation pour les cas de discrimination	15
4.2.5 Renforcement de la protection contre la discrimination dans la LEg	15
4.2.6 Extension de la portée de l'art. 261 <sup>bis</sup> CP	16
4.3 Recommandations à approfondir	16
4.3.1 Renforcement de la protection dans certains domaines	16
4.3.2 Extension de la portée du droit d'action des organisations	16
4.3.3 Réduction des frais des procédures civiles	17
4.3.4 Sensibilisation	17
4.3.5 Collecte de données sur la discrimination	18
4.3.6 Egalité des personnes handicapées	18
4.3.7 LGBTI 19	
<b>5 Conclusion</b>	<b>21</b>

## Rapport

### 1 Contexte

#### 1.1 Postulat Naef

Le présent rapport fait suite à un postulat déposé le 14 juin 2012 par le conseiller national Martin Naef (12.3543 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination »). L'auteur du postulat justifie ce rapport par la multiplicité des discriminations constatées aujourd'hui encore en raison du sexe, de l'origine, de la race, de l'âge, de la langue, de la position sociale, de l'existence d'un handicap, de l'orientation sexuelle, du mode de vie, des convictions religieuses, idéologiques ou politiques, de la transsexualité ou de l'intersexualité. Il énonce que s'il existe bel et bien des dispositions légales visant à assurer une protection contre la discrimination, celles-ci continueront d'avoir une portée réduite tant qu'il n'existera pas d'instruments efficaces pour les faire appliquer. Il demande par conséquent au Conseil fédéral de présenter les instruments juridiques à disposition et de faire le point sur leur efficacité.

Le 5 septembre 2012, le Conseil fédéral a proposé au Conseil national d'adopter le postulat, ce qu'il a fait en date du 14 décembre 2012, et suite à quoi le présent rapport a été élaboré.

#### 1.2 Mandat au CSDH

Suite à la publication en février 2011 d'une étude de la Commission européenne sur l'accès à la justice dans les Etats de l'Union en cas de discrimination (« Access to justice in gender equality and anti-discrimination-law »<sup>1</sup>), le CSDH a été chargé en mai 2012 de procéder à un examen de la situation en Suisse. Ce mandat a gagné en importance avec l'adoption du postulat Naef.

Il est très difficile de réunir des données sur tous les critères de discrimination énumérés dans le postulat Naef. On a donc pris le parti de se limiter à la discrimination fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle (LGBTI<sup>2</sup>), le handicap et la race<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference\\_sept\\_2011/final\\_report\\_access\\_to\\_justice\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf)

<sup>2</sup> Le sigle LGBTI signifie « Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex » (homo-sexuels, bisexuels, transgenres et intersexués).

<sup>3</sup> En Europe continentale, contrairement à l'espace linguistique anglo-saxon, la notion de race est considérée comme étant à caractère raciste et prohibée notamment pour des motifs historiques. On écrit donc généralement ce mot entre guillemets (voir par ex. Hendrik Cremer, Ein Grundgesetz ohne «Rasse», in: Policy Paper n° 16, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010). A l'art. 8 Cst., ce terme désigne néanmoins un critère de discrimination. Il est utilisé dans le présent rapport dans ce sens juridique et par conséquent sans guillemets.

Faute de données suffisantes, l'étude du CSDH ne porte pas sur la discrimination fondée sur l'âge, sujet actuel du débat politique. On se reportera à la motion Leutenegger Oberholzer (15.3514 « Mesures d'accompagnement en faveur des salariés âgés. Prévoir un devoir de protection accru dans la loi ») et à la pétition du Verein 50plus outIn work Schweiz (15.2038 « Pour en finir avec la discrimination liée à l'âge sur le marché du travail »).

## 2 Résultats de l'étude et recommandations du CSDH

L'étude du CSDH intitulée « Accès à la justice en cas de discrimination » est disponible depuis la fin juillet 2015. Elle se compose d'une synthèse, accompagnée de conclusions et de recommandations quant aux moyens d'améliorer la protection contre la discrimination. La synthèse se fonde sur onze études thématiques (concernant notamment les principes de la protection contre la discrimination, la discrimination en vertu du sexe, de l'orientation sexuelle (LGBTI), de l'existence d'un handicap et de la race, l'analyse de la jurisprudence, une enquête auprès des tribunaux, une enquête en ligne auprès des membres du barreau et une autre auprès des centres de consultation<sup>4</sup>.

Selon les résultats de l'étude, le droit suisse anti-discrimination, bien que comptant de nombreux points forts, a aussi des faiblesses et un caractère lacunaire. Ses auteurs relèvent au titre des aspects positifs que la protection contre la discrimination est inscrite à l'échelon de la Constitution et que des lois telles que la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)<sup>5</sup> et la loi du 13 décembre 2002 sur l'égalité pour les handicapés (LHand)<sup>6</sup> permettent d'agir directement sur certains types de discrimination. Ils soulignent que les organisations et les centres de consultation s'identifient fortement à ces lois spéciales et qu'elles ont acquis un savoir-faire certain dans ces domaines. Ils décèlent par contre des défauts matériels et procéduraux qui diffèrent en fonction des critères de discrimination.

### 2.1 Recommandations générales

Le CSDH énonce expressément qu'il *ne recommande pas* la création d'une loi générale qui engloberait tous les critères de discrimination et remplacerait les lois spéciales. Il montre dans son étude que les problèmes varient fortement d'un type de discrimination à l'autre, d'où l'impossibilité d'adopter une norme exhaustive. Une loi générale pourrait compromettre les acquis et affaiblir les mesures déjà en place (monitoring, conseil, soutien).

Le CSDH conclut que l'art. 8, al. 2 à 4, de la Constitution (Cst.)<sup>7</sup>, la LEg, la LHand et l'art. 261<sup>bis</sup> du code pénal (CP)<sup>8</sup> confèrent à la Suisse une protection développée contre la discrimination<sup>9</sup>, mais que celle-ci se limite au domaine du droit public. Il considère que la situation est peu claire et lacunaire en droit privé, malgré les articles sur la protection de la personnalité (art. 27 ss du code civil [CC]<sup>10</sup>). Le peu de cas portés en justice indique selon lui que les victimes ne savent pas que le droit privé offre une protection contre la discrimination et que la sensibilisation fait défaut de manière générale. Le peu de condamnations prononcées sur une période pourtant longue montre selon lui que les bases légales existantes ne sont pas appliquées et qu'il en résulte une certaine inefficacité. Il perçoit des obstacles procéduraux qui

<sup>4</sup> L'étude (synthèse en français et études thématiques uniquement en allemand) est publiée sur le site Internet de l'Office fédéral de la justice (OFJ).

<sup>5</sup> RS 151.1

<sup>6</sup> RS 151.3

<sup>7</sup> RS 101

<sup>8</sup> RS 311.0

<sup>9</sup> Voir la synthèse, p. 94

<sup>10</sup> RS 210

atténuent le potentiel de protection du droit en vigueur<sup>11</sup>. Il recommande de ce fait la mise en place d'une interdiction de la discrimination en droit privé, par exemple en complément des art. 27 ss. CC.

Le CSDH recommande par ailleurs d'accroître la cohérence du droit suisse anti-discrimination et propose les mesures générales ci-après pour assurer une plus grande sécurité juridique et renforcer la protection:

- durcir les sanctions, principalement dans le domaine du droit du travail, de la LEg et de la LHand;
- inscrire la problématique de la discrimination multiple dans une disposition légale;
- étendre le droit d'action des organisations inscrit dans la procédure civile à tous les domaines relevant du droit anti-discrimination;
- prévoir un allègement du fardeau de la preuve pour tous les cas de discrimination dans la procédure civile et dans la procédure de droit public;
- permettre la résolution extrajudiciaire des conflits (médiateur) dans tous les cas de discrimination;
- réduire voire éliminer les frais de procédure dans les cas de discrimination;
- sensibiliser toutes les personnes concernées;
- systématiser la collecte des données relatives à la discrimination;
- faire le point sur les ressources attribuées par l'Etat et les augmenter.

Il recommande en outre des mesures spécifiques aux domaines examinés (égalité entre femmes et hommes, LGBTI, égalité des personnes handicapées, racisme). Il constate que la protection est particulièrement déficiente dans le domaine LGBTI puisqu'il n'existe pratiquement aucune réglementation pour les transgenres et les intersexués.

## **2.2 Recommandations concernant l'égalité des sexes**

### **2.2.1 LEg**

La Constitution interdit la discrimination fondée sur le sexe (art. 8, al. 2, Cst.). L'art. 8, al. 3, Cst. précise que le législateur doit pourvoir à l'égalité de droit et de fait entre femmes et hommes, ce qu'il a fait en adoptant la LEg.

Tout comme le rapport d'évaluation de la LEg paru en 2006<sup>12</sup>, l'étude du CSDH conclut au bon fonctionnement de la loi. Elle souligne néanmoins que certains problèmes procéduraux empêchent les employés qui se sentent discriminés de faire valoir leurs droits en justice: droit de recours des organisations limité à l'action en constatation de droit, difficultés d'apporter les preuves nécessaires en raison d'un manque d'information, absence d'allègement du fardeau de la preuve en cas de

<sup>11</sup> Voir la synthèse, pp. 96 s.

<sup>12</sup> Rapport du 15 février 2006 relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002 (<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/3061.pdf>).

discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel et réglementation insuffisante concernant les sanctions. A cela s'ajoute le risque inhérent à tout procès, qui implique de devoir s'acquitter des frais de procédure de la partie adverse en cas de déboulement. L'étude du CSDH souligne en sus l'absence de moyens institutionnels visant à faire appliquer l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe dans la vie professionnelle. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a bien un mandat d'information et de conseil, mais il n'existe aucun service étatique disposant de compétences d'investigation et d'intervention auprès des employeurs. Il incombe donc aux employés de faire respecter eux-mêmes l'interdiction de la discrimination, et en particulier le droit à l'égalité de salaire inscrit dans la Constitution<sup>13</sup>. Enfin, à l'issue de son examen, le CSDH parvient à la conclusion que les personnes concernées (employés, employeurs, membres du barreau, autorités judiciaires et services étatiques) continuent d'être insuffisamment sensibilisés malgré les mesures déjà prises.

### 2.2.2 Femmes enceintes et mères

L'étude du CSDH, qui se fonde à ce niveau sur une analyse de cas, montre que les femmes enceintes et celles ayant récemment accouché obtiennent généralement gain de cause en justice lorsqu'elles invoquent la protection absolue contre le licenciement (art. 336 ss CO<sup>14</sup>). Le CSDH n'est néanmoins pas en mesure de dire quelle proportion de femmes licenciées durant leur grossesse ou peu de temps après la naissance s'orientent effectivement vers la voie judiciaire. Des mesures de sensibilisation, d'information et de formation pourraient permettre de faire encore mieux connaître la réglementation aux employeurs et aux employées. Il serait utile que les centres de consultation et de médiation enregistrent systématiquement tous les cas dont ils ont connaissance<sup>15</sup>.

### 2.2.3 Violence domestique

Il existe diverses dispositions censées faciliter l'accès à la justice pour les victimes de violence domestique (loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI)<sup>16</sup>, droit pénal et droit de la procédure pénale, protection de la personnalité en droit privé<sup>17</sup>, loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr]<sup>18</sup><sup>19</sup>). Le CSDH a renoncé à examiner l'efficacité du droit relatif à la violence domestique dans son étude, car la

<sup>13</sup> L'avant-projet du 18 novembre 2015 ne change rien à la situation. Voir le rapport explicatif : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vn-ber-f.pdf> et l'avant-projet:

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohngleichheit/vorentw-f.pdf>  
RS 220

<sup>15</sup> Voir l'étude thématique 2 « Geschlecht – Juristische Analyse » (uniquement en allemand), p. 52.

<sup>16</sup> RS 312.5

<sup>17</sup> Art. 28a CC

<sup>18</sup> RS 142.20

<sup>19</sup> Voir l'avant-projet de loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, qui était en consultation jusqu'à janvier 2016:  
[https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2307/Protection-des-victimes-de-violence\\_Projet\\_fr.pdf](https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2307/Protection-des-victimes-de-violence_Projet_fr.pdf)

jurisprudence la considère davantage comme un problème de protection de la personnalité que comme une forme de discrimination.

### 2.3 Recommandations concernant les LGBTI

Le sigle LGBTI désigne les homosexuels, les bisexuels, les transgenres et les intersexués. Tandis que «LGB» désigne des formes d'expression de l'orientation sexuelle, «TI» a trait à des caractéristiques de naissance: non-correspondance du sexe biologique et du genre social (transgenres) ou impossibilité d'intégrer le sexe biologique dans le système dualiste hommes / femmes, par exemple parce qu'un individu a les caractéristiques biologiques des deux sexes (intersexués<sup>20</sup>).

Les LGBTI sont victimes de discrimination dans leur vie professionnelle, mais aussi s'agissant de l'accès au logement, aux services ou à la justice et de l'exercice des droits parentaux. Leurs droits à la liberté sexuelle, à la protection contre la violence physique ou psychologique et à la reconnaissance du changement de sexe (TI) sont régulièrement bafoués. Les problèmes des homosexuels ne sont cependant pas les mêmes que ceux des transgenres et des intersexués.

Par exemple, il arrive souvent que des couples homosexuels ne fassent pas enregistrer leur partenariat car cela les obligerait à révéler leur état civil à leur employeur ou à leur bailleur. Les couples homosexuels subissent également la discrimination lors des procédures de naturalisation ou d'adoption.

Les transgenres ont souvent l'impression que leurs besoins ne sont pas reconnus suffisamment à leur poste de travail, qu'il s'agisse de l'utilisation des toilettes, de l'attribution d'un vestiaire ou de la fourniture d'un uniforme de travail. On leur assigne souvent des tâches très physiques sans égard pour la thérapie hormonale qu'ils suivent ou l'opération de changement de sexe qu'ils ont subie récemment. Ils ont du mal à se faire rembourser les frais de changement de sexe ou à être admis par une assurance complémentaire. Il arrive qu'on leur refuse l'enregistrement du partenariat qu'ils forment avec une autre personne.

Les intersexués font quant à eux souvent l'objet d'opérations chirurgicales précipitées. Comme les transgenres, ils doivent en outre franchir d'importants obstacles avant de pouvoir changer de sexe ou de prénom dans le registre de l'état civil.

Les LGBTI ne sont pas mentionnés expressément dans les accords internationaux. Les organes institués par les pactes internationaux du 16 décembre 1966 relatifs respectivement aux droits économiques, sociaux et culturels [pacte ONU I]<sup>21</sup> et aux droits civils et politiques [pacte ONU II]<sup>22</sup> ou la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>23</sup> s'y réfèrent en usant des caractéristiques « sexe » ou « toute autre situation ». Il en va de même de la protection contre la discrimination inscrite dans la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

<sup>20</sup> Les intéressés rejettent la notion d'« intersexué » et préfèrent être qualifiés de « personnes connaissant des variations de genre ».

<sup>21</sup> RS 0.103.1

<sup>22</sup> RS 0.103.2

<sup>23</sup> RS 0.108

(CEDH)<sup>24</sup>: selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les caractéristiques liées à l'orientation et à l'identité sexuelles figurent à l'art. 14, bien qu'elles ne soient pas explicites<sup>25</sup>.

L'interdiction générale de la discrimination inscrite à l'art. 8, al. 2, Cst. vaut pour les LGBTI. Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, la caractéristique « mode de vie » couvre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (LGB) et la caractéristique « sexe » celles découlant de l'identité sexuelle (TI). Le CSDH constate toutefois qu'il n'existe pratiquement aucune jurisprudence concernant les LGBTI.

Outre les dispositions de droit civil et de droit pénal figurant à l'échelon de la loi, deux lois fédérales revêtent une certaine importance pour les homosexuels: la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat (LPart)<sup>26</sup> et la LEG, bien que son applicabilité en la matière soit controversée. Selon l'étude du CSDH, les transgenres sont par contre invisibles dans la législation suisse, sauf à l'art. 7, al. 2, let. o, de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC)<sup>27</sup>, où le changement de sexe figure parmi les données à enregistrer dans le registre de l'état civil. La situation est la même pour les intersexués.

Le CSDH recommande d'accorder un traitement juridique différencié aux groupes composant les LGBTI, car leurs besoins en matière de protection varient. La LPart confère déjà une certaine protection juridique aux homosexuels. Le droit en vigueur offre par contre beaucoup moins de possibilités aux transgenres de lutter contre la discrimination dont ils peuvent être l'objet. Les intersexués enfin ne bénéficient d'aucune protection. Par ailleurs, l'Etat suisse n'a mis en place aucun service chargé des problèmes que rencontrent les LGBTI. Le CSDH recommande de ce fait la création de services spécialisés et de services de consultation publics ou soutenus par l'Etat et dotés de suffisamment de ressources financières et de ressources en personnel.

### 2.3.1 Orientation sexuelle (LGB)

Le CSDH recommande d'examiner si la LEG pourrait s'appliquer aux homosexuels. Cela leur permettrait, en cas de discrimination dans leur vie professionnelle, de bénéficier des allègements de procédure que la loi institue<sup>28</sup>. Il estime en outre qu'il faut étudier les options visant à permettre aux homosexuels qui ont conclu un partenariat enregistré d'adopter l'enfant de leur partenaire et d'avoir accès à la naturalisation facilitée. L'accès au mariage est selon lui un autre point à analyser, car la LPart a créé un statut spécial pour les couples homosexuels qui est source de nouvelles inégalités. Enfin, il recommande d'étendre la portée de l'art. 261<sup>bis</sup> CP, pour pouvoir

<sup>24</sup> RS 0.101

<sup>25</sup> Voir l'étude du Conseil de l'Europe de mars 2015, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ».

<sup>26</sup> RS 211.231

<sup>27</sup> RS 211.112.2

<sup>28</sup> Le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé sur le sujet jusqu'ici. Voir Elisabeth Freivogel, n° 17 ad art. 3 LEG, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2<sup>e</sup> édition Bâle 2009, faisant référence à une discrimination à l'embauche du fait de l'homosexualité, [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch), Zürich Fall 71.

punir les personnes qui rabaissent ou dénigrent publiquement autrui en raison de son orientation sexuelle.

Les recherches du CSDH ont montré qu'il n'existait pour l'heure ni doctrine ni jurisprudence consacrées à la question des personnes bisexuelles. Il n'en est pas davantage question dans la législation.

### **2.3.2 Identité sexuelle (TI)**

Selon le CSDH, l'absence de protection contre la discrimination à l'égard des transgenres et des intersexués s'explique en grande partie par leur manque de visibilité dans la législation. Il faut selon lui institutionnaliser le travail de sensibilisation, notamment des conseillers juridiques et des personnes chargées d'appliquer la loi, et les rendre attentifs aux problèmes spécifiques des transgenres et des intersexués.

Il recommande l'adoption d'une loi permettant de modifier plus facilement le sexe inscrit à l'état civil, car tant qu'il n'existera pas de droit à la modification simplifiée, les transgenres ne pourront pas faire inscrire leur partenariat enregistré ou se marier avant la clôture de la procédure médicale et juridique de changement de sexe. Une loi fédérale permettrait d'unifier les réglementations cantonales relatives au changement de nom et de sexe et la procédure.

De même, pour les intersexués, le CSDH recommande la mise en place d'une procédure non bureaucratique de changement de sexe dans le registre de l'état civil ou la création d'une possibilité d'inscrire le sexe ultérieurement dans le registre.

Outre l'absence de réflexion juridique et de jurisprudence sur la protection de la personnalité chez les TI, le CSDH déplore le manque de données disponibles<sup>29</sup>.

## **2.4 Recommandations concernant le racisme**

Une disposition du code pénal interdit et sanctionne les comportements racistes. Le CSDH la considère toutefois comme insuffisante. Il décrit notamment la limitation du champ d'application de l'art. 261<sup>bis</sup> CP aux agissements publics. Il regrette en outre que la protection contre la discrimination ne s'étende pas aux critères de nationalité ni de statut juridique (étrangers, requérants d'asile, etc.) et appelle de ses vœux une interprétation plus large de l'art. 261<sup>bis</sup> CP. Il estime que l'absence de droit d'action des organisations en rapport avec l'art. 261<sup>bis</sup> CP restreint l'accès à la justice en cas de discrimination raciale et demande qu'on examine sa mise en place.

Le CSDH regrette que le droit civil ne contienne aucune disposition spécifique concernant la discrimination raciale. Les personnes qui subissent la discrimination en raison de leur race dans le milieu professionnel ou lorsqu'elles recherchent un logement ne peuvent se référer qu'aux dispositions générales du code civil et du code des obligations (protection de la personnalité, interdiction de résiliation abusive des rapports de travail, nullité de la résiliation et droit à la prolongation du bail, etc.).

<sup>29</sup> Le CSDH (synthèse, ch. 3.5) estime entre 20 et 100 le nombre d'enfants qui naissent chaque année en Suisse avec une variante sexuelle (intersexués). Faute de relevé statistique, on ne dispose pas de données fiables. Les hôpitaux devraient être chargés de les recueillir.

Or, sur le plan procédural, les difficultés à réunir les preuves, la peur de s'exposer au travail et le niveau prohibitif des frais de procédure et des dépens entravent la protection contre la discrimination. Le CSDH recommande par conséquent qu'on réfléchisse à la mise en place de l'allègement du fardeau de la peine, de l'action des organisations et d'un renforcement des sanctions encourues pour discrimination raciale.

## **2.5 Recommandations concernant l'égalité des personnes handicapées**

Les mêmes problèmes de procédure que ceux constatés pour le racisme se posent en matière de protection des personnes handicapées contre la discrimination. Le CSDH relève l'absence d'allègement du fardeau de la preuve, de droit d'action des organisations à large échelle et de services spécialisés de médiation accessibles au grand public.

La LHand comporte en premier lieu des dispositions relatives à la protection contre les inégalités qui seraient le fait de l'Etat: dans les constructions et installations accessibles au public, dans les transports publics, dans la formation et en rapport avec d'autres services publics (art. 3 LHand). La LHand ne déploie toutefois pas une pleine protection dans ces domaines. Elle n'englobe pas les rapports de travail de droit public avec les cantons et les communes.

Elle ne protège que marginalement les personnes handicapées de la discrimination par des particuliers, un aspect qui se révèle problématique lorsqu'elles doivent recourir à des services. De plus, la définition de la discrimination par des particuliers est plus étroite que celle de la discrimination par l'Etat. La loi ne s'applique pas aux aspects du travail relevant du droit privé. Les personnes handicapées victimes de discrimination par des particuliers doivent par conséquent se référer aux dispositions générales sur la protection de la personnalité. Elles ne peuvent que prétendre à une indemnisation alors qu'elles peuvent veiller à faire cesser la discrimination si elle est le fait de l'Etat. Selon l'étude du CSDH, cela explique pourquoi les personnes handicapées entament rarement des démarches juridiques lorsqu'on leur refuse des prestations ou lorsqu'elles rencontrent des problèmes dans le monde du travail. Le CSDH indique en outre que les victimes, les spécialistes du droit, les services spécialisés, les centres de consultation et les organisations de défense des handicapés connaissent souvent insuffisamment les droits dont les personnes handicapées disposent. S'appuyant sur l'enquête réalisée auprès des experts, il constate que des mesures de sensibilisation sont indispensables. Il recommande la mise à disposition de ressources pour les centres de consultation afin d'assurer la formation de personnel juridique supplémentaire.

## **3 Droit comparé**

Le postulat Naef charge le Conseil fédéral de faire une étude de droit comparé sur l'efficacité des différents instruments juridiques employés.

Le droit communautaire comporte de nombreuses directives relatives à la discrimination<sup>30</sup>. Comme l'indique le ch. 1.2, une étude relativement récente de l'UE sur l'accès à la justice pour faire valoir le droit à l'égalité et à la non-discrimination donne un aperçu de la situation dans les Etats membres de l'UE (à l'époque 27) et les Etats membres de l'AELE/EEE (Islande, Liechtenstein et Norvège)<sup>31</sup>. On pourra se reporter à cette étude pour les aspects de droit comparé.

L'étude de l'UE éclaire l'accès à la justice en cas de discrimination fondée sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Elle se concentre sur la mise en œuvre des garanties de procédure et des prescriptions relatives à l'indemnisation et aux sanctions. Elle a pour objet l'impact effectif du cadre juridique dans la pratique.

Elle conclut que les Etats ont réglé l'accès à la justice de manières très différentes et que rares sont ceux qui ont mis en place des tribunaux spécialisés dans la discrimination. Les rôles et les tâches des ONG et des services étatiques visant à promouvoir l'égalité divergent aussi nettement d'un Etat à l'autre. Ces institutions assument toutefois une fonction importante de soutien juridique aux victimes de discrimination (action des organisations, conseil). Bien que l'UE n'interdise pas expressément la discrimination multiple, ses directives indiquent que les différents types de discrimination peuvent se recouper. Cela peut s'avérer problématique lorsque plusieurs instances juridiques sont responsables du même type de discrimination<sup>32</sup>. L'absence de réglementation sur l'interdiction de la discrimination multiple est désignée comme un problème d'accès à la justice dans l'étude de l'UE.

L'étude désigne l'inversion du fardeau de la preuve comme un acquis important dans le soutien aux victimes de discrimination. Bien que les Etats soient tenus d'inscrire cette inversion dans leurs lois anti-discrimination, il est rare qu'elle figure expressément dans les codes de procédure civile, ce que l'étude décrit aussi comme un obstacle à la procédure.

Elle déplore que les délais prévus pour entamer une procédure soient très courts. La durée excessive de la procédure dans de nombreux Etats est elle aussi qualifiée d'obstacle à l'accès à la justice, au même titre que les frais élevés de procédure, sauf en matière d'emploi, domaine dans lequel de nombreux pays prévoient une procédure gratuite. Les frais de représentation dans la procédure constituent un obstacle encore plus grand. Les faibles montants perçus à titre d'indemnisation et l'absence de sanctions effectives découragent également les victimes de discrimination.

L'étude de l'UE conclut à la nécessité d'harmoniser les nombreuses prescriptions anti-discrimination qui coexistent au sein de l'Union et dans les Etats membres. Elle préconise une simplification des procédures, l'amélioration de l'aide juridictionnelle et du conseil juridique en faveur des victimes de discrimination et la mise en place

<sup>30</sup> Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives (directive 2000/43/CE: art. 15; directive 2000/78/CE: art. 17; directive 2004/113/CE: art. 14; directive 2006/54/CE: art. 25); garanties de protection juridique (directive 2000/43/CE: art. 7; directive 2000/78/CE: art. 9; directive 2004/113/CE: art. 14; directive 2006/54/CE: art. 17), allègement du fardeau de la preuve (directive 2000/43/CE: art. 8; directive 2000/78/CE: art. 10; directive 2006/54/CE: art. 19; directive 2004/113/CE: art. 9), arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne concernant ces problématiques.

<sup>31</sup> « Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law », février 2011, voir note de bas de page 1.

<sup>32</sup> Comme c'est le cas en Bulgarie, en Allemagne, en Italie, en Roumanie, en Espagne et en Grande-Bretagne.

de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Elle recommande l'extension des tâches et des moyens des ONG et des centres de consultation, la formation et le perfectionnement des spécialistes et la mise au point de systèmes permettant de recueillir des données statistiques sur la discrimination.

Elle parvient donc à des résultats semblables à l'étude du CSDH pour la Suisse, même si la législation de l'UE va plus loin, surtout dans le domaine du droit privé.

## **4 Avis du Conseil fédéral**

### **4.1 Généralités**

Le Conseil fédéral a noté à plusieurs reprises que le droit en vigueur et la jurisprudence à laquelle il avait donné lieu garantissaient une protection suffisante contre la discrimination, raison pour laquelle il s'est constamment opposé à l'élaboration d'une loi générale contre la discrimination<sup>33</sup>. Il s'est toutefois montré favorable à une étude sur l'efficacité du droit en vigueur telle que la demandait le postulat Naef et s'est déclaré prêt à revoir en profondeur les points qu'une telle étude soumettrait à caution.

Les enquêtes menées par le CSDH auprès des membres du barreau et des tribunaux confirment l'opinion du Conseil fédéral selon laquelle les bases matérielles de la protection contre la discrimination sont adaptées et suffisantes, notamment dans le domaine du droit public<sup>34</sup>. Le droit privé est toutefois plus lacunaire. La rareté des décisions judiciaires concernant des problèmes de discrimination pourrait de fait indiquer que les victimes ne connaissent pas suffisamment les possibilités dont elles disposent ou que celles-ci sont trop complexes, voire que les mesures ne sont pas suffisamment efficaces en raison d'obstacles relevant du droit de la procédure.

Un groupe de travail interne à l'administration, composé de représentants de l'OFJ, du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH), du BFEG et du Service de lutte contre le racisme (SLR) a eu pour tâche d'examiner soigneusement les résultats de la vaste étude menée par le CSDH, d'étudier ses recommandations et de dégager les propositions méritant un approfondissement.

## **4.2 Recommandations auxquelles il n'est pas donné suite**

### **4.2.1 Création d'une norme anti-discrimination en droit privé**

Le CSDH recommande d'inscrire la protection contre la discrimination dans une norme de droit privé explicite qui viendrait compléter les art. 27 ss CC relatifs à la protection de la personnalité<sup>35</sup>. Le Conseil fédéral juge qu'il ne s'agit pas là d'un moyen adéquat. Une telle norme raviverait les discussions du fait, d'une part, qu'elle

<sup>33</sup> Le Conseil national et le Conseil des Etats ont jusqu'ici régulièrement rejeté les interventions parlementaires préconisant l'élaboration d'une loi générale sur l'égalité ou la lutte contre la discrimination. Voir ip. Bea Heim (09.3242 « Protection contre la discrimination »), iv. pa. Rechsteiner (07.422 « Loi sur l'égalité de traitement »).

<sup>34</sup> Voir la synthèse, pp. 46 s.

<sup>35</sup> Voir la synthèse, p. 101.

susciterait des attentes que même une définition détaillée de la protection contre la discrimination ne serait pas à même de combler et, d'autre part, qu'elle s'apparenterait à une loi générale contre la discrimination, que le Parlement a toujours rejetée et que le CSDH s'abstient expressément de recommander. Il serait par ailleurs difficile de voir comment cette norme générale est censée s'articuler avec les normes spéciales en vigueur.

#### **4.2.2 Durcissement des sanctions, notamment dans le domaine du droit du travail**

Le CSDH recommande un durcissement des sanctions relevant du droit du travail<sup>36</sup>. Le Conseil fédéral a proposé à ce titre dans un avant-projet de révision partielle du code des obligations envoyé en consultation le 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>37</sup> de faire passer de six à douze mois l'indemnité versée en cas de licenciement abusif ou injustifié. Cet avant-projet n'a pas réuni un consensus politique suffisant et a été suspendu. Le Conseil fédéral a dès lors lancé une étude sur la protection des représentants des employés, l'un des sujets les plus controversés en matière de protection juridique. Il s'en est suivi une deuxième étude sur la protection des travailleurs exerçant leur droit de grève. Le CSDH et les auteurs de ces études font le constat unanime que la protection est insuffisante. Dans son avant-projet de 2010, le Conseil fédéral avait proposé de renforcer la protection de manière générale dans le domaine du droit du travail, quel que soit le motif de licenciement. Il poursuivra sur cette voie et étudiera la recommandation du CSDH dans le cadre du projet actuellement pendant de révision du droit de la protection contre le licenciement et des discussions en cours, notamment au sein de la Commission tripartite pour les affaires de l'Organisation internationale du travail (OIT).

#### **4.2.3 Allègement du fardeau de la preuve dans les cas de discrimination**

L'étude du CSDH démontre que les règles générales sur la répartition du fardeau de la preuve sont susceptibles de fait de constituer un obstacle à l'accès à la justice dans les cas de discrimination. L'évaluation de la LHand réalisée récemment le confirme<sup>38</sup>. Toutefois, le Conseil fédéral considère que l'option retenue dans l'étude du CSDH qui consiste à alléger le fardeau de la preuve de manière générale dans tous les cas de discrimination n'est pas réaliste. A première vue, le fardeau de la preuve et sa répartition engendrent souvent des difficultés et des risques dans la procédure, et cela pas seulement dans les cas de discrimination. Mais la jurisprudence, qui peut être très nuancée, permet souvent de remédier aux problèmes rencontrés au cas par cas. Un allègement général du fardeau de la preuve dans les cas de discrimination requerrait un consensus sur le fait que ces victimes méritent une meilleure protection

<sup>36</sup> Voir la synthèse, p. 102.

<sup>37</sup> Rapport explicatif et avant-projet: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing/vn-veberf.pdf>

<sup>38</sup> Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Schlussbericht der Arbeitsgemeinschaft BASS/ZHAW, août 2015 (uniquement en allemand).

que celles qui ont fait l'objet d'un licenciement abusif. Le renversement du fardeau de la preuve est très contesté sur le plan politique, raison pour laquelle le Conseil fédéral y a renoncé par exemple dans son message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin)<sup>39</sup>.

#### **4.2.4 Mise en place de services de médiation pour les cas de discrimination**

Le Conseil fédéral n'entend pas pour l'instant concrétiser l'idée des services de médiation spécialisés dans les cas de discrimination. Il a tenté à plusieurs reprises de mettre en place un service de médiation, mais a été contrecarré dans ses projets, la dernière fois le 20 février 2004, lorsque la Commission des institutions politiques du Conseil national a décidé de rejeter l'avant-projet de loi sur le Bureau fédéral de médiation. La situation politique ne semble pas avoir changé depuis. Le Conseil fédéral considère que les outils ciblés sur les besoins spéciaux sont plus prometteurs.

Les procédures extrajudiciaires de conciliation et de résolution des litiges existent en droit civil, de même que dans la LEg, spécifiquement pour les cas de discrimination fondée sur le sexe. Il serait possible d'envisager des mécanismes identiques pour lutter contre la discrimination à l'égard des personnes handicapées, par exemple dans le cadre de la révision de la LHand. Le Guide juridique Discrimination raciale, qui sera révisé d'ici à 2017, accordera lui aussi davantage d'importance à la résolution extrajudiciaire des litiges et au règlement extrajudicatif des conflits<sup>40</sup>.

#### **4.2.5 Renforcement de la protection contre la discrimination dans la LEg**

Le CSDH recommande de développer les sanctions dans le domaine de l'égalité hommes-femmes afin d'améliorer l'effet de prévention générale de la LEg<sup>41</sup>. L'indemnisation que les victimes de discrimination peuvent escompter est effectivement peu attrayante comparée au risque de devoir assumer les frais de procédure. L'avant-projet de révision partielle du code des obligations mentionné au ch. 4.2.2 prévoyait une modification de l'art. 5, al. 4, LEg allant dans le sens d'un rehaussement à douze mois de salaire de l'indemnité maximale perçue en cas de licenciement abusif dû à de la discrimination. Le Conseil fédéral considère qu'il est préférable de ne pas traiter ce point actuellement, pas plus que la question de savoir si l'allègement du fardeau de la preuve dans la LEg doit s'appliquer également aux cas de discrimination à l'embauche et de harcèlement sexuel, comme le recommande le CSDH dans son étude. Il lui importe de réaliser en premier lieu l'égalité salariale<sup>42</sup>. Il ne souhaite pas proposer maintenant de nouvelles mesures qui devraient s'inscrire dans le cadre de la LEg.

<sup>39</sup> FF 2015 8101 8125 s.

<sup>40</sup> [www.slr.admin.ch](http://www.slr.admin.ch) > Droit et conseil > Guide juridique Discrimination raciale.

<sup>41</sup> Voir l'étude thématique 2 «Geschlecht – Juristische Analyse», p. 65.

<sup>42</sup> Voir l'avant-projet envoyé en consultation le 18 novembre 2015.

Le CSDH recommande la création d'autorités dotées de compétences d'investigation et d'intervention. Dans l'avant-projet qu'il a envoyé en consultation le 18 novembre 2015, le Conseil fédéral propose des mesures supplémentaires permettant d'imposer l'égalité salariale. Les entreprises employant 50 collaborateurs ou plus seront tenues de par la loi de faire réaliser une analyse des salaires tous les quatre ans et de la faire contrôler par des auditeurs externes. Dans cette variante au modèle proposé par le CSDH, le Conseil fédéral mise donc sur la responsabilité des entreprises. Il avait déjà pris cette décision de principe en octobre 2014.

#### **4.2.6 Extension de la portée de l'art. 261<sup>bis</sup> CP**

Le Conseil fédéral considère qu'il n'est pas utile d'examiner l'opportunité d'étendre la portée de l'art. 261<sup>bis</sup> CP comme le propose le CSDH. Dans sa réponse à l'interpellation Trede (15.3327 « Faut-il créer une commission contre le sexisme? »), il notait déjà qu'il n'était pas nécessaire d'édicter une disposition légale spécifique contre le sexisme, d'autant que de nombreux articles du code pénal pouvaient déjà s'appliquer, notamment celui qui sanctionne le harcèlement sexuel (art. 198 CP).

Le Conseil fédéral n'entend pas davantage suivre les recommandations faites par le CSDH en rapport avec le racisme et l'art. 261<sup>bis</sup> CP (droit d'action des organisations, maxime d'office pour les prétentions de droit civil, punissabilité des partis et des organisations politiques, frais de procédure judiciaire, indemnisation, délais). De manière générale, le droit pénal et le droit de la procédure pénale ne reconnaissent pas la qualité pour agir des organisations. Il serait contraire au système pénal de prévoir une solution particulière pour les infractions au sens de l'art. 261<sup>bis</sup> CP.

### **4.3 Recommandations à approfondir**

#### **4.3.1 Renforcement de la protection dans certains domaines**

Le CSDH identifie des lacunes dans la protection contre la discrimination offerte par le droit privé. Il suggère une norme spécifique contre la discrimination qui viendrait compléter la protection de la personnalité. Les réserves du Conseil fédéral quant à cette proposition sont exposées au ch. 4.2.1. Il considère néanmoins qu'il est judicieux d'examiner dans quels domaines des normes supplémentaires sont nécessaires (par ex. milieu professionnel, droit du bail, droit des contrats en général, etc.).

#### **4.3.2 Extension de la portée du droit d'action des organisations**

L'action des organisations figure à l'art. 89 du code de procédure civile (CPC)<sup>43</sup> et à l'art. 7 LEg. Son extension à tous les types de discrimination et la résolution des problèmes d'application de l'art. 89 CPC sont des questions traitées dans le cadre des travaux législatifs consécutifs à la motion Birrer-Heimo (13.3931 « Exercice collectif des droits. Promotion et développement des instruments ») et à la motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (14.4008 « Adaptation du

<sup>43</sup> RS 272

code de procédure civile »)<sup>44</sup>. Il faudra examiner dans ce contexte l'opportunité d'étendre sur certains points les droits d'action des organisations inscrits dans la LEG et la LHand.

### 4.3.3 Réduction des frais des procédures civiles

Le Conseil fédéral estime qu'il faut approfondir la question de la réduction voire de l'élimination des frais de procédure, et notamment des frais judiciaires, dans les cas de discrimination. Il souhaite toutefois que cet approfondissement ait lieu dans un contexte plus large, en appliquant cette approche à tout le droit de la procédure civile. L'examen et la mise en œuvre éventuelle de cette recommandation aura donc lieu dans le cadre des travaux visant à adapter le CPC (voir la motion 14.4008).

### 4.3.4 Sensibilisation

L'étude du CSDH confirme les résultats des évaluations de la LEG et de la LHand, à savoir que les victimes et leurs représentants connaissent trop peu le droit matériel et les moyens d'action dont ils disposent. Le Conseil fédéral estime de ce fait que la sensibilisation des personnes concernées aux possibilités de protection et de conseil constitue une tâche permanente, qu'il est préférable d'assumer spécifiquement en fonction du type de discrimination considéré.

La sensibilisation générale est l'une des mesures courantes appliquées par le SLR, renforcée avec la mise en place en 2014 des programmes cantonaux d'intégration définis par la Confédération et les cantons. Ceux-ci prévoient en particulier que les personnes qui ont subi la discrimination du fait de leur origine ou de leur race doivent bénéficier d'un conseil et d'un soutien compétents. Les autorités et les structures existantes doivent reconnaître, appréhender et modifier les comportements discriminants afin que tout un chacun puisse accéder à leurs prestations. Elles doivent ce faisant informer, sensibiliser, former et soutenir les projets de tiers. En février 2016, le SLR a publié un guide pratique en collaboration avec l'association AvenirSocial, intitulé « Rassistische Diskriminierung und Diskriminierungsschutz konkret » (uniquement en allemand). Ce guide a pour vocation de permettre aux travailleurs sociaux de mieux conseiller les victimes de discrimination raciale et, au besoin, de les orienter vers des services spécialisés.

Le BFEH fait lui aussi de larges efforts de sensibilisation puisqu'il organise des conférences, publie une infolettre et fournit des aides financières<sup>45</sup>. L'évaluation de la LHand a toutefois montré qu'il restait encore beaucoup à faire dans ce domaine.

Le BFEG a lui aussi pour tâche d'informer et de sensibiliser. Ses publications, études, avis et autres documents établis en vue de conférences peuvent être consultés sur son site Internet<sup>46</sup>.

Il n'existe pas d'autorité fédérale dotée d'une mission de conseil et d'information dans le domaine LGBTI. La situation financière n'encourage guère à la création de

<sup>44</sup> Voir par ailleurs l'interpellation Birrer-Heimo (15.4171 « Exercice collectif des droits. Mise en œuvre des mesures promises »).

<sup>45</sup> Voir <https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/fachstellen/aktuell.html>.

<sup>46</sup> [www.bfeg.admin.ch](http://www.bfeg.admin.ch).

nouvelles autorités. Le Conseil fédéral se dit toutefois prêt à examiner les manières de sensibiliser les spécialistes du droit et les institutions aux problèmes spécifiques des LGBTI.

Il considère qu'il est important d'entreprendre une sensibilisation à la discrimination multiple, aspect que le CSDH n'a pas approfondi dans son étude. Les services de consultation, les membres du barreau et les autorités d'application du droit doivent prendre en considération dans le cas concret le fait qu'il puisse y avoir discrimination multiple, pour pouvoir agir de manière coordonnée<sup>47</sup>. Il convient de réfléchir aux mesures d'information envisageables. Il ne paraît pas utile pour l'instant, de l'avis du Conseil fédéral, d'agir sur le plan légal.

### **4.3.5 Collecte de données sur la discrimination**

La sensibilisation repose sur la disponibilité des données relatives à la discrimination, raison pour laquelle le CSDH recommande de systématiser la collecte de ces données. Pour le Conseil fédéral, il importe toutefois de préciser dans quels domaines il est réellement utile de disposer de données supplémentaires.

Il existe déjà des bases de données dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes qui couvrent tous les cas au sens de la LEG<sup>48</sup>. La Conférence suisse des offices de conciliation fait un récapitulatif annuel des cas traités par les offices, mais il n'est ni systématique ni exhaustif. Le BFEG attribuera sans doute au cours de l'année 2016 un mandat d'analyse approfondie des cas de discrimination ciblés par l'étude du CSDH en fonction des thèmes de la LEG. Dans le domaine du racisme, le rapport bisannuel du SLR fournit des données sur des questions générales et sur les différents domaines et groupes de population concernés. La Commission fédérale contre le racisme récolte quant à elle spécifiquement les données relatives aux jugements prononcés sur la base de l'art. 261<sup>bis</sup> CP.

L'étude du CSDH qualifie les données disponibles d'insuffisantes, notamment dans le domaine des LGBTI, où celles relatives aux transgenres et aux intersexués sont quasiment inexistantes. Le Conseil fédéral accepte d'étudier de près s'il est nécessaire de recueillir ce genre de données et si oui, comment.

### **4.3.6 Egalité des personnes handicapées**

On renvoie ici aux résultats de l'évaluation de la LHand (rapport du 2 décembre 2015) et aux travaux qui lui font suite. Un rapport sur les défis politiques à relever en la matière sera présenté au Conseil fédéral fin 2016. On pourra analyser dans le détail les recommandations du CSDH dans le cadre de son élaboration.

<sup>47</sup> Sur le sujet: Eleonor Kleber, La discrimination multiple, étude de droit international, suisse et européen, thèse Fribourg 2015.

<sup>48</sup> Cas de Suisse romande: [www.leg.ch](http://www.leg.ch); cas de Suisse alémanique: [www.gleichstellungsgesetz.ch](http://www.gleichstellungsgesetz.ch); cas du Tessin: [www.sentenze.parita.ch](http://www.sentenze.parita.ch).

### 4.3.7 LGBTI

D'après l'étude du CSDH, les manquements les plus importants relèvent du domaine des LGBTI. Il faut rappeler à cet égard que les différents groupes qui les composent ont des besoins divers, ce qui ouvre différents champs d'action.

#### LGB

Divers projets sont en cours en faveur des LGB. Le Conseil fédéral a adressé au Parlement un message en faveur de l'adoption de l'enfant du partenaire<sup>49</sup>. L'initiative parlementaire Fiala (13.422 « Egalité du partenariat enregistré et du mariage devant la procédure de naturalisation »), qui demande l'adaptation de la Constitution et de la loi sur la nationalité de manière à garantir l'égalité entre le partenariat enregistré et le mariage dans la procédure de naturalisation, a été déposée le 22 mars 2012<sup>50</sup>. Le 5 décembre 2013, le groupe vert/libéral a lui aussi déposé une initiative parlementaire (13.468 « Mariage civil pour tous »), à laquelle les Commissions des affaires juridiques du Conseil national et du Conseil des États ont respectivement donné suite le 20 février et le 1<sup>er</sup> septembre 2015. Il y propose un nouvel art. 14, al. 2, Cst., selon lequel « les formes d'union régies par la loi sont ouvertes à tous les couples quels que soient leur sexe ou leur orientation sexuelle ». Le 25 mars 2015, le Conseil fédéral a approuvé un rapport sur la modernisation du droit de la famille dans lequel il s'est également penché sur la question des LGB<sup>51</sup>. Il conclut qu'il est nécessaire de légiférer sur « l'assimilation du partenariat enregistré au mariage, ou l'ouverture du mariage aux couples homosexuels »<sup>52</sup>. C'est dans cette optique que le Conseil fédéral a demandé au Parlement d'adopter le postulat Caroni (15.3431 « Un pacs pour la Suisse ») du 6 mai 2015 et le postulat de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national (15.4082 « Un pacs spécifique à la Suisse ») du 5 novembre 2015. Le Conseil national a adopté les deux postulats le 15 mars 2016. Le postulat Caroni charge le Conseil fédéral d'étudier « si et sous quelles formes la Suisse pourrait, en complément du régime matrimonial, créer, pour les couples de tous sexes, un régime juridique ayant des conséquences juridiques moins étendues que le régime matrimonial ». Le postulat de la commission charge le Conseil fédéral, en relation avec le postulat Caroni, de présenter un rapport « qui se penchera sur l'opportunité d'instaurer un pacs spécifique à la Suisse, qui permette l'enregistrement d'un partenariat en tant que régime juridique hors mariage, indépendamment du sexe des couples ».

La nouvelle législation concernant le droit du nom et le droit de cité est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Elle donne la possibilité aux couples homosexuels de porter un même nom<sup>53</sup>.

L'OFJ mène actuellement des travaux en rapport avec l'initiative parlementaire Reynard (13.407 « Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation

<sup>49</sup> Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (droit de l'adoption), FF **2015** 835

<sup>50</sup> Voir également l'iv. pa. 13.418 (groupe vert/libéral), l'iv. pa. 13.419 (groupe PBD), l'iv. pa. 13.420 (groupe des Verts) et l'iv. pa. 13.421 (groupe socialiste).

<sup>51</sup> <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf>, ch. 4.2.

<sup>52</sup> Voir le ch. 9 du rapport « Modernisation du droit de la famille ».

<sup>53</sup> Art. 12a, al. 2, LPart

sexuelle »), dont le but est d'étendre la portée de l'art. 261<sup>bis</sup> CP, que le Conseil national a adoptée en mars 2015 et à laquelle la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a donné suite. Il présentera un document de travail comportant des propositions de mise en œuvre à la Commission des affaires juridiques du Conseil national à l'été 2016.

## TI

Dans sa réponse à l'interpellation Fiala (15.3521 « Personnes transgenres. Cohérence de la législation suisse et de la pratique dans le cas de la résolution 13742 du Conseil de l'Europe »), le Conseil fédéral, renvoyant au postulat Naef qui a donné lieu au présent rapport, s'est déclaré prêt à se pencher sur la question de la protection juridique des personnes transgenres. Il a annoncé qu'il examinerait également dans ce cadre la question de la mise en œuvre des recommandations du rapport 13742 du Conseil de l'Europe<sup>54</sup>.

Dans sa résolution 2048 du 22 avril 2015, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe appelle les Etats membres à instaurer des procédures rapides, transparentes et accessibles fondées sur l'autodétermination qui permettent aux personnes transgenres de changer de nom et de sexe, à abolir l'obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux et à supprimer les dispositions limitant le droit des personnes transgenres à demeurer mariées à la suite d'un changement de genre reconnu.

Aucune loi suisse ne règle actuellement le changement de sexe, celui-ci n'étant évoqué que dans l'OECS<sup>55</sup>.

La jurisprudence subordonne le changement de sexe à l'obtention d'un jugement. Le 1<sup>er</sup> février 2012, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) a publié un avis de droit sur la question du transsexualisme<sup>56</sup>, consacré à la nature de l'action en constatation du changement de sexe, à l'exigence d'interventions chirurgicales comme préalable à l'admission de l'action et à la conversion du partenariat en mariage suite au changement de sexe d'un partenaire. Par cet avis de droit, il prend position sur l'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>57</sup>, qui avait constaté des pratiques cantonales divergentes. Dans son avis de droit, l'OFEC s'oppose à l'exigence de se soumettre à une intervention chirurgicale irréversible (stérilisation, construction d'organes génitaux) et à l'obligation de dissoudre le mariage pour obtenir l'inscription du changement de sexe dans le registre de l'état civil.

Dans sa réponse à la question John-Calame (13.5300 « Intergenre. Eviter la stigmatisation »), le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à sensibiliser les autorités de l'état civil pour permettre de modifier l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil,

<sup>54</sup> « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe ». Rapport 13742 du Conseil de l'Europe du 22 avril 2015.

<sup>55</sup> Art. 7, al. 2, let. o, art. 40, al. 1, let. j et art. 98, al. 1, let h, et 2, let. c.

<sup>56</sup> <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/dokumentation/praxis/praxis-2012-02-01-f.pdf>

<sup>57</sup> L'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe de juin 2011 « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe » analyse divers aspects pour dépeindre la situation des LGBT dans 47 Etats membres du Conseil de l'Europe.

sans complication bureaucratique<sup>58</sup>, conformément aux recommandations de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine<sup>59</sup>.

Ces efforts, bien qu'allant dans le bon sens, sont encore insuffisants car ni les tribunaux ni les autorités administratives en dehors de l'état civil ne sont tenus à quoi que ce soit. L'Office fédéral de la justice examine actuellement s'il y a lieu d'introduire dans la loi une procédure simple de changement de sexe à l'état civil.

## 5 Conclusion

Le droit suisse offre une protection suffisante contre la discrimination en droit public. Le droit privé demeure quant à lui lacunaire. Les instruments juridiques dont disposent les victimes de discrimination leur permettent certes de se défendre, mais elles les connaissent souvent très mal ou ceux-ci s'avèrent trop compliqués. A cela s'ajoute une série d'obstacles procéduraux. Le Conseil fédéral s'engage à approfondir les recommandations du CSDH exposées au ch. 4.3.

<sup>58</sup> Voir les communications officielles OFEC n° 140.15 du 1<sup>er</sup> février 2014 « Intersexualité: Inscription et modification du sexe et des prénoms dans le registre de l'état civil »; <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/weisungen/mitteilungen/140-15-f.pdf>

<sup>59</sup> Voir la prise de position n° 20/2012 « Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'"intersexualité" ».