

Zürcher Hochschule  
für Angewandte Wissenschaften



Rapport de l'Organisation Suisse des lesbiennes LOS  
et de Pink Cross

concernant la situation légale des personnes homosexuelles

Synthèse et recommandations

(version française)



## Table des matières

1. Introduction .....	3
2. Synthèse .....	3
2.1. La réglementation européenne, les recommandations du Conseil de l'Europe et les principes de Jogjakarta à titre d'information.....	3
2.2. Orientation sexuelle et identité de genre comme critères de discrimination selon l'art. 8, al. 2 Cst. ....	4
2.3. Cas effectifs de discrimination/ Etudes.....	4
3. Recommandations.....	5
3.1. Engagements au niveau constitutionnel et international .....	5
3.2. Propositions de réformes .....	5
3.3. Proposition pour l'intégration des caractéristiques « orientation sexuelle et « identité de genre » dans le mandat de pouvoir à l'égalité .....	6
3.4. Adaptation du droit pénal.....	6
3.5. Adaptation de la loi sur le partenariat.....	7
3.6. Adaptations du droit des assurances sociales .....	8
3.7. Adaptation de la LDIP.....	8
3.8. Adaptation du CC – protection de la personnalité, art. 28 CC .....	8
3.9. Adaptation de la loi sur le travail (art. 6 LTr et ordonnance 3 relative à la LTr et art. 328 CO) .....	9
3.10. Adaptation du domaine des assurances (LAMal et assurances complémen taires).....	10
3.11. Adaptation des domaines de l'éducation et de la formation .....	11
3.12. Adaptation des domaines du logement, du sport et des loisirs .....	11
3.13. Adaptation du droit de la protection de l'adulte .....	12
3.14. Adaptation du droit des migrations .....	12

## Synthèse et recommandations

### 1. Introduction

La mise en oeuvre de l'interdiction de discriminer fondée sur l'orientation sexuelle d'après l'art. 8, al. 2 Cst. s'est limitée jusqu'ici à la création de l'institution du partenariat enregistré. Ceci ne peut en soi suffire aux besoins de protection. Il n'existe pas d'interdiction globale de discriminer – comme c'est le cas pour l'inégalité de traitement entre les sexes – sans compter le déficit de dispositions organisationnelles et administratives, comme par exemple de services spécialisés encourageant le respect de l'interdiction.

La loi fédérale sur le partenariat enregistré est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Le projet initial date de 1999, l'avant-projet, en grande partie accueilli favorablement, est entré en consultation le 14 novembre 2001 avant d'être approuvé par le Parlement le 18 juin 2004. La loi elle-même a été effectivement adoptée le 5 juin 2005<sup>1</sup>. Elle n'a donc pas été remaniée depuis 13 ans. La réviser s'impose en raison du développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>2</sup> et de l'évolution progressive du droit de pays européens (ouverture du mariage dans de nombreux états européens)<sup>3</sup>.

L'exposé suivant représente la synthèse de la révision d'un document de revendications des organisations LOS et Pink Cross, prenant en considération la situation juridique actuelle et la jurisprudence de la CEDH.

### 2. Synthèse

#### 2.1. La réglementation européenne, les recommandations du Conseil de l'Europe et les principes de Jogjakarta à titre d'information

Dans presque tous les états européens la discrimination en raison de l'orientation sexuelle est interdite, en raison notamment de la Directive européenne en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail 2000/78/CE. Du fait du rattachement à l'Union européenne, des lois de protection contre la discrimination ont été édictées dans tous les états membres et des services ont été créés, assurant l'application et la sauvegarde des droits garantis. Depuis 2009 cette mesure de protection est en consultation avec pour but d'être complétée par une « directive anti-discrimination », visant une égalité de traitement en dehors du monde du travail. La Norvège (1981), la France (1985), la Suède (1987), le Danemark (1986), les Pays-Bas (1993) et l'Allemagne (2006) ont édicté sans engagement des lois correspondantes. La directive part du principe que les lois visant à la protection contre la discrimination ne sont efficaces que si les personnes connaissent leurs droits et sont à même de les faire valoir, ce qui est le cas dans l'ancrage légal du droit des plaintes collectives. La collaboration entre les services nationaux, les autorités en matière d'égalité, les ONGs et les représentants des victimes de discrimination est d'une importance significative pour la mise en oeuvre de la protection contre la discrimination. Comme la Suisse, non-membre de l'Union européenne, n'est pas soumise à la directive en question, il n'existe pas

1 Le Conseil fédéral motive l'entrée en vigueur tardive par le temps nécessaire pour l'adoption des dispositions d'exécution et pour les modifications législatives au niveau fédéral, cantonal et communal ainsi que par les adaptations des programmes informatiques (communiqué de presse du 9 décembre 2005).

2 Affaire Vejdeland et autres c. Suède, No. 1813/07 arrêt du 9 février 2012; arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008.

3 La loi sur le partenariat a par exemple été révisée quatre fois en Allemagne. Ceci n'est pas à imputer à son intégration à la Communauté européenne mais plutôt au raisonnement adapter la situation juridique à la réalité, d'après le porte-parole de LSVD Berlin, 2007 ; des révisions comparables sont observables en Espagne, Angleterre, Danemark et Suède.

ici de droit explicite protégeant contre la discrimination. De part la signature et la ratification de la CEDAW (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women), l'Etat se trouve dans l'obligation légale d'agir au moins en ce qui concerne la discrimination des femmes. C'est ainsi que l'inégalité de traitement entre les sexes, en matière de travail, a été contrecarrée grâce aux règles de la loi sur l'égalité, (LEg). Il a été répondu aux revendications en matière d'égalité des sexes en seulement 5 ans, avec la mise en place de services spécialisés pour l'égalité entre les sexes (législation fédérale, cantonale et communale)<sup>4</sup>. Les personnes handicapées peuvent également faire valoir les différentes normes de la loi sur l'égalité en faveur des personnes handicapées et exercer leurs droits, lorsque confrontées avec une discrimination ayant la caractéristique « handicap ».

Aucune mesure de protection efficace contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre n'a jusqu'à présent été activée.

## 2.2. Orientation sexuelle et identité de genre comme critères de discrimination selon l'art. 8, al. 2 Cst.

L'art. 8 al. 2 Cst. réprime la discrimination injustifiée concernant les caractéristiques mentionnées dans l'article de la loi. L'orientation sexuelle est protégée en tant que « forme de vie », l'identité de genre l'est par contre en tant que composante de la caractéristique « sexe ». Le rattachement à la caractéristique « sexe » est inhérent aux deux identités, mais joue un rôle décisif dans le mode de vie « homosexuel ».

L'art. 8 al. 3 Cst. stipule que l'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait (...). Le but visé est l'égalité entre la femme et l'homme. Pourtant l'art. 8 al. 2 Cst. interdit la discrimination fondée entre autres sur le mode de vie, notion qui inclut également l'orientation sexuelle selon l'ATF 126 II 425, c4. Le législateur a promulgué la loi sur le partenariat, et la jurisprudence a partiellement veillé à ce que les partenaires de même sexe ne soient pas désavantagés, cf. par exemple l'ATF 134 V 369.

Avec une interprétation quelque peu osée, il peut être avancé que la reconnaissance du partenariat entre personnes du même sexe au moyen de la législation et de la pratique juridique (qui s'inspirent de la formulation de l'art. 8 al. 2 Cst.) doit amener à ce qu'une version modernisée de l'art. 8 al. 3 Cst. implique que le mandat d'égalité entre les sexes entraîne également l'égalité de traitement entre les couples homme/homme et homme/femme, respectivement femme/femme et homme/femme. Ces concepts nécessitent cependant une justification dogmatique plus approfondie et doivent être compris ici seulement comme éléments de réflexion.

## 2.3. Cas effectifs de discrimination/ Etudes

Il existe de nombreux cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre, que ce soit sous forme de discrimination directe dans l'espace privé ou public (insultes, exclusions, mobbing, diffamations publiques) mais aussi sous forme de discrimination institutionnelle (inégalité juridique de traitement des partenaires enregistrés vis-à-vis des couples mariés, reconnaissance des personnes trans en tant que telles)<sup>5</sup>. La systématique

4 Cf. la décision du Tribunal fédéral du 21 novembre 2011, concernant la suppression pure et simple de la Commission pour l'égalité entre les sexes dans le canton de Zug. D'après le tribunal, ceci a conduit à une situation constitutionnelle problématique. Le canton s'est vu contraint, en référence à l'art. 8, al. 3 Cst. de prendre des mesures de remplacement pour assurer le mandat constitutionnelle d'égalité entre les sexes. Décision du Tribunal fédéral du 21 novembre 2011, 1C\_549/2010.

5 Des études nationales détaillées en provenance de Suisse manquent à ce sujet, les discriminations ne sont documentées que pour certains domaines de la vie (par ex. la famille, l'école). En Allemagne, l'acceptation de la Loi générale sur l'égalité de traitement - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – a permis une analyse détaillée de la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'orientation sexuelle et sa documentation, cf. Publikationen aus Deutschland, Haute Autorité fédérale de lutte contre les discriminations: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Publikation/publikationen\\_node.html;jsessionid=F84B9ED406504E13267FD28FA11BD05D.2\\_cid094](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/Publikation/publikationen_node.html;jsessionid=F84B9ED406504E13267FD28FA11BD05D.2_cid094)

des modèles présentés plus loin s'appuie sur les documents suivants, qui dans ce contexte peuvent être qualifiés de déterminants:

- (1) « Recommendations on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity » du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) aux Etats membres ;
- (2) les Principes de Jogjakarta.

Bien que ni les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ni les principes de Jogjakarta ne véhiculent des exigences juridiquement réalisables, elles mettent à disposition une systématique permettant de présenter des cas de discrimination, d'examiner globalement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans un état-nation et d'apporter des améliorations. Ces recommandations garantissent en outre la compatibilité des législations nationales avec le droit supérieur (CEDH, pactes de l'ONU sur les droits humains, notamment Pacte II de l'ONU) et la jurisprudence de la CEDH. La Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les arrêts de la CEDH sont directement contraignants pour la Suisse. Une réelle analyse empirique des cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre n'a pas encore été réalisée et est indispensable à la mise en oeuvre de la prescription.

### 3. Recommandations

#### 3.1. Engagements au niveau constitutionnel et international

Les engagements internationaux pris par la Suisse assurent une protection efficace contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ainsi que sur l'identité de genre. D'après la situation juridique actuelle, l'Etat se voit principalement imposer les obligations suivantes :

- il ne doit, dans aucun de ses domaines d'activité, discriminer les personnes à cause de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Cela signifie qu'il ne doit ni édicter des dispositions légales discriminatoires, ni prendre des décisions discriminatoires dans des cas particuliers.
- Il doit veiller à offrir une protection efficace contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre, ceci également au niveau privé dans le domaine des relations de travail et dans le domaine du contrat de bail.
- Il doit veiller par ses propres moyens à ce que les causes sociétales de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre soient éliminées. Il doit donc lutter contre cette forme de discrimination de façon structurelle.

#### 3.2. Propositions de réformes

Les recommandations suivantes ne résultent pas d'une analyse empirique et légale détaillée, une telle analyse n'ayant pas été possible à cause du manque de moyens à disposition. De plus, on a renoncé à proposer des modifications légales concrètes ou à prendre en compte les effets concomitants de plusieurs caractéristiques discriminatoires, soit les « discriminations multiples ». Les recommandations qualifiées de « propositions » doivent donc seulement présenter une approche préconisée pour l'amélioration du status quo.

Ces recommandations doivent servir de base à la discussion, au niveau scientifique et politique, sur les avantages et les inconvénients d'une protection sélective contre la discrimination en comparaison avec une loi générale contre la discrimination, et servir à l'élaboration de modèles correspondants. Une alternative à une loi générale est donc la correction des carences décrites dans certaines lois concernées par ces recommandations au moyen de réformes des lois existantes. Comme les chances d'une loi générale de protection contre discriminations semblent minces, les propositions de réforme des différentes lois en question seront présentées de façon exemplaire.

### 3.3. Proposition pour l'intégration des caractéristiques « orientation sexuelle et « identité de genre » dans le mandat de pouvoir à l'égalité

Le mandat de pouvoir à l'égalité de la Confédération devrait comprendre non seulement l'égalité entre les sexes mais aussi l'égalité fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Ceci peut être atteint par une adaptation des lois ou par la création d'un droit autonome de protection contre les discriminations, définissant de façon transversale les caractéristiques.

#### Explication :

Bien que le mandat de la Confédération de pouvoir à l'égalité, explicitement inscrit dans la Constitution, ne vise que l'égalité entre les sexes, il est possible en se basant sur l'étroitesse du rapport<sup>6</sup> entre ces domaines d'y assimiler l'égalité en rapport avec l'orientation sexuelle et l'identité de genre. La protection contre la discrimination entre les sexes ne devrait pas être uniquement limitée à la discrimination de la femme vis-à-vis de l'homme, mais inclure également l'identité de genre et l'orientation sexuelle (mode de vie).

Les interventions visant la création d'un droit global de protection contre les discriminations n'ayant pour l'heure pas reçu de soutien politique majoritaire, il existe la possibilité d'élargir le mandat de pouvoir à l'égalité entre les sexes à l'égalité en rapport avec l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Le rattachement au thème de l'égalité entre les sexes est cohérent de fait et de sens; dans le même temps les autorités sont déjà maintenant confrontées avec des questions relatives à l'orientation sexuelle et l'identité de genre (dans le cadre de la loi sur la protection contre la violence). Cette proximité pratique et de contenu justifie donc un élargissement partiel du mandat<sup>7</sup>. Les services spécialisés de promotion de l'égalité au niveau fédéral, cantonal et communal sont prédestinés pour encourager l'égalité en rapport avec le mode de vie, pour concevoir et mettre en oeuvre des mesures de protection contre la discrimination.

Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont souvent accompagnées de violences ; il manque pourtant dans ce domaine des mesures efficaces, respectivement des actions particulières (reconnaissance de l'infraction), qui contrecarreraient cette violence discriminatoire spécifique (cf. violence raciste et violence domestique). Les délits à l'encontre des personnes trans en particulier nécessitent une protection légale explicite. Une possibilité serait d'étendre les mesures légales de la loi sur la protection contre la violence analogue à la « violence domestique » à « la violence discriminatoire ». La violence domestique est également une forme de violence liée à la discrimination sexuelle, tout comme l'hostilité et la haine envers les personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente. Une protection efficace pourrait être mise en place, particulièrement dans le domaine de la violence domestique<sup>8</sup>. C'est de cette façon que la violence fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre pourrait être contrée.

### 3.4. Adaptation du droit pénal

L'interdiction pénale de la discrimination raciale devrait protéger pénalement tout un chacun grâce aux caractéristiques mentionnées explicitement dans l'art. 8, al. 2 Cst.

6 Cf. théorie de la connexité en droit constitutionnel.

7 L'élargissement à toutes les caractéristiques de l'art. 8, al. 2 Cst. est aussi pensable, mais ne sera pas analysé dans le cadre de cet exposé. A cet égard, il est suffisant de noter qu'il serait adéquat de prendre différentes mesures et des dispositions protectrices (y compris des dispositions pénales) dans le sens d'un droit global de protection contre les discriminations, au bénéfice de chacun, en rapport avec chacune des caractéristiques traitées par l'art. 8, al. 2 Cst.. Ceci simplifie les prescriptions et prévient la hiérarchisation de certaines caractéristiques – mot-clé : discrimination multiple. Cette approche a déjà fait ses preuves dans de nombreux pays européens.

8 Cf. rapport actuel de l'IST (Service d'intervention contre la violence domestique du canton de Zurich, Direction de la Justice et de l'Intérieur).

Explication :

Le droit pénal punit explicitement la discrimination raciale. Il n'est pas concevable d'abriter explicitement la protection pénale contre les discriminations uniquement dans la caractéristique « race ». La haine publique à l'encontre de personnes homosexuelles ou trans devrait également être punie pénalement. Plus encore, les diffamations publiques fondées sur un handicap, l'âge ou la maladie devraient également être punies pénalement. La situation légale actuelle entraîne ici un préjudice institutionnel injustifié à l'encontre des autres caractéristiques mentionnées dans l'art. 8, al. 2 Cst.. Il s'agit d'élargir la notion de discrimination raciale aux caractéristiques normées de l'art. 8, al. 2 Cst. respectivement à la notion de violence avec caractère discriminatoire (violence discriminatoire).

### 3.5. Adaptation de la loi sur le partenariat

La loi sur le partenariat comporte de nombreuses réglementations qui entraînent une inégalité de traitement injustifiée vis-à-vis des couples mariés. Une révision de la loi sur le partenariat est due depuis longtemps.

Explication :

Le droit du partenariat enregistré prévoit de nombreuses règles divergentes de celles concernant le mariage. Cette inégalité de traitement peut sembler être justifiable par l'obligation de protéger les acquis du mariage en tant qu'institution, mais en même temps cette inégalité de traitement constitue un préjudice. La question de savoir si ce préjudice peut être justifié dans certains cas ou non est sujette à discussion. Les inégalités de traitement significatives sont exposées ci-après :

Les règles du régime des biens (art. 18 – 25 LPart) ont pour conséquences, lors de la dissolution du partenariat, l'absence d'attribution de la participation au bénéfice et l'absence (légale) de participation du partenaire aux acquêts. Comme la majorité des partenaires enregistrés vivent en ménage commun et partagent les revenus économiques du travail et du ménage, il devrait être possible pour les partenaires de vivre légalement sous le régime ordinaire de participation aux acquêts, sans devoir recourir à un contrat de mariage ou de partenariat. De nombreux couples se voient ainsi contraints d'acquiescer des conseils (juridiques) coûteux, respectivement se retrouvent sans protection après une dissolution. Le choix du régime de la séparation de biens est de loin plus simple à réaliser, c'est pourquoi le régime de la participation aux acquêts devrait être introduit, également dans le cadre du partenariat enregistré, en tant que régime légal ordinaire.

L'interdiction d'adopter (art. 28 LPart) doit être levée. L'exclusion de la possibilité d'adopter l'enfant d'un des partenaires représente encore un vide juridique pour les intérêts des familles de partenaires enregistrés, par le fait que les enfants nés dans le cadre d'un partenariat enregistré n'ont pas de lien juridique avec la/le partenaire, et qu'en cas du décès d'un/e partenaire comme dans le cas d'une séparation, les enfants sont directement désavantagés. Les adoptions d'enfants de partenaires sont autorisées dans la plupart des pays qui connaissent l'institution d'un partenariat enregistré entre partenaires du même sexe (Islande, Danemark, Allemagne, Finlande). L'exclusion de l'adoption pour les partenaires enregistrés représente une discrimination vis-à-vis des couples mariés, du fait que le seul fait d'enregistrer le partenariat exclut d'emblée la possibilité d'adopter, pour le couple, mais aussi pour chacun/e des partenaires séparément. De nombreux pays européens ont également rendu possible l'adoption par les partenaires enregistrés (Pays-Bas, Suède, Grande-Bretagne). Dans ce contexte, l'accès aux méthodes médicales de procréation assistée doit être autorisé, l'insémination artisanale étant déjà souvent effectuée dans la pratique.

L'inégalité de traitement vis-à-vis des couples mariés pour ce qui concerne la naturalisation facilitée selon art. 27 LN n'est pas non plus justifiée. Le souci existait, au moment de la conception de la loi, de ne pas provoquer un afflux migratoire supplémentaire, respectivement de ne pas créer un risque potentiel d'utilisation abusive sous forme de partenariats de complaisance. Les statistiques prouvent que la majorité des partenariats enregistrés le sont entre personnes de nationalité suisse. L'inégalité de traitement injustifiée représente une discrimination.

### 3.6. Adaptations du droit des assurances sociales

L'égalité des partenaires enregistrés avec les veufs d'après l'art. 13a, al. 2 LPGA (cf. aussi art. 19a LPP) ne doit pas être adaptée ni du point de vue du contenu, ni pour une question d'égalité entre les sexes. L'égalité de principe entre les partenaires enregistrées et les veufs se base sur l'hypothèse, non prouvée empiriquement, que dans les partenariats enregistrés, les partenaires femmes exercent de façon égalitaire une activité professionnelle et que la renonciation à une telle activité est volontaire et n'a pas de lien avec le partenariat enregistré<sup>9</sup>. Les discriminations sur le marché du travail touchent les femmes indépendamment de leur orientation sexuelle, les femmes vivant dans une union homosexuelle ont souvent des tâches de garde d'enfants qui ont pour conséquence des interruptions de leur parcours professionnel.

L'art. 29sexies, al. 3 LAVS propose certes l'application de la règle pour les partenaires enregistrés. Néanmoins seules les personnes qui possèdent l'autorité parentale peuvent faire valoir leur droit à des bonifications pour tâches éducatives, dans le sens de l'art. 296 ff CC. Les situations fréquentes d'« enfants recueillis » (Pflegekinder) dans le cadre d'un partenariat enregistré ainsi que de la co-parentalité d'un partenaire ne donnent, selon la volonté du législateur, aucune possibilité d'attribuer des bonifications pour tâches éducatives (ATF 130 V 241, 244f.). Les partenaires enregistrés sont ici indirectement discriminés, du fait qu'ils ne peuvent pas avoir d'enfants en commun et n'ont donc pas d'autorité parentale commune. Un point essentiel pour l'enfant est le fait que le droit à une rente d'orphelin, d'après les dispositions légales, n'existe qu'en rapport avec le partenaire ayant eu avec lui une relation de filiation selon l'art. 252 CC. D'après l'art. 20 LPP, le droit à une rente d'orphelin implique que la personne décédée pourvoyait à l'entretien de l'enfant. Ceci entraîne, dans les familles de partenaires enregistrés, des solutions souvent insatisfaisantes pour les survivants. Dans le domaine des prestations minimales, la jurisprudence a laissé en suspens la question de savoir si un enfant du partenaire est assimilable à un enfant recueilli (ATF 128 V 116 en rapport avec l'art. 19, al. 1 let. a LPP, décision du TFA du 19 septembre 2005, B 14/04). Au contraire de l'art. 25, al. 3 LAVS et l'art. 49 LAVS, la disposition ne se base pas sur la situation effective de la prise en charge, mais sur l'obligation d'entretien<sup>10</sup>.

### 3.7. Adaptation de la LDIP

Il existe dans ce contexte une grande incertitude juridique de reconnaissance légale en rapport avec les questions suivantes :

(1) Limites de la reconnaissance de mariages et de partenariats conclus à l'étranger, entre personnes du même sexe

(2) Reconnaissance de leurs enfants

Ces questions devraient être traitées sans délai et de façon contraignante par les services compétents. L'attente d'une décision de justice provoque une grande incertitude juridique chez les personnes concernées. Il est nécessaire que des règles contraignantes soient établies par la Confédération, afin que la reconnaissance et les effets juridiques qui en découlent (concernant la garde parentale, l'administration des biens de l'enfant, le droit successoral, le droit d'adoption) soient garantis juridiquement.

### 3.8. Adaptation du CC – protection de la personnalité, art. 28 CC

La protection de la personnalité d'après l'art. 28 CC devrait être étendue à la violence « discriminatoire » et être appliquée en tant qu'atteinte à la personnalité, avec les mesures prévues par l'art. 28 CC.

Explication :

La protection de la personnalité est étroitement liée à la protection contre la discrimination

<sup>9</sup> Message sur la loi sur le partenariat, p. 1311.

<sup>10</sup> Cf. commentaire sur la LPart, ann. 29, Leuzinger sur la LPP.

d'après l'art. 8, al. 2 Cst. Les caractéristiques de l'art. 8, al. 2 Cst. (race, sexe, mode de vie, religion) représentent des caractéristiques forgeant l'identité de la personnalité. L'art. 28 CC comprend une interdiction de discriminer de droit privé<sup>11</sup>. Ceci représente, selon l'opinion majoritaire, un « outil » important pour la protection contre la discrimination. L'orientation sexuelle tout comme l'identité de genre sont parties prenantes du droit de la personnalité et doivent y être incluses. La personnalité peut justement être atteinte lorsqu'un groupe particulier est discriminé (de par l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la personne) et est donc déjà protégée par le droit civil. Les problèmes dans le cadre de la mise en oeuvre concrète de la protection se situent au niveau administratif et au niveau des procédures. Les désavantages au niveau des procédures se rencontrent par exemple dans le fait qu'un allègement du fardeau de la preuve n'est pas prévu en cas d'atteinte. De plus la preuve de la faute en tant que condition de responsabilité est inappropriée pour garantir une protection efficace contre la discrimination. L'art. 28 CC associé avec les art. 41/42 CO doit ici être pris en compte tout comme la question de savoir si l'art. 28 CC peut être considéré comme une norme protectrice dans le sens des art. 41/42 CO.

Au moyen de l'art. 28b, al. 1 et 2 CC, il a été possible d'exiger, dans une procédure de droit civil, des mesures contre des actes de violence (domestique) portant atteinte à la personnalité, comme l'interdiction géographique, l'interdiction de contact, l'expulsion de l'habitation commune en cas de violence domestique, etc. Si certains désavantages de procédure (fardeau de la preuve et avance de frais judiciaires principalement) étaient éliminés, la procédure de droit civil semblerait être un moyen adéquat de contrer la violence discriminatoire. Dans le même temps, il est nécessaire de qualifier les nombreuses formes de violence discriminatoire (problématique du coming-out, harcèlement, harcèlement sur Internet) respectivement de les définir dans la loi ordinaire, l'ordonnance ou uniquement au moyen de dispositions administratives. Il est de plus pensable de mettre à la disposition de représentants du groupe (personnes juridiques, par exemple des ONGs) un droit de recours des organisations<sup>12</sup> en cas d'atteinte. Au moyen d'un droit de recours des organisations, les associations peuvent valoir l'atteinte non de leurs propres droits, mais de ceux de la collectivité. Dans le domaine de la protection de la nature, un droit de recours des organisations est déjà prévu, pour par exemple empêcher des projets immobiliers. La LHand permet également qu'un droit de recours soit à la disposition des associations. Il est souhaitable d'accorder la qualité d'agir à des associations telles que LOS, Pink Cross, Tansgender-network, et Familles arc-en-ciel ; ceci doit être répertorié dans le catalogue des recommandations, tout en rendant attentif à la possibilité d'individualisation des membres du groupe.

### 3.9. Adaptation de la loi sur le travail (art. 6 LTr et ordonnance 3 relative à la LTr et art. 328 CO)

Explication:

3.9.1. L'art. 6 de la LTr définit les devoirs de l'employeur : „Pour protéger la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. Il doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs. (...)“. Dans l'application de l'alinéa 4, l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail a été élaborée, afin de concrétiser ces devoirs.

11 Peter Gauch/Walter P. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Kommentar zu Art. 28 ZGB, N 1491; Kurt Pärli, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Berne 2009, chapitres 15 und 16; Tarkan Göksu, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Fribourg 2003; Pierre Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Fribourg 1984, p. 53 – 72.

12 Cf. Le droit de recours des organisations dans le droit environnemental et de l'aménagement du territoire, la loi sur la protection de l'environnement, la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage cf. à ce sujet l'étude de la Faculté de droit de l'Université de Genève, Tanquerel/Flückinger/Dubouchet, Droits recours des organisations écologistes, Statistiques actualisées relatives au recours de droit administratif au Tribunal fédéral (55 LPE/12 LPN/14 LCPR).

Une ordonnance relative à la loi sur le travail devrait garantir explicitement la protection contre les discriminations. Jusqu'ici la concrétisation de la protection du travailleur est réglée dans l'art. 2 de l'ordonnance relative à la loi sur le travail comme suit : « L'employeur est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé et de garantir la santé physique et psychique des travailleurs ». Dans le commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, on lit ensuite qu'il y a « l'obligation expresse, pour l'employeur, de prévoir des mesures pour la protection de l'intégrité personnelle des travailleurs. L'employeur doit prendre les dispositions pour garantir l'intégrité physique et psychique de ses travailleurs, protection de leur personnalité incluse. (...). Le harcèlement sexuel ou psychologique, la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion sont des exemples d'agressions de l'intégrité personnelle. Les autorités de surveillance remplissent une tâche avant tout préventive (information, conseil et sensibilisation dans les entreprises) ; elles peuvent néanmoins intervenir en cas de problème. (...) » Une évocation explicite de la protection contre la discrimination est absente du texte de l'ordonnance. Seule la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion est évoquée, l'identité de genre ou le mode de vie ne sont quant à eux évoqués nulle part.

3.9.2. Le devoir d'assistance de l'employeur relatif au droit des contrats d'après l'art. 328 CO comprend déjà la garantie d'un environnement libre de discrimination. D'après le droit des contrats, l'employeur se voit déjà actuellement obligé de lutter contre les atteintes à la personnalité des travailleurs par leurs collègues. Les devoirs d'assistance d'après l'art. 328 CO ne comprennent pas uniquement l'aspect moral, mais aussi la réputation professionnelle et sociale des travailleurs. L'atteinte est avérée lorsque la dignité humaine d'une personne est niée. (ATF 103 II 61; ATF 105 II 161). C'est ainsi que des remarques négatives peuvent être considérées comme portant atteinte à la personnalité. Le Tribunal fédéral estime, dans sa jurisprudence, que le ressenti de la personne concernée doit être considéré comme sans importance et enterme ainsi un critère de référence « général » et « objectif » ; en d'autres termes, il se base, dans sa jurisprudence, sur le ressenti « du « citoyen lambda » » (ATF 107 II 1, ATF 103 II 161). La protection contre le mobbing dans les rapports de travail est déjà englobée dans le devoir d'assistance de l'art. 328 CO, du fait que les licenciements pour raison de diminution de performance dû au mobbing sont considérés comme abusifs (ATF 125 III 70). L'employeur est tenu de prendre des mesures adéquates pour lutter contre le mobbing<sup>13</sup>. Des mesures prises à l'encontre de personnes homosexuelles ou de personnes trans doivent donc en premier lieu être empêchées par l'employeur. Il est par contre pensable d'ancrer la protection de la personnalité dans la loi sur le travail et de la concrétiser par la voie de l'ordonnance. Il faut préférer ici les ordonnances, qui assurent la mise en oeuvre de mesures protectrices en cas d'une potentielle atteinte à la personnalité. De plus, des simplifications sont pensables ; elles facilitent, pour la victime, la procédure en cas de non-respect du droit d'assistance. Il existe déjà actuellement pour l'art. 6 LTr de nombreuses simplifications au bénéfice du travailleur ayant porté plainte. Une inversion du fardeau de la preuve peut ici aussi faciliter la procédure pour les personnes concernées<sup>14</sup>. Il est aussi logique de travailler à la notion d'« étendue de la preuve ». Le thème de l'étendue de la preuve (preuve tangible, vraisemblance de la preuve) dépend du tribunal compétent et est déjà actuellement en partie suffisamment réglée.

### 3.10. Adaptation du domaine des assurances (LAMal et assurances complémentaires)

Il est nécessaire de prendre en considération les besoins particuliers en termes de santé des personnes homosexuelles (risque augmenté d'infection par le HIV pour les hommes ayant

13 Manfred Reh binder/Alexander Krausz, Psychoterror am Arbeitsplatz, Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR 1996, 17 – 48.

14 Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne 2012. 16 cf. Kurt Pärli/Alexandra Caplazi/Caroline Suter, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Berne 2007.

des rapports sexuels avec des hommes, domaines de santé spécifiques aux lesbiennes<sup>15</sup>). Dans ces domaines, les cantons sont tenus d'appliquer une politique de santé libre de toute discrimination. Une politique de santé libre de toute discrimination inclut pourtant également des discriminations indirectes<sup>16</sup>. Il est particulièrement nécessaire que les principes de la protection contre les discriminations s'appliquent également dans le domaine des assurances-maladie privées, des assurances complémentaires ainsi que des assurances-vie. Donc un élargissement du catalogue des traitements dans le cadre de l'assurance de base, afin d'inclure des traitements souvent nécessaires aux personnes homosexuelles et aux personnes avec une identité de genre divergente, peut s'avérer utile. Il est nécessaire qu'autant dans le domaine de l'assurance-vie que dans celui de l'assurance-maladie, les partenaires enregistrés soient traités à égalité avec les personnes mariées. La participation du partenaire à l'assurance-vie ainsi que le bénéfice des prestations en cas de décès du partenaire ne doivent pas souffrir de traitement inégal et ne doivent pas non plus être soumis à l'arbitraire d'assureurs-vie privés.

Un autre aspect est lié au respect de la protection contre la discrimination dans des domaines où la protection des données est essentielle, par exemple dans le cas des informations demandées par les assurances (« droit de mentir en légitime défense »).

### 3.11. Adaptation des domaines de l'éducation et de la formation

Dans le domaine de la formation, il est utile de donner des informations uniformes concernant la non-discrimination dans les écoles (plans d'études, matériel éducatif). La régulation des affaires scolaires (plans d'études, etc.) est certes de la compétence des cantons, pourtant ici aussi il est possible au moyen de recommandations d'implémenter une stratégie uniforme d'information et d'application, qui pourrait par exemple être dirigée par la Conférence des directeurs cantonaux de l'instruction publique. Avec l'acceptation par votation populaire de l'harmonisation de la scolarité obligatoire, les cantons sont contraints d'adopter une coordination uniforme des objectifs des différents niveaux de formation. La coordination prévue dans le projet « Lehrplan 21 » (plan d'études alémanique) devrait également contenir une protection contre la discrimination au sein des écoles. Ceci est aussi valable pour les domaines de formation des degrés secondaire et tertiaire. Un effort significatif en matière de promotion des femmes, respectivement en matière de conciliation travail-famille est déjà entrepris.

### 3.12. Adaptation des domaines du logement, du sport et des loisirs

Le but, dans ces domaines, est d'empêcher aussi les particuliers de faire usage de la discrimination et d'éviter la discrimination lors de la signature de contrats ou, le cas échéant, le refus de contracter. Cela comprend aussi l'accès sans conditions à des manifestations privées et la garantie du droit à la liberté de réunion et la protection contre la violence de groupes. Les organisateurs privés doivent également être empêchés d'organiser des manifestations ayant un contenu discriminatoire. Du fait que les directives en question concernent la sphère protégée des affaires privées, les interdictions inscrites dans la législation sont difficilement formulables. Pourtant il est nécessaire d'agir dans ce domaine, même si les actions se limitent principalement à du travail politique (d'information) au moyen de directives et de recommandations. Pour lutter contre la discrimination dans le sport et dans l'encouragement au sport, il faut agir au moyen de directives et de recommandations. Les règlements sportifs ne contiennent pas de mandat explicite contre la discrimination (Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique). Ceci n'est pas non plus prévu dans le but visé par la loi sur l'encouragement du sport (voir le message).

15 Cf. Kurt Pärli/Alexandra Caplazi/Caroline Suter, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Berne 2007.

16 La discrimination indirecte signifie qu'une personne concernée par une caractéristique est particulièrement souvent discriminée.

### 3.13. Adaptation du droit de la protection de l'adulte

Dans l'art. 492a, al. 1 CC (dès le 1er janvier 2013), l'évocation du partenaire enregistré manque, ce qui d'après le message relatif au droit de la protection de l'adulte, relève d'une erreur de rédaction.

### 3.14. Adaptation du droit des migrations

Dans le cadre des questions relatives au droit des migrations, deux problèmes doivent être traités en priorité :

- (1) l'élargissement du droit à la naturalisation facilitée (voir plus haut), ainsi que
- (2) la réglementation des cas de rigueur, de façon à ce que le partenaire puissent demeurer en Suisse après la dissolution du partenariat enregistré (art. 50, al. 1 let. b LEtr et art. 52 LEtr), et
- (3) l'adaptation du droit d'asile.

L'orientation sexuelle respectivement l'identité de genre en tant que motifs de persécution sont déjà reconnus. Dans le droit d'asile également, il est nécessaire de rendre plus efficaces les mesures contre la persécution pour cause d'orientation sexuelle ou d'identité de genre. Le problème se situe dans le fait qu'une preuve concrète de persécution doit être apportée. Un aménagement analogue à celui choisi pour les délits de mise en danger abstraite de la circulation routière, respectivement un allègement du fardeau de la preuve pourrait ici certainement contribuer à clarifier l'actuelle base légale insuffisante<sup>17</sup>. Il ne s'agit pas de fonder la décision d'accorder le droit d'asile sur une persécution avérée mais sur la situation juridique nationale dans le pays d'origine (respectivement en se basant sur la classification de l'homosexualité en tant qu'infraction). L'attente, respectivement la provocation d'une persécution étatique ne peut pas être exigée des personnes concernées.

---

<sup>17</sup> Cf. Martin Bertschi, Der Asylgrund der Homosexualität, Asyl 2006, p. 43.