



L'accès à la justice en cas de discrimination – Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen

Partie 6: Racisme – Analyse juridique

Dr iur. Fanny Matthey
MA iur. Federica Steffanini

Neuchâtel, juillet 2015

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

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern
Telefon +41 31 631 86 55, evelyne.sturm@skmr.unibe.ch

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	IV
Résumé.....	1
But et structure de l'étude sur l'accès à la justice en cas de discrimination.....	1
Structure et contenu de la partie 6	1
Aperçu des résultats et problématique de la partie 6.....	2
L'accès à la justice en cas de discrimination	4
Partie 6: Racisme.....	4
I. Objectifs et structure de la partie 6	4
1. But et aperçu de la partie 6	4
2. Structure de la partie 6.....	4
II. Droit pénal : Propos et actes racistes (au sens de l'art. 261bis CP)	6
1. Généralités.....	6
1.1. Contexte et base légale.....	6
1.2. Lacunes et critiques de la doctrine	8
2. Analyse de la jurisprudence	11
2.1. Remarques liminaires.....	11
2.2. Aperçu des cas issus de différentes instances cantonales	11
2.3. Droit procédural	15
2.3.1. Qualité pour agir en justice.....	15
2.3.2. Qualité pour recourir indépendante pour les associations, organisations et personnes morales.....	20
2.3.3. Maxime de l'instruction	22
2.3.4. Répartition du fardeau de la preuve	22
2.3.5. Frais de procédure et indemnités	23
2.3.6. Coûts de la représentation en justice et accès à l'assistance judiciaire	26
2.3.7. Délais pour l'introduction d'une procédure	26
2.3.8. Durée de la procédure.....	28
2.4. Droit matériel	31
2.4.1. Sanction	31
2.4.2. Réparation.....	34
3. Synthèse	34
III. Droit civil : discriminations dans le domaine de l'emploi et du bail.....	38
1. Bases légales et jurisprudence	38
1.1. Généralités	38
1.2. Discrimination dans le domaine de l'emploi	39
1.3. Discrimination en matière de bail à loyer.....	44
1.4. Lacunes et critiques de la doctrine	47
2. Droit procédural.....	48
2.1. Remarques liminaires.....	48
2.2. Qualité pour agir en justice et conditions de recevabilité	49
2.3. Qualité pour recourir indépendante pour les associations, organisations et personnes morales.....	50
2.4. Maxime des débats et maxime inquisitoire sociale	51
2.5. Répartition du fardeau de la preuve	52
2.6. Frais de procédure et indemnités	53
2.7. Coûts de la représentation en justice et accès à l'assistance judiciaire	53

2.8.	Délais pour l'introduction d'une procédure	53
2.9.	Durée de la procédure.....	54
3.	Droit matériel.....	55
3.1.	En général.....	55
3.2.	Dans les affaires analysées	56
4.	Synthèse	57
IV.	Conclusion et problèmes soulevés	59

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCPR	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CERD	Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale
cf.	<i>confer</i> (se référer à)
CFR	Commission fédérale contre le racisme
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CN	Conseil national
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse), du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
CoRo CO-I	Commentaire romand, Code des obligations I
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPM	Code pénal militaire, du 13 juin 1927 (RS 321.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	éditeur(s) ou édition
FF	Feuille fédérale
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 23 mars 2007 (RS 312.5)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité), du 24 mars 1995 (RS 151.1)

let.	lettre(s)
LICRA	Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, du 28 août 1992 (RS 232.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), du 13 mars 1964 (RS 822.11)
n°	numéro(s)
OJ	(ancienne) Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (abrogée au 1 ^{er} janvier 2007 par l'entrée en vigueur de la LTF)
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
PNOS	Partei National Orientierter Schweizer
PSN	Parti des Suisses Nationalistes
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	suivant(e)
SCOCI	Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet
SJ	La Semaine Judiciaire
SLR	Service de lutte contre le racisme
spéc.	spécialement
ss	suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
UDC	Union démocratique du centre

RÉSUMÉ

BUT ET STRUCTURE DE L'ÉTUDE SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN CAS DE DISCRIMINATION

L'étude sur l'accès à la justice en cas de discrimination a pour but de mettre en évidence les problématiques liées à la discrimination existant en Suisse au regard de l'accès à la justice. Au premier plan, se trouvent donc les comportements discriminatoires entre privés, plutôt que les discriminations étatiques. Le postulat Naef¹ constitue le point de départ de cette étude. Il demande que soient réunies des informations exhaustives concernant l'actuelle protection contre les discriminations en Suisse et en particulier que soit conduit un examen de l'efficacité et du potentiel des différents instruments du droit fédéral intégrant également des éléments de droit comparé. L'étude a ainsi pour objectif de répondre, dans la mesure du possible, aux questions posées dans ce postulat. Du point de vue de la méthodologie, deux manières de faire ont été retenues : d'un côté, une analyse des bases légales pertinentes en matière de protection contre la discrimination, de l'autre, une étude de la pratique au travers de la jurisprudence et d'entretiens avec des experts. Les sections consacrées au droit procédural reprennent, dans la mesure du possible, l'approche méthodologique utilisée dans l'étude de la Commission européenne intitulée « Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law »². Il s'agit d'une approche qui se prête à être transposée au cas de la Suisse et qui facilite la réflexion en termes comparatifs. Sous l'angle du droit matériel, l'analyse comparative se limite à présenter les aspects essentiels des directives européennes pertinentes. Bien qu'elles ne fassent pas partie du droit suisse, ces directives donnent un bon aperçu de la législation en vigueur dans les pays voisins de la Suisse.

L'étude est composée de plusieurs parties. La partie 1 est consacrée à l'analyse des dispositions d'application générale. Les parties 2 à 7 traitent en revanche de thématiques spécifiques : genre, LGBTI, handicap (parties 2, 3 et 4 pour l'analyse juridique ; partie 5 pour une analyse de ces trois thématiques du point de vue des sciences sociales, évaluation réalisée à partir d'entretiens avec des experts) et racisme (partie 6 pour l'analyse juridique ; partie 7 pour la perspective des sciences sociales). Dans la partie 8 est présentée une étude de cas relative à l'application pratique du principe de non-discrimination. Enfin, les parties 9 à 11 de l'étude contiennent les questionnaires adressés aux tribunaux, avocats et centres de consultations. Toutes ces parties constituent les annexes d'un rapport de synthèse qui en reprend les résultats.

STRUCTURE ET CONTENU DE LA PARTIE 6

La partie 6 de l'étude générale sur l'accès à la justice en cas de discrimination a pour but de présenter les normes pertinentes en matière de discrimination raciale, tant d'un point de vue matériel que procédural, et d'analyser leur application par les tribunaux.

Dans la mesure où les actes de discrimination raciale se produisent dans des configurations très diverses, cette partie 6 présente les principaux « thèmes » concernés (propos et actes racistes au sens de l'art. 261bis CP, discrimination sur le lieu de travail, discrimination en matière de bail,)

¹ Postulat 12.3543, déposé le 14 juin 2012 et intitulé « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

² Cf. l'adresse http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf (consulté le 20 février 2014).

dans deux parties distinctes. La première est consacrée au droit pénal et la seconde au droit civil. Pour chacune de ces parties, l'étude examine s'il y a des lacunes, dans un premier temps d'un point de vue de la doctrine, dans un deuxième temps dans les dispositions procédurales, et enfin, dans un troisième temps, du point de vue « matériel », c'est-à-dire au niveau des sanctions et réparations possibles. La distinction entre « droit procédural » ou « droit formel » et « droit matériel » se fonde sur celle établie dans le cadre de l'étude européenne « Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law » publiée en février 2011. A chacun de ces grands domaines, vient encore s'ajouter une synthèse.

APERÇU DES RÉSULTATS ET PROBLÉMATIQUE DE LA PARTIE 6³

Au niveau du droit pénal

En droit pénal, il existe une norme, donc une base légale qui interdit (et punit) les comportements racistes. C'est une « bonne base », même si on peut constater que cette prescription légale est insuffisante en ce qu'elle ne permet pas à toute personne qui se sent heurtée par des propos ou actes racistes d'ouvrir une action. En particulier, les critères de la nationalité et du statut juridique (étrangers, requérants d'asile, etc.) ne fondent pas le délit de discrimination raciale. Il faut en outre être directement touché dans sa dignité humaine et que les actes soient d'une certaine gravité. Les associations ne sont de surcroît pas habilitées à recourir. Enfin, la Suisse a mis une réserve à l'art. 4 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, signifiant que la liberté d'expression, droit fondamental essentiel, pourtant non absolu, peut être considérée comme prioritaire sur le droit de chacun d'être protégé contre le racisme. Sur le contenu du droit, il y a donc encore une certaine marge d'amélioration. Il y a toutefois au moins un élément positif à relever : dans la mesure où il s'agit d'une infraction qui se poursuit d'office, cela implique que ce sont les autorités judiciaires qui ont la charge d'ouvrir la procédure pénale. Dans la continuité de cette question et d'un point de vue procédural cette fois, il convient de mentionner que la procédure pénale se fonde sur la maxime d'instruction, ou inquisitoire, ce qui implique qu'il revient à l'autorité de mener à bien cette procédure. La charge de la preuve lui revient. Ce point, en soi positif pour la victime de discrimination, a en revanche été mis en avant, par le Conseil fédéral pour justifier le fait qu'il n'est pas nécessaire de donner aux associations de lutte contre le racisme le statut de partie plaignante, puisque le Ministère public est là pour défendre les intérêts de la société, ce qui nous semble être une position délicate et discutable. Il est encore possible de constater d'autres défauts procéduraux, mais c'est en particulier la longueur des procédures qui mérite d'être soulignée.

En résumé, il reste un certain nombre de points essentiels à améliorer, du point de vue du contenu de la norme notamment. Cela dit, la procédure pénale et l'art. 261bis CP fixent déjà un cadre qui, en théorie, devrait permettre au particulier de faire valoir ses intérêts, de participer à la procédure s'il le souhaite, en se constituant partie plaignante et/ou civile, et de voir la situation de faits être jugée et le coupable sanctionné, sans devoir nécessairement porter une trop lourde charge (en termes de preuves ou de moyens financiers par exemple). En pratique, il a tout de même été constaté qu'un certain nombre d'obstacles importants existent, même dans ces aspects.

³ Les paragraphes suivants reprennent les conclusions et problèmes soulevés à la fin de la présente étude ; cf. ci-dessous, ch. IV.

Au niveau du droit civil

En droit civil, les dispositions matérielles ne sont pas spécifiquement orientées sur la question de la discrimination fondée sur le racisme. Au contraire, il n'existe aucune règle spécialement conçue pour répondre à cette problématique. Le particulier qui s'estime victime de discrimination raciale dans un rapport de travail ou de bail doit faire appel à des dispositions générales du Code des obligations et du Code civil (principe de la bonne foi, protection de la personnalité, protection contre les défauts de la chose louée, annulation du congé et prolongation du bail, réparation du dommage subi par le travailleur, interdiction des licenciements abusifs, etc.). Les sanctions, du moins en droit du travail, ne sont pas dissuasives, puisque la réintégration dans la place de travail n'est notamment pas envisagée par le droit suisse. Les sanctions en droit du bail ne sont pas non plus évidentes à mettre en œuvre lorsque l'on se trouve en situation de discrimination raciale. D'un point de vue procédural, le droit civil se fonde sur la maxime des débats (voire sur la maxime inquisitoire sociale dans certains cas). Dans le cadre général de la maxime des débats, il revient au demandeur de présenter les faits, d'invoquer le droit et de conduire la procédure. Cela représente une charge importante, notamment en matière de preuves. Aussi, dans le cadre d'une procédure civile pour comportement raciste dans un rapport de droit privé (travail ou bail), l'individu concerné se trouve en quelque sorte dans une position doublement, voire triplement faible. En tant qu'employé (potentiel, actuel ou licencié) ou en tant que locataire (potentiel, actuel ou congédié), il est d'abord la partie faible au contrat. Rien de nouveau sur ce point. En plus, dans l'hypothèse d'une discrimination raciale, il est encore une fois la partie faible, faisant partie d'un groupe « cible » de par sa couleur de peau, son origine, son ethnie ou sa religion. La procédure civile ne semble en rien corriger ce déséquilibre, puisque elle charge en principe cette partie de conduire la procédure, d'en assumer en grande partie la charge de la preuve et dans certains cas les frais si elle n'arrive pas à prouver la discrimination. L'on ne saurait toutefois oublier la volonté du législateur de prendre en compte les domaines sensibles d'un point de vue social, en prévoyant un système plus favorable.

Synthèse

Si on tente de comparer ces deux grands domaines que sont le droit pénal et le droit civil, on peut alors constater que si la situation est lacunaire sur le plan pénal (matériellement parlant, ainsi que sur certains points de procédure également), elle est encore plus précaire en droit civil. En particulier, parce qu'il n'existe pas de norme spécifique qui permette de protéger la victime. La procédure civile n'est pas très favorable non plus. Le fait qu'on ne trouve pas de jurisprudence fédérale (et très peu de jurisprudence cantonale) vient confirmer ces constats. Il est presque impossible de dénoncer une situation de discrimination raciale en matière civile, d'y apporter les preuves nécessaires et, par conséquent, d'obtenir gain de cause.

L'ACCÈS À LA JUSTICE EN CAS DE DISCRIMINATION

Partie 6: Racisme

I. OBJECTIFS ET STRUCTURE DE LA PARTIE 6

1. But et aperçu de la partie 6

La partie 6 relative à la problématique de l'accès à la justice en cas de discrimination raciale a pour but de répondre aux questions posées dans le postulat Naef⁴ dans ce domaine. Elle s'attèle donc à présenter les normes pertinentes en matière de discrimination raciale, tant d'un point de vue matériel que procédural, et à analyser leur application par les tribunaux.

2. Structure de la partie 6

La partie 6 traite, dans un premier temps, de l'accès à la justice dans des cas de discrimination raciale fondés sur l'art. 261bis du Code pénal (chiffre II).

Ce sont d'abord les éléments liés à la disposition pénale qui sont présentés, accompagnés des principales lacunes telles qu'elles sont résumées par la doctrine (chiffre II.1).

Le chiffre II.2 est consacré à l'analyse de la jurisprudence, tant du point de vue du droit de fond (droit matériel, ch. 0), que du point de vue du droit de procédure (ch. II.2.3). La première étape de l'analyse a consisté à étudier en détail les quelques arrêts publiés du Tribunal fédéral portant sur l'art. 261bis CP. Cette partie est toutefois ponctuellement complétée par des informations obtenues à la lecture de plus de cent arrêts rendus au niveau cantonal (première ou deuxième instance ; ch. II.2.2). Ces cas ont été collectés auprès des différentes instances judiciaires en Suisse qui ont, dans ce cadre, transmis les décisions sur cette question dont ils avaient connaissance. Il convient, à ce stade déjà, de préciser que ces cas sont utilisés à titre illustratif, dans la mesure où ils ne reflètent pas exhaustivement la réalité. En effet, les cantons romands, à l'exception du Jura, n'ont transmis aucune décision. Les informations provenant des décisions cantonales sont présentées dans des encadrés.

À l'issue de cette analyse, une synthèse est faite (chiffre II.3)

Dans un deuxième temps, ce sont les conditions d'accès à la justice en cas de discrimination raciale en lien avec le droit civil qui sont exposées (chiffre III).

La première étape consiste ici à effectuer une distinction entre les bases légales applicables lorsque des discriminations ont lieu dans le domaine de l'emploi et celles qui prévalent en matière de bail, puis de présenter les lacunes dénombrées par la doctrine (chiffre III.1).

Dans la mesure où le domaine du droit civil ne connaît quasiment pas de jurisprudence sur ces questions, les aspects de droit matériel et de droit procédural font l'objet d'une analyse avant tout théorique (chiffres III.3 et III.2). Toutefois, les quelques affaires cantonales recensées, ayant toutes trait au domaine de l'emploi, sont présentées dans des encadrés au chiffre III.1.2.

⁴ Postulat 12.3543, déposé le 14 juin 2012 et intitulé « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

Une synthèse relative au droit civil vient compléter cette partie (chiffre III.4), avant que des conclusions plus générales ne soient faites et que certains problèmes particuliers ne soient soulevés (chiffre IV).

II. DROIT PÉNAL : PROPOS ET ACTES RACISTES (AU SENS DE L'ART. 261BIS CP)

1. Généralités

1.1. Contexte et base légale

Le droit pénal suisse contient des dispositions qui interdisent expressément la discrimination en raison de l'appartenance raciale, ethnique et religieuse (art. 261bis CP⁵ et 171c CPM⁶, dont le texte est analogue⁷).

L'adoption de normes pénales antiracistes était une des conditions à la ratification de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸. En effet, pour satisfaire aux exigences de la Convention, les Etats parties sont tenus de prendre des mesures concrètes destinées à combattre et à prévenir la discrimination raciale. Sur la base de son article 4 (en relation avec l'art. 2 al. 1 let. d), la Convention exige notamment que certains actes de discrimination raciale soient sanctionnés par des dispositions pénales.

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, l'article 261bis CP a la teneur suivante :

Discrimination raciale

[Al. 1)]⁹ Celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse,

[Al. 2)] celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion,

[Al. 3)] celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part,

[Al. 4 1^{ère} moitié)] celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion

[Al. 4 2^e moitié)] ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

[Al. 5)] celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public,

sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0 ; RO 1994 2887.

⁶ Code pénal militaire du 13 juin 1927, RS 321.0 ; RO 1994 2887.

⁷ Les considérations suivantes relatives à l'art. 261bis CP s'appliquent *mutatis mutandis* à l'art. 171c CPM.

⁸ Approuvée par l'Assemblée fédérale le 9 mars 1993 et entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994 (RS 0.104). En ce qui concerne les raisons de l'adhésion de la Suisse à la Convention, voir le message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal (FF 1992 III 265 ss, spéc. 268 et 273) et les débats parlementaires y relatifs (BO CN 1992 2650-2672).

⁹ Bien que les paragraphes ne soient pas officiellement numérotés sous forme d'alinéas dans le texte de loi, nous utiliserons tout de même cette manière de les classer afin de pouvoir saisir plus facilement la partie de l'article dont il est question.

S'il renonce à donner une définition légale de la discrimination raciale, l'article 261bis CP indique en revanche de manière exhaustive le cercle des personnes protégées ainsi que les différents modes de commission du délit.

S'agissant des *sujets de la protection*, la disposition bénéficie aux groupes raciaux, ethniques et religieux. D'après le Tribunal fédéral¹⁰, le critère de la race au sens de l'article 261bis CP se caractérise notamment par la couleur de la peau. Quant à la notion d'ethnie, elle se fonde sur un « sentiment d'appartenance » à une même culture (langue, coutumes, traditions) transmise d'une génération à l'autre¹¹. Enfin, contrairement à la Convention sur l'interdiction de la discrimination raciale, la Suisse a choisi d'ajouter la religion aux objets protégés par la norme pénale antiraciste¹². La notion de religion est ici entendue au sens large, et englobe toute conviction basée sur une relation avec le divin. Il convient à ce stade de préciser que, pour pouvoir recourir en justice, il faut de surcroît avoir été reconnu en tant que lésé ou victime respectivement au sens du code de procédure pénale (CPP)¹³ et au sens de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI)¹⁴, ce qui d'une manière générale implique le fait d'avoir été touché directement par l'infraction¹⁵.

Les *comportements* à caractère raciste ne sont pas tous punissables. Compte tenu du but de protection de l'ordre social propre au droit pénal, ne sont réprimés que les propos et les actes qui nuisent à la société et menacent la paix publique.

- L'article 261bis CP sanctionne tout d'abord l'incitation à la haine et à la discrimination (al. 1), c'est-à-dire les propos susceptibles de produire ou d'attiser des sentiments d'hostilité envers un groupe déterminé ainsi que ceux qui encouragent expressément à violer les droits humains¹⁶.
- L'alinéa 2 interdit la propagation d'idéologies (actions méthodiques et ciblées revendiquant une validité générale) qui affirment la supériorité d'un groupe sur un autre, celui-ci étant par conséquent considéré comme de deuxième classe.
- Selon l'alinéa 3, constituent également un comportement délictueux les actes préparatoires aux actions de propagande (organisation, encouragement, participation). Le fait que chacune de ces formes de participation soit envisagée de manière autonome implique que la complicité aux infractions prévues aux alinéas 1 et 2 est également punissable.
- L'alinéa 4, première phrase, punit le propos ou le geste qui abaisse ou discrimine une personne ou un groupe d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine. La jurisprudence révèle qu'il s'agit dans la plupart des cas d'insultes verbales qualifiées d'abaissement¹⁷.
- Aux termes de l'alinéa 4, deuxième phrase, la négation ou la minimisation d'un génocide et d'autres crimes contre l'humanité constituent aussi un acte délictueux. La définition des

¹⁰ ATF 124 IV 121, consid. 2b.

¹¹ Fabienne ZANNOL, *L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale. Une analyse des arrêts relatifs à l'article 261bis CP (de 1995 à 2004)*, Berne 2007, p. 15 s.

¹² Pour plus de détails concernant ce choix divergent, cf. FF 1992 III 265, 306.

¹³ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0.

¹⁴ Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007, RS 312.5.

¹⁵ Pour savoir plus précisément qui a la qualité pour agir en justice, voir le ch. II.2.3.1 ci-dessous.

¹⁶ Tarek NAGUIB et al. (éd.), *Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Berne 2014, n° 1166 ss.

¹⁷ Pour des exemples voir ZANNOL, p. 26.

notions de « génocide » et « crimes contre l'humanité » correspond à celle donnée respectivement aux articles 6 et 7 du Statut de la Cour pénale internationale¹⁸. En outre, il n'est pas requis que la déclaration soit dirigée directement contre un membre du groupe concerné. Elle peut s'adresser à des tiers¹⁹.

- L'alinéa 5 condamne quant à lui le refus d'une prestation destinée à l'usage public. Il est généralement admis que la notion de prestation englobe les offres de biens et services, de même que leur fourniture²⁰. Cette disposition a pour but particulier de sanctionner la discrimination raciale dans les lieux publics, qui peut conduire à une forme de ségrégation²¹. La question de savoir si cette disposition s'applique dans les domaines du droit du bail ou du droit du travail, par exemple, est ouverte. Il s'agit d'un point encore controversé en doctrine et non tranché par les tribunaux.

L'élément commun aux différents modes de commission du délit, exception faite pour l'alinéa 3, est la condition du *caractère public* du propos ou de l'acte. Autrement dit, il faut que l'infraction soit commise publiquement (en dehors du cadre privé) pour que l'article 261bis CP puisse s'appliquer. Le Tribunal fédéral a défini cette exigence, en considérant comme publics toutes les opinions et tous les comportements n'ayant pas lieu dans le cercle familial ou amical ou dans tout autre environnement qui n'est pas marqué par des relations personnelles ou une confiance particulière²².

A chacun de ces éléments constitutifs objectifs s'ajoute un élément subjectif : l'intention. L'auteur du propos ou de l'acte raciste doit agir intentionnellement, c'est-à-dire avec conscience et volonté. Le dol éventuel suffit²³.

1.2. Lacunes et critiques de la doctrine

Se fondant sur l'expérience accumulée en matière d'application de la norme pénale antiraciste, la doctrine a relevé un certain nombre de carences. En voici les principales.

Premièrement, on déplore une interprétation trop stricte des critères protégés par l'article 261bis CP. La nationalité et le statut juridique (étrangers, requérants d'asile) ne figurent notamment pas parmi les critères fondant le délit de discrimination raciale. Or, la pratique montre que les discriminations en raison de l'appartenance nationale ou envers la catégorie des étrangers sont très diffuses²⁴. De surcroît, le rattachement à la nationalité et au statut juridique d'une personne peut dissimuler une discrimination raciale en raison de la race, de l'ethnie ou de la religion. « En mentionnant la nationalité ou le statut juridique, ce n'est en effet pas le passeport ou la situation juridique que l'auteur de l'acte discriminatoire vise, mais bien l'aspect physique ou la culture (réelle

¹⁸ RS 0.312.1.

¹⁹ ATF 126 IV 20, consid. 1c (revirement de jurisprudence sur ce point par rapport à l'ATF 123 IV 202, qui a été le premier arrêt publié rendu par le TF sur la base de l'art. 261bis CP).

²⁰ Marcel NIGGLI / Gerhard FIOJKA, *La discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP – Brève analyse*, Berne 2004, p. 6.

²¹ NAGUIB et al., n° 665.

²² ATF 130 IV 111, consid. 5.2.2.

²³ ATF 123 IV 202, consid. 4c.

²⁴ Voir, à titre d'exemple, l'ATF 140 IV 67.

ou supposée) de la victime »²⁵. Cela nous permet également de conclure à une protection insuffisante contre la discrimination indirecte.

Deuxièmement, les organisations engagées dans la lutte contre le racisme ou en faveur de la défense des droits de l'homme ne sont à ce jour pas habilitées à participer à la procédure. En effet, l'article 261bis CP ne leur reconnaît pas la qualité de partie ni le droit de déposer un recours. Pour la Commission fédérale contre le racisme, en particulier, cette situation n'est pas satisfaisante et pose problème surtout dans l'optique de la lutte contre les actes de discrimination raciale non individualisés (attaques contre des groupes) et contre la diffusion d'idéologies racistes et niant, minimisant ou justifiant des génocides ou des crimes contre l'humanité. Du moment que, pour être légitimée à recourir, une personne doit avoir fait l'objet d'une agression directement dirigée contre elle et doit être touchée dans sa propre dignité humaine²⁶, en ce qui concerne les attaques contre des groupes, « le danger existe que l'instruction ne soit pas menée de manière assez systématique »²⁷.

Se pose également la question des réserves formulées par la Suisse à l'égard de la Convention contre la discrimination raciale. D'après le message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention, la réserve qui porte sur l'article 4 let. b de la Convention (interdiction de la propagande raciste et des organisations qui s'y adonnent)²⁸ entend souligner « [l']importance particulière que revêtent la liberté d'opinion et la liberté d'association dans les démocraties occidentales en général, et en particulier dans le système suisse de démocratie semi-directe »²⁹. Elle concerne donc la problématique de l'articulation et des possibles tensions entre les différents droits fondamentaux, en l'espèce entre les libertés d'expression (art. 16 Cst.) et de réunion (art. 23 Cst.) et l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.).

L'art. 4 let. b de la Convention contient deux exigences : d'une part, l'interdiction des organisations racistes et d'autre part, le fait de punir un individu en raison de sa participation à une telle organisation. En ce qui concerne la première exigence, le Conseil fédéral est d'avis qu'elle est réalisable avec les moyens existants du droit civil³⁰. La réserve faite à l'art. 4 let. b de la Convention concerne donc principalement la seconde exigence contenue dans cette disposition, à savoir la « simple » participation d'un individu à une organisation à caractère raciste³¹. Dans le message, le Conseil fédéral fait remarquer qu'en Suisse les associations à but non lucratif acquièrent la personnalité juridique par acte déclaratoire, sans qu'il n'y ait de contrôle préalable quant à leur but. Par conséquent, on ne saurait exiger que la personne désirant devenir membre d'une association sache à l'avance que le but de celle-ci est considéré comme illicite³². Pour cette raison, déclarer pénalement punissable la simple affiliation à une association, reviendrait à restreindre de manière disproportionnée la liberté d'opinion. Le Conseil fédéral décèle donc, dans le cas des

²⁵ CFR, *Le droit contre la discrimination raciale : analyse et recommandations*, Berne 2010, p. 8.

²⁶ ZANNOL, p. 32.

²⁷ CFR, p. 14 et 15.

²⁸ Texte de la réserve : « La Suisse se réserve le droit de prendre les mesures législatives nécessaires à la mise en oeuvre de l'art. 4, en tenant dûment compte de la liberté d'opinion et de la liberté d'association, qui sont notamment inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ».

²⁹ FF 1992 III 265, 301.

³⁰ « Conformément à l'article 78 CC, l'autorité compétente ou un intéressé peuvent demander au juge de dissoudre une association dont le but est illicite » (FF 1992 III 265, 300).

³¹ Septième, huitième et neuvième rapports périodiques présentés par la Suisse au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale, du 30 novembre 2012, ch. 301, p. 93.

³² FF 1992 III 265, 300-301.

organisations à caractère raciste, « un conflit de libertés fondamentales, c'est-à-dire [...] un conflit d'intérêts juridiques du même niveau méritant par conséquent la même protection »³³. D'après lui, « [l]a solution de tels conflits ne peut être trouvée que par la voie de la pesée des intérêts en présence »³⁴, ce qui du point de vue de la Suisse justifie le maintien d'une réserve en faveur des libertés fondamentales.

La Commission fédérale contre le racisme³⁵ et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD)³⁶ demandent, quant à eux, le retrait de cette réserve, afin de lever l'impunité en cas de fondation de sociétés racistes ou d'appartenance à celles-ci.

Plus généralement, le respect de la liberté d'expression et l'interdiction de tenir des propos racistes ne devraient pas être opposés, mais plutôt être vus comme des droits qui se complètent. C'est dans tous les cas la position que défend le CERD dans sa Recommandation générale n° 35 relative à la lutte contre les discours de haine raciale³⁷. L'art. 5, let. d, ch. viii de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale prescrit d'ailleurs que l'interdiction de la discrimination raciale doit se faire notamment dans la jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression. Dans ce cadre, le Comité considère par exemple que l'expression d'idées et d'opinions qui prêtent à controverse est légitime si elle n'incite pas à la haine, au mépris, à la violence ou à la discrimination (par. 25). Le CERD rappelle aussi que la liberté d'expression n'est pas illimitée, mais qu'elle s'accompagne de « responsabilités et de devoirs particuliers » (par. 26). En particulier, ce droit peut être restreint à certaines conditions prévues à l'art. 19 par. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁸. Le Comité des droits de l'homme (CCPR), dans son Observation générale n° 34 relative à l'art. 19 du Pacte, vient à son tour préciser ces conditions³⁹. Il relève entre autres que le premier motif légitime de restriction est le « respect des droits ou de la réputation d'autrui », indiquant encore qu'« "autrui" vise d'autres personnes individuellement ou en tant que membres d'une communauté » religieuse ou ethnique par exemple (par. 28). Dans son observation, le CCPR n'aborde pas plus précisément la question particulière de l'expression de propos racistes.

Outre ces éléments et les critiques adressées à la base légale elle-même, d'autres obstacles viennent encore s'ajouter lorsqu'il s'agit de la mettre en œuvre. Cela concerne notamment l'accès difficile à la procédure, sa durée (importante), l'insécurité relative aux coûts qu'elle engendre, la charge de la preuve, ainsi que la crainte des conséquences négatives. Ces éléments sont examinés plus en détail ci-dessous.

³³ FF 1992 III 265, 299.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CFR, p. 20.

³⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse, du 13 mars 2014, CERD/C/CHE/CO/7-9, par. 11. Cette recommandation avait déjà été faite dans le cadre des Observations finales du Comité sur les quatrième, cinquième et sixième rapports périodiques de la Suisse, du 23 septembre 2008, CERD/C/CHE/CO/6, spéc. par. 15.

³⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), Recommandation générale n° 35. Lutte contre les discours de haine raciale, du 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35, spéc. par. 45.

³⁸ RS 0.103.2.

³⁹ Comité des droits de l'homme (CCPR), Observation générale n° 34. Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, du 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, spéc. par. 21 ss.

2. Analyse de la jurisprudence

2.1. Remarques liminaires

La Commission fédérale contre le racisme tient des statistiques quant au nombre de dénonciations déposées et au sort qui leur est réservé. Entre 1995 et 2014, la CFR a recensé 679 décisions⁴⁰. Dans près de la moitié des cas (263), « les autorités d'instruction, après un examen succinct des faits, n'ont pas ouvert de procédure d'instruction, ont suspendu celle-ci ou ne sont pas entrées en matière. Dans l'autre partie des cas, les plaintes ont été examinées au plan du droit matériel et un jugement a été rendu. Dans 55 cas (13 % des cas), les autorités ont lavé la personne de l'accusation de discrimination raciale tandis que dans 349 cas (84 % des cas), elles l'ont déclarée coupable »⁴¹.

Sans surprise, le nombre d'arrêts portés devant le Tribunal fédéral est bien inférieur au nombre de plaintes déposées. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 261bis CP, le 1^{er} janvier 1995, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts publiés (un peu plus d'une quinzaine)⁴² et, avec les arrêts non publiés, on peut compter au total plus de 80 arrêts rendus au niveau fédéral en lien avec l'art. 261bis CP.

A la lecture de ces jugements⁴³, il n'est toutefois pas aisé de tirer des informations et, *a fortiori*, des conclusions pertinentes pour tous les différents critères utilisés dans cette étude⁴⁴. C'est pourquoi, un certain nombre d'informations ne peuvent provenir que de la doctrine et en particulier de la doctrine spécialisée en matière de procédure pénale.

Il est cependant possible de tirer un certain nombre d'éléments pertinents de l'analyse de la jurisprudence, notamment en ce qui concerne l'aspect matériel ou, autrement dit, l'issue du jugement et la sanction (ainsi qu'une éventuelle réparation) ou le constat que l'infraction n'a pas été réalisée. Pour ce qui est du droit procédural, ce sont principalement des données relatives (1) à la qualité pour agir – ou dans certains cas plus précisément à la qualification de victime – et (2) à la durée de la procédure, qui occupent une place prépondérante dans la jurisprudence étudiée.

2.2. Aperçu des cas issus de différentes instances cantonales

Parallèlement, une centaine d'affaires de discrimination raciale fondées sur l'art. 261bis CP ont pu être récoltées auprès des différents tribunaux cantonaux (première et deuxième instance). Les

⁴⁰ Les statistiques de la Commission fédérale contre le racisme se fondent sur tous les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus que les autorités cantonales sont tenues de communiquer au Service de renseignement de la Confédération sur la base de l'ordonnance du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales (RS 312.3). Les décisions de classement ne sont pas explicitement prévues par cette ordonnance, ce qui implique que seul un petit nombre d'entre elles sont comprises dans les évaluations de la CFR. Toutes les dénonciations ne sont donc pas comptabilisées.

⁴¹ Voir le site de la Commission fédérale contre le racisme (<http://www.ekr.admin.ch/services/f277.html>).

⁴² Il s'agit en particulier des ATF suivants : 123 IV 202, 123 II 472 (non retenu pour cette étude), 124 IV 121, 125 IV 206, 126 IV 20, 126 IV 176, 126 IV 230, 127 IV 203, 128 I 218, 129 IV 95, 130 IV 111, 131 IV 23, 131 IV 78, 133 IV 308, 138 III 641, 140 IV 67 et 140 IV 102.

⁴³ L'analyse a porté, dans le cadre de cette étude, essentiellement sur les arrêts de principe, c'est-à-dire publiés. C'est toutefois la version « non publiée » qui a été étudiée, lorsqu'elle était disponible, afin d'obtenir de plus amples renseignements sur les aspects procéduraux.

⁴⁴ Ces critères sont ceux repris dans les parties qui suivent : « droit procédural » et « droit matériel ». Egalement brièvement présentés dans la première partie de l'étude générale sur l'accès à la justice en cas de discrimination (Teilstudie 1, ch. III, 3, 3.3.1.), ils s'appuient sur, et suivent, la distinction effectuée (notamment entre droit procédural ou formel et droit matériel) dans le cadre de l'étude européenne « Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law », de février 2011, spéc. p. 12 ss.

décisions ne proviennent, à l'exception du Jura et du Tessin (chacun une décision) que de cantons alémaniques. Les cantons romands n'ont pas répondu à l'invitation de soumettre des cas concernant cette question.

A la lecture de ces cas, il est intéressant de noter que ce sont souvent les mêmes « problèmes » ou, autrement dit, les mêmes histoires ou *scenarii* qui se répètent ; cela vaut aussi bien pour les auteurs concernés, les victimes touchées, l'objet de l'affaire – autrement dit les faits incriminés –, que pour la forme des propos ou des actes. Quelques cas sont résumés ci-dessous dans des encadrés pour illustrer l'une ou l'autre thématique particulière.

En ce qui concerne les auteurs de propos ou d'actes racistes, plusieurs affaires, une dizaine, impliquent par exemple des néonazis faisant preuve d'antisémitisme ou de propos ou actes racistes envers des personnes de couleur. Dans une dizaine d'affaires également, ce sont des partis politiques qui agissent (souvent le PSN-PNOS [Parti des Suisses Nationalistes], moins souvent l'UDC). Il arrive que ce soient des policiers qui soient mis en cause (dans cinq cas). Dans la majorité des cas, ce sont de simples « citoyens » qui ont commis l'infraction.

Exemple de cas impliquant une personne néonazie :

Le prévenu, un jeune homme évoluant dans la scène néonazie, est connu par la police pour avoir déjà été impliqué à plusieurs reprises dans des conflits violents avec des personnes d'origine étrangère ainsi que des personnes issues du milieu antifasciste. Dans la présente affaire, il est accusé d'avoir insulté le plaignant de « cochon de Juif » (*Judensau*) et d'avoir commis un acte de discrimination raciale en distribuant quatre CDs avec des contenus politiques d'extrême droite devant un centre de jeunesse. Condamné en première instance pour infraction à l'art. 261bis al. 2 et 4 CP, il fait appel contre cette décision. Le Tribunal cantonal bernois (*Obergericht Bern*) confirme la condamnation du prévenu pour insulte et discrimination raciale au sens de 261bis al. 4 (pour l'emploi du terme « *Judensau* » à l'encontre du plaignant) mais estime que la distribution du CD ne constitue pas, dans le cas d'espèce, une infraction à l'art. 261bis al. 2. Le dispositif du jugement accorde une réparation de CHF 100.- de dommages-intérêts à payer au plaignant et inflige une amende de CHF 800.- avec 2 ans de sursis à l'accusé. Une partie des frais de justice sont mis à sa charge⁴⁵.

Exemple de cas mettant en cause des politiciens :

Un avocat dépose une plainte pénale contre deux membres de l'UDC ayant tenu des propos racistes et discriminatoires contre les Albanais du Kosovo lors d'une interview publiée dans un journal local en avril 2005. L'interview a été relue par les prévenus A et B, puis publiée avec leur accord. A y affirme que « les Albanais du Kosovo présentent une disposition à la violence que nous ne connaissons pas ici » et que « même la commission pour l'intégration vient de capituler » ; B ajoute que « les Albanais du Kosovo ne font pas d'effort pour s'intégrer ici » et qu'ils « veulent nous imposer leur disposition à la violence » (trad. libre). En 2006, un Tribunal soleurois acquitte le prévenu A alors qu'il condamne B, dont il estime que les propos relèvent de la discrimination raciale, à une amende de CHF 200.- avec sursis. B fait appel contre cette décision. Suite à une analyse détaillée des propos tenus, le Tribunal cantonal (*Obergericht Solothurn*) décide en

⁴⁵ Obergericht des Kantons Bern, SK-Nr. 2006/488+493/IMB, du 12 juillet 2007.

deuxième instance que B n'est pas coupable de discrimination raciale et l'acquitte. B obtient CHF 2'000.- d'indemnités (*Parteienentschädigung*)⁴⁶.

Concernant les groupes de personnes à qui les propos ou les actes racistes sont destinés (en d'autres termes, les « victimes » dans un sens large), il s'agit le plus souvent de personnes de confession juive (une dizaine de cas). L'antisémitisme est certainement la discrimination qui se retrouve le plus souvent dans le cadre de ces affaires judiciaires. Difficile de dire si cela est représentatif de ce qui se passe dans la vie quotidienne ou si ce groupe dispose d'un meilleur accès à la justice que d'autres communautés de personnes, peut-être moins bien organisées ou moins solidaires par exemple. Viennent ensuite les actes et propos anti-Noirs, suivis de ceux anti-musulmans pour finir avec ceux touchant les personnes originaires des Balkans. Certaines affaires contiennent des propos discriminant plusieurs « catégories » de personnes en même temps (par exemple les Juifs et les Noirs).

Exemple de cas ayant trait à des propos racistes antisémites et anti-Noirs :

Deux jeunes gens, d'une vingtaine d'années au moment des faits, sont inculpés pour discrimination raciale et discrimination raciale multiple. Le second est libéré de l'inculpation, alors que le premier est jugé coupable pour avoir tenu des propos discriminants à une personne juive et en ayant fait le salut hitlérien (premiers faits), puis pour avoir traité, lors d'un match de football, un joueur d'origine africaine, ainsi qu'une autre personne présente de la même origine, de différents qualificatifs à connotation clairement raciste ; à nouveau, l'inculpé fait un salut hitlérien en prononçant les mots « *Heil Hitler* » (seconds faits). Le prévenu est condamné à une peine de prison de 30 jours et deux ans de sursis, ainsi qu'aux frais de la procédure qui s'élèvent à CHF 875.70.- et aux dépens (*Urteilsgebühr*) de CHF 150.-⁴⁷.

L'objet des cas – les faits en quelque sorte – est varié. On trouve par exemple plusieurs affaires touchant au négationnisme (une petite dizaine). Une autre dizaine de cas concerne ce qu'on pourrait appeler un « refus de prestation » ou une « exigence supplémentaire » : l'auteur de la discrimination refuse à la victime d'entrer dans un lieu public (bar, discothèque, etc.) ou, au contraire, exige de cette personne qu'elle fournisse plus d'informations (qu'elle présente ses papiers en plus de son billet de transport public valable). A noter tout de même, à titre anecdotique, que parfois il s'agit d'une forme de « discrimination inversée » : dans un cas, la prestation est refusée à une personne en raison de son apparente appartenance à un groupe d'extrême droite ; dans un autre, l'entrée dans un local est interdite à toute personne qui n'est pas de religion musulmane.

Exemple de cas ayant trait à des propos négationnistes :

En février 2007, l'ambassade Suisse à Berlin est avertie par le « *Zentralrat der Juden* » allemand de l'existence d'un site internet antisémite enregistré sous le nom d'un citoyen Suisse. Le Service national de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (SCOCI) identifie la personne

⁴⁶ Obergericht des Kantons Solothurn, STAPP.2006.38, du 22 août 2007.

⁴⁷ Strafgericht Basel-Stadt, SG2005/305, du 7 novembre 2005.

et découvre en effet deux sites internet à son nom comprenant des contenus antisémites et négationnistes. En octobre 2008, le prévenu est accusé de discrimination raciale pour la publication, sur ses sites internet personnels, de textes négationnistes incluant également des propos diffamatoires contre les « sionistes ». Lors du procès, il admet les faits, revendique vouloir « libérer l'Allemagne et le monde entier de l'oppression sioniste » (trad. libre) et se décrit comme un éclairé combattant pour la vérité. Un Tribunal de première instance des Grisons le juge coupable de discrimination raciale multiple au sens de l'art. 261bis al. 4 CP et le condamne à une peine pécuniaire avec sursis de 45 jours-amende à CHF 20.- et à une amende de CHF 300.-. Les frais de justice de CHF 4'579.- sont à sa charge⁴⁸.

Exemple de cas ayant trait à un refus de prestations :

Le patron d'un local situé à Saint-Gall est accusé de discrimination raciale pour avoir affirmé, lors d'une interview radiophonique en 2009, ne pas autoriser « les Albanais, les Yougoslaves et les Noirs » à entrer dans son local. Dans son explication, il attribue des comportements indésirables aux membres de ces groupes. Un Tribunal de première instance du canton de Saint-Gall conclut que l'exclusion d'un groupe entier en raison du comportement déviant de certains de ses membres constitue une discrimination au sens de l'art. 261bis al. 4 CP. Il est également reproché au prévenu d'avoir demandé au videur de son local de ne pas laisser entrer les personnes issues des groupes mentionnés. Puisque les employés interrogés ne confirment pas cette accusation et que le prévenu est capable de présenter une attestation écrite de 25 clients étrangers « fidèles » affirmant qu'aucune discrimination n'a été pratiquée à leur égard, l'accusation d'un refus de prestation punissable par l'article 261bis al. 5 CP n'est pas retenue. Le prévenu est néanmoins condamné à 30 jours-amende à CHF 110.- et à CHF 500.- d'amende avec sursis pour discrimination raciale⁴⁹.

Enfin, cinq affaires rapportent des propos ou des actes racistes tenus dans un cadre de voisinage. Ce qui est intéressant à souligner ici, et en lien avec la chapitre suivant, relatif au droit civil, c'est que ces affaires ne sont portées que devant la justice pénale alors que, théoriquement, le droit privé pourrait (également) s'appliquer. A ce stade, on peut donc en déduire, de manière intuitive, que soit les personnes concernées ne sont pas suffisamment informées des possibilités d'agir, soit elles le sont, mais estiment que la justice civile ne sera pas en mesure de répondre à leurs attentes (par exemple parce que les preuves sont trop difficiles à apporter). La première option est certainement à privilégier.

Exemple de cas ayant trait à des propos racistes entre voisins :

Dans une affaire jurassienne, le juge pénal du Tribunal pénal de première instance a reconnu A coupable de discrimination raciale et l'a condamné à une peine pécuniaire de 8 jours-amendes à CHF 60.- avec sursis pendant deux ans, à payer à B une participation à ses dépens, à hauteur de CHF 2834.-, ainsi qu'à payer CHF 1186.65.- de frais judiciaires. Le Tribunal cantonal a confirmé cette sanction en deuxième instance et y a ajouté la moitié des frais judiciaires de deuxième instance, soit CHF 530.-. Cette affaire concerne deux couples habitant le même immeuble et faisant

⁴⁸ Bezirksgericht Surselva, 520-2008-5, du 2 décembre 2008.

⁴⁹ Kreisgericht St. Gallen, ST.2009.129-SG3SE-CBO, du 11 février 2010.

preuve d'une animosité réciproque depuis un certain temps. Un soir, la situation dégénère et la femme du premier couple, ainsi que l'homme du second couple en viennent à s'insulter et à échanger quelques coups. À l'arrivée de la police, les faits et les témoignages divergent, ce qui conduit le Tribunal à rendre un intéressant considérant sur les questions de présomption d'innocence et de charge de la preuve (consid. 3). Le Tribunal retient le grief de discrimination raciale, au sens de l'al. 4 de l'art. 261bis CP en raison du fait que plusieurs témoins ont attesté avoir entendu le prévenu A traiter B de « sale marocaine » (consid. 5)⁵⁰.

Quant à la forme des comportements discriminatoires, il s'agit, dans la majorité des cas, de propos racistes oraux (insultes au sens large) ou écrits (blogs, flyers, graffitis, etc.), accompagnés parfois d'autres infractions, telles que des voies de faits, des menaces, des lésions corporelles, des états d'ivresse sur la voie publique, etc.

2.3. Droit procédural

2.3.1. Qualité pour agir en justice

En tant que crime ou délit contre la paix publique, l'art. 261bis CP est une infraction qui se poursuit d'office, au contraire de la « simple » injure (art. 177 CP), de la diffamation (art. 173 CP) et de la calomnie (art. 174 CO) qui relèvent toutes trois des infractions contre l'honneur et qui ne sont poursuivies que sur plainte⁵¹. La poursuite d'office (comme dans le cas de la discrimination raciale) signifie que lorsque l'autorité compétente a connaissance d'indices de commission de cette infraction, elle est tenue d'agir, même si la victime n'a pas porté plainte⁵². La personne lésée ne doit pas nécessairement se constituer partie plaignante au procès pénal. Si elle renonce à le faire, elle ne sera alors entendue que comme témoin. Si, au contraire, elle entend prendre part à la procédure, elle doit en manifester sa volonté et indiquer si elle veut uniquement soutenir l'accusation à côté du Ministère public, ou si elle souhaite, en plus, présenter des conclusions civiles (par exemple pour atteinte à la personnalité, au sens de l'art. 28 CC) et faire valoir des prétentions en dommages et intérêts pour tort moral⁵³.

Au stade du recours, la qualité pour agir est plus étroite. Au niveau cantonal, la personne concernée doit avoir été reconnue comme « lésé » au sens de l'art. 115 du Code de procédure pénale (CPP), alors que, pour recourir au niveau fédéral – par la voie du recours en matière pénale⁵⁴ –, il faut qu'elle soit considérée comme « victime » au sens de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI).

⁵⁰ Tribunal cantonal du Jura, AP 24/08, du 26 février 2009.

⁵¹ Sur la différence existant entre ces deux types d'infractions du point de vue de la prescription de l'action pénale et du droit de porter plainte, voir ci-dessous le ch. II.2.3.7.

⁵² ZANNOL, p. 32.

⁵³ Art. 118 et 119 CPP, ainsi que Yvan JEANNERET / André KUHN, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013, n° 7019 et 7025 ss et ZANNOL, p. 32. Pour plus de détails sur la constitution de la partie plaignante, voir également Andrew M. GARBARSKI, *Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente*, in : SJ 2013 II, p. 129 s.

⁵⁴ Avant l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral, cette condition prévalait déjà mais s'appliquait alors au pourvoi en nullité et au recours de droit public.

L'article 115 al. 1 CPP définit le *lésé* de la manière suivante : « toute personne dont les droits ont été *touchés directement* par une infraction » (nous soulignons). Dans son message relatif à l'unification de la procédure pénale, le Conseil fédéral a expressément renoncé à définir cette notion, préférant laisser le soin à la doctrine et à la jurisprudence d'en préciser le contenu et les contours⁵⁵. Il a toutefois ajouté que cette position générale à l'égard du « lésé » s'appliquait aussi dans le cadre de l'art. 261bis CP et en particulier pour son alinéa 4, 2^e moitié de la phrase (négation, minimisation, tentative de justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité)⁵⁶. On comprend aussi par ces explications que pour qu'il y ait une *atteinte directe*, il faut que celle-ci porte sur le bien directement protégé par la norme pénale (c'est-à-dire, selon l'alinéa pertinent de l'art. 261bis CP, soit la dignité humaine, soit la paix publique)⁵⁷. Il en découle qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un préjudice civil ou, en d'autres termes, un dommage⁵⁸. L'art. 115 al. 2 CPP vient encore préciser que « [s]ont toujours considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale ». Cela implique, selon le Conseil fédéral, que « les titulaires des biens juridiques auxquels on a porté atteinte, doivent toujours être considéré[...s] comme des lésés »⁵⁹.

La jurisprudence confirme que pour être lésé, il faut « être atteint, immédiatement et personnellement, dans ses droits protégés par la loi, par la commission d'une infraction »⁶⁰. Au même considérant de cet arrêt 1B_201/2001, le TF ajoute : « [a]insi, en cas de délits contre des particuliers, le lésé est le titulaire du bien juridique protégé. Lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé ». Le TF continue en affirmant que l'atteinte en question doit être d'une certaine gravité et qu'à ce titre, ce n'est pas la qualification de l'infraction qui est déterminante, mais bien plutôt les effets que cette infraction a sur le lésé. En outre, l'appréciation de ces effets doit se faire de manière objective et ne doit donc pas se fonder sur la « sensibilité personnelle et subjective » du lésé⁶¹.

Le lésé peut être qualifié de *victime*, au sens de l'art. 116 al. 1 CPP ou de l'art. 1 al. 1 LAVI⁶², lorsqu'il est *atteint directement dans son intégrité physique, psychique ou sexuelle*. Il s'agit dès lors d'une personne physique. Comme déjà dit, il faut encore que l'atteinte soit d'une certaine gravité d'un point de vue objectif, et non pas uniquement selon la sensibilité personnelle et sub-

⁵⁵ Cf. le message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 ss, 1148 et GARBARSKI, p. 123.

⁵⁶ FF 2006 1057, 1148-1149. Voir encore ci-dessous les incidences des différents alinéas de l'art. 261bis CP sur la qualité pour agir.

⁵⁷ Voir FF 2006 1057, 1149. Le Conseil fédéral explique ici que si on admettait que l'art. 261bis al. 4, 2^e phrase protège *directement* la dignité humaine (et pas la paix publique), il faudrait alors aussi admettre que « non seulement les survivants d'un génocide et leurs descendants puissent se constituer partie civile [...], mais encore, parce qu'ils ont été touchés directement, tous les proches des victimes ».

⁵⁸ GARBARSKI, p. 124, qui se réfère notamment à l'ATF 139 IV 78.

⁵⁹ FF 2006 1057, 1148. Le TF reprend mot à mot cette affirmation dans son arrêt 1B_201/2011, consid. 2.1.

⁶⁰ Cf. arrêt 1B_201/2011, consid. 2.1 lequel renvoie notamment à l'ATF 126 IV 42, consid. 2a : « Geschädigter im Sinne des Strafprozessrechts [...] ist diejenige Person, welcher durch das eingeklagte strafbare Verhalten unmittelbar ein Schaden zugefügt wurde oder zu erwachsen drohte. Das ist in der Regel der Träger des Rechtsgutes, welches durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll ».

⁶¹ Arrêt du TF 1B_201/2011, consid. 2.1.

⁶² Les deux textes de loi parlent de la victime en des termes identiques.

jective du lésé⁶³. Cette précision est importante en ce qui concerne les atteintes psychiques notamment. La victime, en tant que « catégorie spécifique de lésé »⁶⁴, peut prétendre à des droits procéduraux élargis, définis à l'art. 117 CPP, qui protègent essentiellement sa personnalité⁶⁵. Enfin, dans l'ATF 129 IV 95, le TF a encore précisé que « [l]orsque la dernière instance cantonale déclare un appel irrecevable parce que le recourant n'est pas une victime au sens de la LAVI, celui-ci est habilité à former un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral contre cet arrêt d'irrecevabilité ; il peut faire valoir que l'autorité cantonale lui a dénié à tort la qualité de victime »⁶⁶.

Le *statut de lésé ou de victime* est lié à l'infraction en question ou, autrement dit, dépendra de l'alinéa de l'art. 261bis CP applicable dans le cas d'espèce. En effet, tous les alinéas de cet article ne protègent pas le même bien juridique. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a fait une distinction entre les alinéas protégeant la paix publique de ceux défendant la dignité humaine. Dans son premier arrêt, le TF affirme d'une manière générale que l'art. 261bis CP protège la *dignité* de l'individu, en tant que membre d'une race, d'une ethnie ou d'une religion⁶⁷. Il rappelle ensuite l'historique de l'adoption de cette norme par les Chambres fédérales et se réfère notamment à l'intervention du parlementaire Zimmerli que l'on peut résumer de la manière suivante : le premier alinéa punit la simple incitation à l'agitation raciste, le deuxième alinéa concerne une forme plus subtile d'excitation, fortement liée aux idées, le troisième alinéa incrimine des actions résultant d'un degré d'organisation élevé, d'une planification systématique et qui, pour cette raison, sont potentiellement plus efficaces que la simple excitation dirigée contre un individu. Ces trois alinéas n'ont pour but que l'excitation publique, il s'agit d'appels qui s'adressent à un nombre indéterminé de personnes. Enfin, le quatrième alinéa sanctionne de véritables attaques commises à des fins de discrimination raciale⁶⁸. Le TF a confirmé cette « classification » dans sa jurisprudence ultérieure : « Les al. 1 à 3 de l'art. 261bis CP ne visent que l'agitation raciale ; il s'agit d'appels qui s'adressent à un nombre indéterminé de personnes, mais qui peuvent avoir pour but l'excitation publique envers une ou plusieurs personnes. L'al. 4 concerne de véritables attaques ayant pour motif la discrimination raciale [...] et qui sont donc dirigées directement contre un ou plusieurs membres du groupe visé »⁶⁹.

Dans ses arrêts 124 IV 121, 128 I 218 et 129 IV 95, le TF est toutefois venu préciser que la *dignité humaine*, comme bien juridique protégé, est couverte par les alinéas 1^{er} et 4, première phrase. L'ATF 128 I 218 apporte une définition du « lésé » au sens de l'art. 261bis al. 4 première phrase : il s'agit de « celui qui subit directement un dommage à raison de l'acte dénoncé ou dont le dommage est directement menacé d'être augmenté par cet acte ; en règle générale, il s'agit du titulai-

⁶³ Cf. ATF 120 la 157 consid. 2d/bb et cc. Pour un exemple dans lequel le TF estime que le recourant ne remplit pas les critères pour être une victime au sens de la LAVI, voir l'ATF 131 IV 78, consid. 1.4. Dans cet arrêt, le recourant est un membre du mouvement raëlien qui s'est vu refuser de se faire servir une bière dans un restaurant. Toujours dans l'ATF 131 IV 78, le TF mentionne comme « atteinte psychique objectivement importante » l'exemple de propos racistes tenus à l'encontre d'un ancien détenu dans des camps de concentration, chez qui de tels propos pourraient réveiller un traumatisme lui causant une atteinte grave à son intégrité psychique.

⁶⁴ JEANNERET / KUHN, n° 7022.

⁶⁵ *Ibidem*. Ce sont en particulier les dispositions qui traitent de la restriction de la publicité de l'audience et de l'information du public (voir notamment les art. 70 al. 1 let. a, 74 al. 4 et 152 al. 1 CPP).

⁶⁶ Chapeau d'arrêt résumant le consid. 2.

⁶⁷ ATF 123 IV 202, consid. 3a.

⁶⁸ *Idem*, consid. 3b qui renvoie à BO CE 1993 96.

⁶⁹ ATF 126 IV 20, consid. 1c.

re du bien juridique protégé par la disposition légale à laquelle il a été contrevenu »⁷⁰. Quant à l'ATF 129 IV 95, il contribue à établir une distinction claire entre la première et la seconde phrase de l'al. 4 de l'art. 261bis : la qualité de victime (au sens de la LAVI) peut être reconnue dans le premier cas (abaissement, discrimination publique d'une personne ou d'un groupe de personnes), mais pas dans le second (négation, minimisation, tentative de justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité). C'est la *paix publique* qui est protégée dans le second cas et pas les intérêts individuels (qui ne le sont qu'indirectement⁷¹).

Dans le message de 2006 relatif à l'unification de la procédure pénale, le Conseil fédéral rappelle également cette position : « [s]elon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les éléments constitutifs définis à l'art. 261bis, par. 4, 2^e membre de phrase, sont, toutefois ceux d'un délit contre la paix publique, délit contre lequel les biens juridiques individuels ne sont protégés qu'indirectement et non pas directement, condition nécessaire pour que la personne en cause réponde à la définition de lésé »⁷².

En 2005, le TF s'est encore prononcé sur les conditions à remplir pour pouvoir prétendre au statut de victime au sens de l'art. 261bis al. 5 (refus d'une prestation destinée à l'usage public). Dans la mesure où, pour atteindre le statut de victime, il faut que le lésé soit touché directement dans son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique, il faudrait que le refus de prestation soit effectué dans des circonstances objectives suffisamment graves pour que cela puisse causer une atteinte psychique au lésé. Selon le TF, « [i]l n'y a au demeurant pas de raison de se montrer moins exigeant quant à la gravité de l'atteinte psychique requise dans le cas de l'art. 261bis al. 5 CP que dans celui de l'art. 261bis al. 4 1^{er} membre de phrase CP »⁷³. Le TF cite comme « atteinte psychique objectivement importante » l'exemple de propos racistes tenus à l'encontre d'un ancien détenu dans des camps de concentration, chez qui de tels propos pourraient réveiller un traumatisme lui causant une atteinte grave à son intégrité psychique⁷⁴.

Jusqu'à présent, la jurisprudence a donc admis « qu'une personne peut en principe être considérée comme lésée [au sens de l'art. 261bis al. 1 et 4 première phrase, ainsi qu'éventuellement al. 5], et, partant, avoir la qualité de victime au sens de la LAVI quand l'agression est *directement dirigée contre elle et qu'elle est touchée dans sa dignité humaine* »⁷⁵.

En résumé, et pour reprendre les mots du TF exprimés dans l'arrêt non publié 6P.29/2005 du 9 mai 2005, qui synthétise bien la situation : « [l']atteinte doit être directe. [...] [L]a jurisprudence a jugé que la qualité de victime pouvait être reconnue à la personne qui était personnellement visée par l'acte prohibé ; ainsi la victime pourra être la personne envers laquelle l'auteur a incité

⁷⁰ ATF 128 I 218, consid. 1.5. Trad. JdT 2005 IV 134, 139.

⁷¹ En d'autres termes, « [s]i des individus peuvent être atteints dans leur intégrité psychique, cette atteinte n'est qu'indirecte et ne peut dès lors être invoquée pour prétendre à la qualité de victime au sens des art. 2 et 8 LAVI ». ATF 129 IV 95, trad. SJ 2003 I 185, 186-187.

⁷² FF 2006 1057, 1149. Cette position va à l'encontre de la motion Mugny (du 7 juin 2001, 01.3288) qui demandait que les survivants d'un génocide ou leurs descendants puissent avoir qualité pour se constituer partie civile dans les procédures pénales ouvertes pour ce type de crimes.

⁷³ ATF 131 IV 78, consid. 1.2.

⁷⁴ *Ibidem*, avec renvoi à l'ATF 128 I 218. Ce même arrêt 128 I 218 fait également référence à une décision du Tribunal d'appel militaire 2a de 1993 (c'est-à-dire datant d'avant l'entrée en vigueur de l'art. 261bis CP), dans laquelle le Tribunal avait estimé que se faire traiter de « cochon de juif estropié » (« *Du verkrüppelter Saujude* »), « cochon de juif » (« *Saujude* ») et « porc » (« *Sau* ») était « d'une telle gravité objective qu'il y avait lieu d'admettre l'existence d'une atteinte directe à l'intégrité psychique et de reconnaître à la personne insultée la qualité de victime au sens de la LAVI ». Voir le consid. 1.3. Trad. JdT 2005 IV 134, 137.

⁷⁵ L'auteur souligne. ZANNOL, p. 32.

publiquement à la haine ou à la discrimination (art. 261bis al. 1 CP), celle qu'il aura rabaissée ou discriminée (art. 261bis al. 4 première partie CP), ou encore celle à qui il aura refusé une prestation destinée à l'usage public (art. 261bis al. 5 CP). Dans ces hypothèses, la personne est directement visée comme en cas d'acte attentatoire à l'honneur (art. 173 ss CP). En revanche, dans l'hypothèse d'une négation d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité (art. 261bis al. 4 seconde partie CP), les individus appartenant au groupe de personnes ayant subi le génocide ou les crimes contre l'humanité ne peuvent pas se prévaloir de la qualité de victime, parce que l'infraction ne les vise pas directement ; la norme pénale protège la paix publique et non pas, sinon éventuellement à titre indirect, l'intégrité psychique d'une personne déterminée. Il en a été déduit qu'en cas de négation de génocides ou de crimes contre l'humanité, il n'y avait pas de victime au sens de l'art. 2 LAVI ».

L'ATF 131 IV 78, bien que rendu avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)⁷⁶, apporte des précisions procédurales intéressantes. Il rappelle que la qualité pour recourir au TF (en l'occurrence par la voie de l'ancien recours de droit public) du lésé qui n'est pas une victime au sens de la LAVI doit être examinée sur la base de l'art. 88 de la loi sur l'organisation judiciaire (OJ), désormais abrogée par la LTF. Le Tribunal fédéral poursuit ainsi : « Conformément à la jurisprudence relative à cette disposition, le droit de punir n'appartenant qu'à l'Etat, celui qui se prétend lésé par une infraction n'a pas d'intérêt juridiquement protégé à la poursuite et à la condamnation de l'auteur [...]. Il ne peut donc pas se plaindre sur le fond d'un acquittement, d'un non-lieu ou d'un classement et, en particulier, d'arbitraire dans l'appréciation des preuves, dès lors que l'examen d'un tel grief est lié à celui de l'affaire au fond. Il peut en revanche invoquer une violation, équivalant à un déni de justice formel, des droits procéduraux qui lui sont reconnus en tant que partie par le droit cantonal de procédure ou qui découlent directement de la Constitution fédérale [...]. Ce droit d'invoquer des garanties de procédure ne permet cependant pas de remettre en cause, même de façon indirecte, la décision sur le fond. Le recours ne peut donc pas porter sur des points indissociables de cette décision, tel que le refus d'une mesure probatoire fondée sur une appréciation anticipée des preuves [...] ou tout autre point impliquant un examen de l'affaire au fond »⁷⁷. Sous l'empire du nouveau droit, la situation ne devrait pas différer puisque l'article 81 alinéa 1 lettre b LTF exige lui aussi un intérêt juridiquement protégé pour pouvoir recourir en matière pénale.

On peut donc le constater, l'accès au Tribunal fédéral pour les personnes qui ont subi des actes ou des propos racistes, n'est pas évident. Il faut d'abord que l'infraction ne protège pas que la paix publique, mais également la dignité humaine (cf. art. 261bis al. 1 et 4 première phrase) et que l'acte ou les propos soient directement dirigés contre la personne concernée pour que celle-ci soit considérée comme « lésée ». Ensuite, elle devra encore répondre aux critères fondant la qualification de victime au sens de la LAVI pour que son recours au niveau du Tribunal fédéral soit recevable.

Si l'on examine de manière plus empirique la quinzaine d'arrêts publiés du Tribunal fédéral rendus en lien avec l'article 261bis CP, il est intéressant de noter que la personne qui recourt au TF n'est que dans trois cas⁷⁸ la personne qui a subi (ou du moins qui se plaint d'avoir subi) une in-

⁷⁶ RS 173.110.

⁷⁷ ATF 131 IV 78, consid. 2.1.

⁷⁸ Cf. ATF 128 I 218 (conférencier de religion Bahá'í), 129 IV 95 (deux ressortissants arméniens) et 131 IV 78 (raélien).

fraction au sens de cette norme pénale. De surcroît, dans ces trois cas, la qualité de victime n'a pas été reconnue au recourant et le recours a donc été déclaré irrecevable.

Dans neuf cas⁷⁹, le recourant est la personne accusée d'avoir commis une infraction au sens de l'art. 261bis CP. Plus précisément, les recourants contestent le jugement rendu par l'instance inférieure. Dans près de la moitié des cas (quatre), le recours a été rejeté et le verdict cantonal a donc été confirmé⁸⁰, alors que pour l'autre moitié (cinq cas), le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à l'instance inférieure pour qu'elle statue à nouveau⁸¹.

Dans trois affaires, ce sont les procureurs qui ont porté la cause devant le Tribunal fédéral. Dans deux cas, le recours a été admis, dans un autre cas, il a été jugé infondé⁸².

Enfin, dans deux arrêts, ce sont une association et une fondation qui ont recouru auprès du Tribunal fédéral. Ce constat nous mène au prochain point relatif à la qualité pour agir des associations, mais il est d'ores et déjà possible de mentionner ici que dans la première affaire⁸³ le recours a été déclaré irrecevable, alors que dans la seconde cause la fondation a eu plus de succès, du moins d'un point de vue procédural, puisque son recours a été déclaré recevable, mais a été rejeté⁸⁴.

2.3.2. Qualité pour recourir indépendante pour les associations, organisations et personnes morales

C'est l'article 104 du Code de procédure pénale qui définit les parties à la procédure. Il s'agit du prévenu, de la partie plaignante et du Ministère public. Le second alinéa prévoit en outre que la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie à *d'autres autorités* chargées de sauvegarder des intérêts publics, mais jusqu'à présent « les associations de défense des intérêts des groupes de personnes concernés n'ont pu se constituer partie civile dans des procédures pénales et faire appel à ce titre »⁸⁵.

Le message du 21 décembre 2005 du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale⁸⁶ est clair sur ce point : « Le projet renonce à reconnaître aux associations la qualité de parties et partant, le droit d'agir en justice ». Pour le Conseil fédéral, le droit pénal, contrairement à d'autres domaines (notamment administratif), bénéficie d'une autorité (le Ministère public) spé-

⁷⁹ Cf. ATF 123 IV 202 (P., auteur de la traduction et de l'envoi d'une lettre à caractère raciste à 432 destinataires), 124 IV 121 (K., destinataire d'un colis contenant des supports à caractère raciste), 126 IV 20 (X., auteur de l'envoi, de la rédaction et de l'affichage de plusieurs documents à caractère négationniste), 126 IV 176 (X., auteur de l'envoi d'un ouvrage à caractère raciste à sept personnes), 127 IV 203 (Gaston Amaudruz, qui a mis en vente un ouvrage négationniste), 131 IV 23 (Jürg Scherrer, président du Parti de la liberté, qui a tenu des propos sur les Kosovars), 133 IV 308 (X., auteur de lésions corporelles sur trois ressortissants étrangers), 140 IV 67 (X., policier qui, lors d'une interpellation, a traité un homme de « cochon d'étranger » et de « sale requérant ») et ATF 140 IV 102 (salut hitlérien).

⁸⁰ Cf. ATF 123 IV 202, 124 IV 121, 126 IV 20 et 127 IV 203.

⁸¹ Cf. ATF 126 IV 176, 131 IV 23, 133 IV 308, 140 IV 67 et 140 IV 102.

⁸² Cf. ATF 126 IV 230 (pourvoi en nullité infondé), 125 IV 206 (pourvoi en nullité admis) et 130 IV 111 (pourvoi en nullité admis).

⁸³ Cf. ATF 125 IV 206 (pourvoi en nullité de la section suisse de la LICRA, ainsi que d'autres fédérations et associations).

⁸⁴ Cf. ATF 138 III 641. Il faut toutefois préciser qu'il s'agissait ici d'un recours en matière civile fondé sur l'art. 28 CC.

⁸⁵ ZANNOL, p. 33 qui se réfère à la jurisprudence et notamment à l'ATF 125 IV 206.

⁸⁶ FF 2006 1057, 1141 s. Avant ce message, le Conseil fédéral avait déjà pris position sur cette question dans le cadre des motions Schwaab, du 13 juin 2000 (00.3268) et Mugny, du 7 juin 2001, (01.3288).

cialement mise en place pour préserver les intérêts de la société. Le message précise que cette autorité « doit exercer d'office le monopole de la justice répressive de l'Etat ». Le Conseil fédéral relève encore que « [r]econnaître la qualité de parties à d'autres acteurs aurait pour effet de compliquer la procédure de manière disproportionnée par rapport aux avantages induits par cette innovation »⁸⁷, sans toutefois préciser dans son message quels seraient ces avantages et donc sans les mesurer concrètement. Toutefois, rien n'empêche les associations de lutte contre le racisme de dénoncer aux autorités pénales une situation dont celles-ci n'auraient pas connaissance et pour laquelle aucune procédure n'aurait donc été ouverte⁸⁸.

Dans l'arrêt 125 IV 206, c'est d'abord la section suisse de la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA) qui a déposé plainte pénale. D'autres plaintes ont suivi, provenant de la Fédération suisse des communautés israélites et de Y., ainsi que de l'Association des fils et filles des déportés juifs de France. Dans cette affaire, X., un libraire mettant en vente un ouvrage négationniste avait initialement été condamné pour discrimination raciale par le Tribunal correctionnel du district de Vevey. Il avait ensuite recouru contre ce jugement et la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois avait admis son recours. La section suisse de la LICRA et les autres associations mentionnées ci-dessus – ainsi que le Ministère public – se sont pourvus en nullité auprès du TF. Dans son arrêt, le TF rappelle que c'est le lésé qui a la qualité pour recourir et qu'« [e]xceptionnellement, ont en outre qualité pour se pourvoir en nullité les associations professionnelles et économiques ainsi que les organisations de consommateurs dans le domaine de la concurrence déloyale [...]. Une telle réglementation n'existe pas en matière de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP »⁸⁹. Dès lors, le Tribunal fédéral constate que les trois associations n'ont pas qualité pour agir et déclare leurs pourvois en nullité irrecevables.

Dans l'ATF 138 III 641, la situation est assez différente. Les faits sont les suivants : lors d'une manifestation, le président des jeunes UDC de Thurgovie (X.) s'exprime publiquement. Une fondation (S.), qualifie ses propos de « racisme verbal » sur son site internet. X. porte plainte contre la fondation S. pour atteinte à la personnalité, au sens de l'art. 28 du Code civil. Le Tribunal de district (*Bezirksgericht*) rejette la plainte pénale. X. recourt alors auprès du Tribunal cantonal qui admet partiellement la plainte et interdit à la fondation S. de continuer à publier sur son site internet ou ailleurs cette information avec le qualificatif de « racisme verbal ». La fondation doit en outre publier pendant trois mois sur son site internet un communiqué du Tribunal cantonal résumant les conclusions de son arrêt. La fondation S. recourt au TF – par le biais du recours en matière civile – contre cette décision. Son recours est finalement rejeté, bien que le TF l'ait déclaré recevable. Fondamentalement, cette affaire repose sur des propos tenus en public mais dont le caractère raciste n'a pas été discuté ici. Il s'agit pour ainsi dire d'un cas dans lequel la « répartition traditionnelle » des rôles est inversée. Ce n'est pas la fondation qui a porté plainte contre les propos supposément racistes de X., mais bien X. qui se plaint – à juste titre selon le TF – de la qualification faite, par la fondation S., de ses propos qu'elle décrit comme étant du « racisme verbal ». Dans cette optique, X. se plaint d'une atteinte à sa personnalité au sens de l'art. 28 CC, ce qui explique le caractère civil de la procédure et conduit le TF à déclarer recevable le recours de la fondation. Comme on peut le voir, la qualité pour recourir des associations, organisations

⁸⁷ FF 2006 1057, 1142.

⁸⁸ Dans le même sens, voir aussi JEANNERET / KUHN, n° 7039-7040. Pour des exemples, voir les ATF 126 IV 230, état de faits B.b. et 125 IV 206, état de faits A.c., dans lesquels la vente d'un ouvrage négationniste a été portée à la connaissance du Ministère public par la LICRA (ainsi que par d'autres associations dans le second cas).

⁸⁹ ATF 125 IV 206, consid. 2a.

ou personnes morales est différente selon que l'on se trouve en droit pénal ou dans d'autres domaines du droit⁹⁰. Cela confirme aussi l'approche développée par le Conseil fédéral dans son message relatif au CPP, selon laquelle le refus de reconnaître aux associations la qualité pour recourir en matière pénale est motivé par le fait que le Ministère public est déjà là pour défendre les intérêts de la société, ce qui n'est pas le cas dans les autres types de procédure.

2.3.3. Maxime de l'instruction

L'art. 6 CPP consacre la maxime de l'instruction⁹¹. Cela signifie que les autorités pénales doivent rechercher d'office tous les faits pertinents pour pouvoir qualifier l'acte et juger le prévenu. Elles doivent instruire tant à charge qu'à décharge. Pour ce faire, les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens de preuve licites qui permettront d'établir la vérité⁹².

La maxime de l'instruction n'est cependant pas applicable aux conclusions civiles des parties. Dans ce cas, c'est la maxime de disposition qui prévaut. L'autorité pénale n'administrera les preuves nécessaires pour statuer sur les conclusions civiles que si cela n'étend ou ne retarde pas notablement la procédure⁹³.

Aucun des arrêts du Tribunal fédéral étudiés dans le cadre de cette étude ne traite explicitement de cette question.

2.3.4. Répartition du fardeau de la preuve

Dans la mesure où, en matière de procédure pénale, la maxime inquisitoire prévaut, il revient donc à l'autorité de rechercher tous les moyens de preuve licites au sens de l'art. 139 CPP. On parle dans cette hypothèse du « système de la preuve officielle »⁹⁴.

Les parties ont cependant le droit (limité) de proposer à l'autorité d'administrer certaines preuves⁹⁵ et elles ont aussi le droit de participer à leur administration⁹⁶.

Enfin, le juge apprécie librement les preuves recueillies, dans les limites de la présomption d'innocence⁹⁷. Lorsqu'un doute subsiste sur les éléments de preuve, le Tribunal doit retenir la thèse la plus favorable pour le prévenu⁹⁸.

Ces éléments n'ont toutefois jamais été mentionnés dans les arrêts du Tribunal fédéral examinés.

⁹⁰ Dans ce sens, voir le ch. III.2.3 ci-dessous relatif au droit civil.

⁹¹ Également appelée « maxime inquisitoire ». Cf. JEANNERET / KUHN, n° 4087.

⁹² Art. 139 al. 1 CPP.

⁹³ Art. 313 al. 1 CPP et JEANNERET / KUHN, n° 4088.

⁹⁴ JEANNERET / KUHN, n° 4087.

⁹⁵ Voir les art. 107 al. 1 let. e, 318 al. 2 et 331 al. 2 CPP.

⁹⁶ Voir notamment l'art. 147 CPP. Ces principes découlent plus généralement du droit d'être entendu consacré par les art. 29 Cst., ainsi que 6 CEDH et 14 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

⁹⁷ Art. 10 CPP.

⁹⁸ Dans ce sens, voir JEANNERET / KUHN, n° 4066.

2.3.5. Frais de procédure et indemnités

Au sens de l'art. 422 al. 1 CPP, « les frais de procédure se composent des émoluments visant à couvrir les frais et des débours effectivement supportés ». Il s'agit notamment des frais imputables à la défense d'office et à l'assistance gratuite, des frais de traduction, des frais d'expertise, des frais de participation d'autres autorités et des frais de port et de téléphone et d'autres frais analogues (al. 2). L'art. 423 prévoit qu'en principe tous les frais de la procédure sont mis à la charge de la Confédération ou du canton responsable de la procédure, sauf si des dispositions du CPP prévoient une autre répartition. C'est en particulier le cas des art. 426 à 428 CPP.

L'art. 426 al. 1 CPP déplace la charge sur le prévenu lorsqu'il est condamné (les frais du défenseur d'office font exception⁹⁹). *A contrario*, si le prévenu est acquitté, ou si l'affaire est classée, les frais sont à la charge de l'Etat¹⁰⁰. Au sens de l'art. 427 CPP, le Tribunal peut néanmoins décider de mettre les frais de procédure causés par les conclusions civiles de la partie plaignante à la charge de celle-ci¹⁰¹. Ainsi, dans la plupart des cas, les frais de procédure ne représentent pas un frein pour accéder à la justice. Même si la victime se constitue partie civile, elle ne prend en principe pas de grands risques financiers, du moins au stade de la première instance.

Dans le cadre d'une procédure de recours, les frais de la procédure sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Un recours déclaré irrecevable est en outre assimilé à un recours rejeté (art. 428 al. 1 CPP). Lorsque le recours est déposé par le Ministère public, les frais sont en principe toujours imputables à l'Etat, que le recours soit admis ou rejeté, à l'exception des deux hypothèses prévues par l'art. 428 al. 2 CPP¹⁰².

Pour ce qui concerne les indemnités, le principe des art. 429 ss CPP veut que le prévenu soit indemnisé s'il a été contraint de prendre part à une procédure qui s'est avérée *a posteriori* injustifiée, soit qu'elle ait été classée, qu'il n'y ait pas eu d'entrée en matière ou que le prévenu ait été acquitté. L'indemnité doit être versée même si les agents de l'Etat n'ont pas commis de faute. Il s'agit donc d'une responsabilité causale¹⁰³. Les art. 429 et 426 CPP sont liés en ce sens qu'un prévenu aura en principe droit à des indemnités si les frais de procédure n'ont pas été mis à sa charge et que, à l'inverse, la partie qui succombe et à laquelle les frais de procédure sont imputés n'aura pas droit à des dépens¹⁰⁴.

D'un point de vue matériel, l'indemnité due au prévenu doit correspondre au préjudice subi. Elle comprend trois dommages possibles : les dépenses occasionnées par l'exercice (raisonnable) des droits de procédure, le dommage économique subi au titre de la participation obligatoire à la procédure pénale et une réparation du tort moral subi en cas d'atteinte particulièrement grave à la personnalité (notamment en cas de privation de liberté)¹⁰⁵.

⁹⁹ Dans ce cas, le prévenu devra toutefois rembourser les frais d'honoraires à la Confédération ou au canton dès que sa situation financière le lui permettra et devra également rembourser au défenseur d'office la différence entre l'indemnité perçue et les honoraires qu'il aurait pu obtenir en tant que défenseur privé. Cf. art. 135 al. 4 CPP.

¹⁰⁰ JEANNERET / KUHN, n° 5054.

¹⁰¹ « Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre de la procédure civile (art. 98 CPC), la partie plaignante qui dépose des conclusions civiles n'est pas tenue de verser une avance en garantie des frais judiciaires ». JEANNERET / KUHN, n° 5057. Sur cette question et pour plus de détails, voir aussi GARBARSKI, p. 149 ss.

¹⁰² JEANNERET / KUHN, n° 5059.

¹⁰³ *Idem*, n° 5062.

¹⁰⁴ Voir dans ce sens l'ATF 137 IV 352, consid. 2.4.2.

¹⁰⁵ Art. 429 al. 1 let. a-c CPP.

Il se peut aussi qu'une indemnité soit due à la partie plaignante. C'est l'art. 433 al. 1 CPP qui en définit les conditions. Il faut que la partie plaignante ait eu gain de cause et que le prévenu soit tenu de payer les frais de procédure au sens de l'art. 426 al. 2 CPP. Selon l'art. 433 al. 2 CPP, la partie plaignante doit en outre chiffrer et justifier ses prétentions. Si elle ne le fait pas, l'autorité n'entrera pas en matière sur sa demande.

Les indemnités dans le cadre de la procédure de recours sont régies par les mêmes dispositions que celles applicables à la procédure de première instance¹⁰⁶.

Bien que cette question des frais ne constitue pas un obstacle particulier pour accéder à la justice en matière pénale, l'étude des arrêts publiés relatifs à l'art. 261bis CP donne tout de même quelques indications intéressantes sur la mise en œuvre des dispositions du CPP, ainsi que sur les montants fixés par le TF en matière de frais de procédure et, parfois, d'indemnités. Sur la quinzaine d'arrêts étudiés, dix contiennent des indications sur ces questions de frais et d'indemnités. Le plus souvent, ces informations ne sont mentionnées que dans la version non publiée.

Dans l'arrêt le plus récent, l'ATF 140 IV 102 concernant un extrémiste de droite ayant fait un salut hitlérien en août 2010 sur la prairie du Grütli, le TF a donné raison au recourant (qui est en l'occurrence l'auteur dudit salut). Le TF n'a pas fixé de frais judiciaires, mais a condamné le canton d'Uri à verser CHF 3000.- de dépens au recourant.

Dans l'ATF 140 IV 67, le recourant (X., policier qui a traité la personne faisant l'objet d'une interpellation de « sale requérant » et de « cochon d'étranger ») a obtenu gain de cause devant le TF qui, dans cette affaire non plus, ne fixe pas de frais. En revanche, le canton de Bâle-Ville doit verser CHF 3000.- de dépens à X.

L'ATF 138 III 641, on l'a vu, traite d'un recours en matière civile formé par la fondation S. contre l'interdiction de qualifier de « racisme verbal » certains propos tenus par X. Le TF a déclaré le recours recevable, mais l'a rejeté sur le fond. Il a fixé les frais de procédure à CHF 2500.- et les a mis à la charge de la fondation S. Celle-ci a également été condamnée à verser CHF 3500.- d'indemnités à X. pour la procédure engagée devant le Tribunal fédéral.

Dans l'affaire 133 IV 308, X., auteur de lésions corporelles graves à l'encontre de ressortissants étrangers, recourt contre la décision du Tribunal cantonal de Lucerne qui confirme la condamnation prononcée par l'instance inférieure. X. agit par le biais du recours de droit public pour arbitraire et par le biais du pourvoi en nullité pour contester le caractère grave des lésions corporelles ainsi que le caractère racial de l'agression. Il demande en outre l'assistance judiciaire. Le TF considère que le recours de droit public était voué à l'échec. L'assistance judiciaire lui est donc refusée sur ce point et X. doit supporter les frais (réduits en l'occurrence en raison de sa mauvaise situation financière). En ce qui concerne le pourvoi en nullité, il est partiellement bien fondé. Le TF décide qu'il lui sera versé par la caisse du Tribunal fédéral une indemnité réduite de CHF 1000.- afin de payer son mandataire. Dans ce cas-ci, les frais (réduits) devraient être mis à sa charge mais, dans la mesure où le TF lui a accordé l'assistance judiciaire, il ne fixe pas de frais.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt 131 IV 23, a admis le pourvoi en nullité du Président du Parti de la Liberté, Jürg Scherrer, qui s'était exprimé sur les immigrants du Kosovo. La Haute Cour

¹⁰⁶ Cf. art. 436 al. 1 CPP, qui renvoie aux art. 429-434.

décide dès lors de ne pas fixer de frais. Il alloue en revanche CHF 3000.- de dépens au recourant qui seront versés par la caisse du Tribunal fédéral.

Dans l'ATF 131 IV 78, le recourant (en l'occurrence la personne qui avait porté plainte parce qu'on avait refusé de la servir dans un restaurant en raison de son appartenance au mouvement raëlien) supporte les frais judiciaires qui s'élèvent à CHF 4000.-. Le TF ne lui a pas reconnu de statut de victime et son pourvoi en nullité a été déclaré irrecevable. Dans la mesure où elle succombe, la partie plaignante supporte les frais.

Dans l'arrêt 130 IV 111, le TF a admis le pourvoi en nullité du Ministère public du canton de Berne. Les accusés, X. et Y. (qui avaient respectivement organisé et présenté une conférence lors d'une réunion de skinheads), sont condamnés à verser solidairement le montant total des frais de justice s'élevant à CHF 2000.-.

Il en va de même dans l'arrêt 129 IV 95, dans lequel le TF exige également le paiement solidaire par les deux recourants X. et Y. des CHF 2000.- de frais de justice. Dans cette affaire, les deux recourants, deux ressortissants arméniens, avaient porté plainte pour négation du génocide. Le TF a estimé dans cette affaire que les recourants n'avaient pas la qualité de victime au sens de la LAVI. Le TF n'a pas alloué de dépens aux intimés.

Dans l'arrêt 128 I 218, le TF a fixé à hauteur de CHF 500.- les frais de justice à charge du recourant (X.). Celui-ci doit en outre indemniser l'intimé A. à hauteur de CHF 500.- pour les frais de justice encourus. Dans cette affaire, X., de religion Bahá'í avait porté plainte contre A. qui avait écrit un article sur lui.

Enfin, dans le tout premier arrêt rendu par le TF sur l'art. 261bis CP, la Cour a décidé de mettre les frais judiciaires à charge de P., recourant, qui avait été condamné pour avoir traduit et envoyé une lettre à caractère raciste. Le montant des frais n'est toutefois pas connu.

Sur la centaine de cas analysés provenant des instances cantonales – dont 69 contenaient des informations sur les coûts de procédure et 24 sur les indemnités –, il est possible de tirer quelques conclusions, qu'il importe toutefois de relativiser. En effet, dans la plupart des affaires, la discrimination raciale ne constitue pas la seule infraction (envisagée ou constatée). La durée de la procédure et les éléments d'investigation qui en découlent ont donc une influence sur les coûts de la procédure, coûts qui ne peuvent pas être analysés de manière séparée. En outre, les chiffres présentés ici découlent autant de décisions de première instance que de deuxième instance, ces deux types de décisions n'ayant pas été dissociées.

Il peut toutefois être intéressant de mentionner que parmi tous ces jugements, les coûts de procédure les moins importants s'élèvent à CHF 50.-, alors que la procédure la plus chère atteint plus de CHF 7000.-. La moyenne se situe à CHF 1571.- et la médiane à CHF 1000.-.

En ce qui concerne les indemnités, la moins conséquente est de CHF 250.- et la plus importante atteint CHF 15'000.-. La moyenne s'élève à CHF 3425.-, alors que la médiane atteint un montant de CHF 1970.-.

2.3.6. Coûts de la représentation en justice et accès à l'assistance judiciaire

Tant le prévenu que la partie plaignante ont le droit (et parfois même l'obligation pour le prévenu) de se faire assister par un conseil juridique¹⁰⁷.

En vertu du droit supérieur (et en particulier des art. 29 et 32 Cst., 6 CEDH et 14 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques), le prévenu a droit à une assistance judiciaire gratuite. Il est toutefois tenu de rembourser les frais d'honoraires de son défenseur lorsqu'il est condamné à payer les frais de procédure¹⁰⁸.

La partie plaignante peut également bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, à condition qu'elle soit indigente et qu'elle ait ouvert une action civile qui ne soit pas d'emblée vouée à l'échec. Si la partie plaignante ne fait que soutenir le Ministère public, elle ne pourra pas recevoir l'assistance judiciaire gratuite¹⁰⁹.

Parmi les arrêts du TF examinés, il n'y en a que quatre dans lesquels il ressort que le recourant a demandé l'assistance judiciaire. Dans l'ATF 140 IV 102, le recourant qui a fait un salut hitlérien sur la prairie du Grütli a demandé l'assistance judiciaire. Dans la mesure où son recours est bien fondé et que la cause est renvoyée à l'instance inférieure pour une nouvelle décision, sa demande est dès lors sans objet. Dans l'ATF 133 IV 308, X., recourant, est prévenu de lésions corporelles à l'égard de ressortissants étrangers. Il a demandé l'assistance judiciaire. Le TF a jugé son recours de droit public voué à l'échec, lui a refusé l'assistance judiciaire et lui a fait supporter les frais (réduits en l'occurrence en raison de sa mauvaise situation financière). Le Tribunal a en revanche estimé que son pourvoi en nullité était partiellement bien fondé. Une indemnité lui est allouée et les frais de procédure, réduits, sont en principe à sa charge. Toutefois, comme sur ce point l'assistance judiciaire est accordée, aucun frais n'est fixé. Dans l'affaire du conférencier de religion Bahá'í, ATF 128 I 218, la demande d'assistance judiciaire a été rejetée, dans la mesure où le TF a jugé le recours d'emblée voué à l'échec. Enfin, dans l'ATF 126 IV 20, on peut lire que le recourant a sollicité l'assistance judiciaire, mais on ne trouve aucune information quant à son éventuel octroi.

Comme on peut le voir, il est difficile de tirer, de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, des conclusions pertinentes en matière d'assistance judiciaire. Le nombre d'arrêts contenant des informations sur cette question n'est pas suffisant et la situation n'y est pas détaillée de manière satisfaisante.

2.3.7. Délais pour l'introduction d'une procédure

Comme cela a été mentionné ci-dessus¹¹⁰, l'infraction de l'art. 261bis CP, en tant que crime ou délit contre la paix publique, se poursuit d'office. Il n'en va pas de même des infractions contre l'honneur, comme l'injure, la diffamation et la calomnie, qui ne sont poursuivies que sur plainte. Cette distinction a notamment des conséquences notoires en termes de prescription.

¹⁰⁷ Voir les art. 127 ss CPP.

¹⁰⁸ Art. 135 al. 4 CPP, ainsi que ATF 135 I 91.

¹⁰⁹ Cf. art. 136 ss CPP, ainsi que JEANNERET / KUHN, n° 7033.

¹¹⁰ Voir le ch. II.2.3.1.

L'action pénale des infractions contre l'honneur (notamment de l'injure) se prescrit par 4 ans¹¹¹ et le droit de porter plainte n'est « ouvert » que pendant 3 mois dès la connaissance de l'auteur de l'infraction par l'ayant droit¹¹².

En ce qui concerne la prescription de l'action pénale de l'art. 261bis CP, elle est fixée en fonction de la peine maximale encourue¹¹³. Cette peine étant une peine privative de liberté de 3 ans au plus, l'action pénale se prescrit par 10 ans. Le délai commence à courir dès le jour où l'auteur a exercé son activité coupable ou dès le jour du dernier acte si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises, ou encore dès le jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée¹¹⁴.

Cette différence concernant, d'une part, le type d'infraction et, d'autre part, les délais de prescription qui y sont liés n'est pas anodine. Dans l'ATF 140 IV 67 (policier ayant traité la personne interpellée de « cochon d'étranger » et de « sale requérant »), le TF a estimé que ces termes étaient certes déplacés et inacceptables, mais n'entraient pas dans le champ d'application de l'art. 261bis CP. Il a toutefois jugé qu'ils devraient être examinés dans la cadre de l'infraction d'injure au sens de l'art. 177 CP. Comme cette infraction ne se poursuit que sur plainte, l'affaire a dû retourner devant les instances bâloises, lesquelles ont vérifié si une telle plainte avait bien été déposée à l'époque des faits, c'est-à-dire en 2007. Il ressort de la nouvelle décision cantonale de 2014 que tel n'était pas le cas¹¹⁵ et le délai pour agir était largement prescrit lorsque le TF a rendu son arrêt début 2014. Dans la mesure où le contenu et la définition des actes et propos « racistes » évoluent avec la jurisprudence du Tribunal fédéral et que les différentes infractions envisagées peuvent dans de tels cas avoir un impact considérable en matière de prescription, il serait prudent que les avocats déposent une plainte pénale notamment au sens de l'art. 177 CP lors de propos supposément à connotation raciste, au cas où les instances judiciaires ne seraient pas de cet avis, comme le confirme cette récente affaire bâloise.

Plus généralement, quelques points peuvent être mentionnés au regard des arrêts du TF examinés dans le cadre de cette étude. Dans certains cas, la date des faits est connue, mais la date du dépôt de la plainte et/ou de l'ouverture de l'instruction n'est pas mentionnée¹¹⁶. Dans un certain nombre d'autres cas, des informations sont données à ce sujet et peuvent dès lors illustrer les dispositions pénales mentionnées ici.

Il s'agit des arrêts suivants : ATF 131 IV 78 (cas du raëlien) dans lequel la plainte est déposée un peu moins de deux mois après les faits (le 24 mai pour des faits survenus le 2 avril) ; ATF 127 IV 203 (Gaston Amaudruz) dont les faits pertinents se sont déroulés début juin 1995 (mise en vente d'un livre négationniste) et pour lesquels une visite domiciliaire a eu lieu le même mois. Dans ce cas, la procédure a été ouverte directement ; ATF 126 IV 230 qui concerne un libraire (A.) qui a mis en vente un ouvrage négationniste. Les faits se sont déroulés au printemps 1996 et ils ont été dénoncés en novembre de la même année, donc environ six mois plus tard ; ATF 125 IV 206 qui met aussi en cause un libraire mettant en vente un ouvrage négationniste, notamment au

¹¹¹ Art. 178 al. 1 CP.

¹¹² Art. 178 al. 2 CP qui renvoie à l'art. 31 CP.

¹¹³ Art. 97 CP. En outre, la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu (al. 3).

¹¹⁴ Art. 98 CP.

¹¹⁵ Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, SB.2012.2, du 19 juin 2014, consid. 1.3.

¹¹⁶ Voir les ATF 123 IV 202, 126 IV 176, 130 IV 111, 131 IV 23, 133 IV 308, 140 IV 67 et 140 IV 102. En outre, dans l'ATF 126 IV 20, la date des faits n'est pas mentionnée.

travers d'annonces publiées de mars à juin 1996. Une plainte a été déposée en mai de la même année, conduisant à l'ouverture de la procédure ; ATF 124 IV 121, dans lequel un colis renfermant des supports à contenu négationniste et raciste a été intercepté en octobre 1996 par l'inspection des douanes de l'aéroport de Genève. Sans que la date de l'ouverture de la procédure ne soit précisée, on peut supposer qu'elle a dû être rapide, puisque le jugement de première instance est rendu en avril 1997 déjà, soit six mois après les faits ; ATF 129 IV 95, dans lequel un Groupe Suisse-Arménien (par la suite déclaré dépourvu de légitimation à la procédure) porte plainte contre les propos exprimés dans le cadre d'une contre-pétition (allant à l'encontre de la reconnaissance du génocide arménien). Cinq mois plus tard, des poursuites sont ouvertes à l'encontre de certains (contre-)pétitionnaires ; ATF 128 I 218 (cas du conférencier de religion Bahá'í) dont les faits (article écrit par A.) se sont produits le 21 juin 2000 et contre lesquels une plainte a été déposée le 31 août de la même année, donc à peine plus de deux mois plus tard.

2.3.8. Durée de la procédure

Le Code de procédure pénale ne prévoit pas de délais dans lesquels le juge devrait rendre sa décision. Outre les principes généraux du droit supérieur (art. 29 Cst. et art. 6 CEDH) garantissant le droit de voir sa cause traitée dans un délai raisonnable, la procédure pénale rappelle, à l'art. 5 (al. 1) CPP, le principe de célérité : « Les autorités pénales engagent les procédures pénales sans délai et les mènent à terme sans retard injustifié ».

Les ATF traités dans cette étude ne donnant pas tous des indications quant à la date d'ouverture de la procédure, ils sont présentés ici dans deux « groupes » différents¹¹⁷. Ceux dont on peut précisément connaître la durée de procédure (dépôt de la plainte et/ou ouverture de la procédure jusqu'au jugement du TF) et ceux dont on n'a pas d'information sur le début de la procédure et dont la durée est calculée depuis le déroulement des faits. Dans les deux cas, les arrêts sont présentés dans un ordre « croissant », c'est-à-dire de la procédure la plus courte à la procédure la plus longue.

La durée des arrêts pour lesquels la date d'ouverture de la procédure est clairement établie va de 8 mois pour la procédure la plus courte à plus de 6 ans pour la plus longue. Il s'agit des huit arrêts suivants :

Dans l'ATF 131 IV 78 (raëlien), la plainte a été déposée le 24 mai 2004, c'est-à-dire un peu moins de deux mois après les faits (2 avril 2004). Le procureur genevois a rendu une décision de classement en date du 25 juin 2004 (soit un mois après le dépôt de la plainte) et la Chambre d'accusation genevoise a confirmé le classement le 25 août 2004. Le TF s'est quant à lui prononcé le 20 janvier 2005. La procédure totale a donc duré juste moins de 10 mois depuis les faits et 8 mois depuis l'ouverture de la procédure.

Dans l'ATF 124 IV 121 (concernant K., destinataire d'un colis comprenant des supports à contenu négationniste et raciste), les faits se sont déroulés en octobre 1996 et la procédure a été ouverte simultanément. Le jugement de première instance a été rendu en avril 1997, soit 6 mois

¹¹⁷ Par ailleurs, l'ATF 126 IV 20 ne donne pas suffisamment d'informations pour pouvoir le garder dans ce « classement ». Dans cet arrêt (concernant X. qui envoie un bulletin et rédige et affiche des textes négationnistes), la date des faits et de l'ouverture de la procédure n'est pas connue. Le Tribunal de première instance s'est prononcé en septembre 1998, la Cour d'appel en janvier 1999 et le TF en novembre de la même année. Entre la décision de première instance cantonale et la décision fédérale, il s'est passé 14 mois.

plus tard. La deuxième instance cantonale a tranché en décembre de la même année et le TF en avril 1998. La procédure complète a donc duré 1 an et demi.

L'ATF 128 I 218 (conférencier de religion Bahá'í) traite de faits qui se sont produits en juin 2000. Une plainte a été déposée en août 2000 et le jugement de première instance a été rendu en juin 2001, soit moins d'un an après le dépôt de la plainte. La Chambre d'accusation du canton de Saint-Gall s'est prononcée en octobre de la même année et le TF a tranché en juin 2002. La procédure a duré un peu moins de 2 ans entre le dépôt de la plainte pénale et l'arrêt du TF.

Dans le cas 138 III 641 (fondation S. contre X., président des jeunes UDC du canton de Thurgovie), les faits se sont déroulés en novembre 2009, mais X. n'en prend connaissance qu'en janvier 2010. La plainte est déposée au printemps 2010. Le jugement de première instance est rendu en mars 2011, soit environ un an plus tard. Le Tribunal cantonal s'exprime en novembre de la même année et le TF en août 2012. La procédure totale a duré un peu plus de 2 ans depuis le dépôt de la plainte.

L'ATF 125 IV 206 (le second arrêt concernant un libraire qui met en vente un ouvrage négationniste) indique que les faits ont eu lieu de mars à juin 1996. Une plainte a été déposée en mai de la même année. Le jugement de première instance est tombé en décembre 1997, soit plus d'un an et demi après. La Cour de cassation du Tribunal cantonal s'est prononcée en juin 1998 et le TF en août 1999. La procédure totale a duré un peu plus de 3 ans.

Dans l'ATF 126 IV 230 (libraire A. qui met également en vente un ouvrage négationniste), les faits se sont déroulés au printemps 1996 et ont été dénoncés en novembre de la même année. Le jugement de première instance a été rendu en février 1998, soit environ 1 an et 3 mois plus tard. La deuxième instance s'est prononcée le 13 avril 2000 et le TF le 28 août de la même année. La procédure a duré au total près de 4 ans.

Dans l'ATF 129 IV 95 (cas des ressortissants arméniens), les faits se sont déroulés entre septembre 1995 (pétition) et janvier 1996 (contre-pétition). Une première plainte a été déposée en avril 1997 et l'ouverture des poursuites s'est fait en septembre 2007, soit 5 mois après la plainte. En juillet 1998 et février 1999, les tribunaux cantonaux de première et seconde instance ont sorti le plaignant de la procédure par manque de légitimation. Une seconde plainte a été déposée (par les recourants au TF) en avril 2000. Le Tribunal de première instance s'est prononcé en septembre 2001 et celui de deuxième instance en avril 2002. Le TF a quant à lui pris position en novembre de la même année. Entre le dépôt de la première plainte et le jugement du TF, plus de 5 ans et demi se sont écoulés.

L'ATF 127 IV 203 (Gaston Amaudruz) traite de faits qui se sont déroulés début juin 1995. La procédure a été ouverte presque simultanément (même mois) par une visite domiciliaire. La décision de première instance a toutefois été rendue le 10 avril 2000, soit près de 5 ans après l'ouverture de la procédure. La deuxième instance s'est prononcée le 20 novembre 2000 et le TF a rendu son arrêt en date du 16 octobre 2001. La durée totale de la procédure est donc de plus de 6 ans.

En ce qui concerne les arrêts dont la date d'ouverture de la procédure n'est pas connue, la durée de la procédure est calculée depuis le déroulement des faits. Cette hypothèse concerne sept arrêts pour lesquels la durée totale varie de plus de 2 ans à 7 ans :

Dans l'ATF 123 IV 202 (traduction et envoi d'une lettre à 432 destinataires), les faits ont eu lieu en juillet 1995. La décision de première instance est tombée en juillet 1996, soit 1 an après. La seconde instance s'est exprimée en mars 1997 et le TF en décembre de la même année. La procédure a donc duré un peu plus de 2 ans entre les faits et l'arrêt du TF.

L'ATF 131 IV 23 (Jürg Scherrer et propos sur les immigrants du Kosovo) traite de faits qui ont eu lieu en avril 2001. La date de l'ouverture de l'instruction n'est pas connue. Le jugement de première instance a été rendu en mai 2003, soit 2 ans après les faits. Le Tribunal de deuxième instance s'est prononcé en novembre de la même année et le TF en octobre 2004. La procédure a donc duré 3 ans et demi entre les faits et le jugement rendu par le TF.

L'ATF 140 IV 102 rendu à l'égard du jeune homme ayant fait un salut hitlérien connaît une durée similaire. Les faits se sont déroulés en août 2010, la vice-présidence du Tribunal d'instance d'Uri (*Landgerichtsvizepräsidium*) s'est prononcée en juin 2012, soit près de deux ans après les faits, et le Tribunal cantonal en mai 2013. Le TF a rendu son jugement le 28 avril 2014, ce qui conduit à une durée totale de 3 ans et 8 mois entre le déroulement des faits et la décision finale.

Dans l'affaire 130 IV 111 (organisation et présentation d'une conférence dans un milieu de skin-head), les faits se sont déroulés en septembre 1999. La date d'ouverture de l'enquête pénale n'est pas précisée, mais le jugement de première instance est rendu en octobre 2002, soit 3 ans après les faits. La seconde instance cantonale traite le cas en juin 2003 et le TF en mai 2004. L'affaire a donc duré plus de 4 ans et demi entre les faits et l'arrêt du TF.

Dans l'arrêt 126 IV 176 (envoi d'un ouvrage raciste à sept personnes), les faits se sont déroulés au début 1995. La date de l'ouverture de la procédure et du jugement de première instance n'est pas connue, mais le Tribunal de deuxième instance a rendu sa décision en mars 1999. Le TF a rendu son arrêt en juin 2000. Bien que les informations temporelles soient peu nombreuses dans cet arrêt, il est tout de même possible de constater que la procédure a duré plus de 5 ans entre les faits et l'arrêt rendu par le TF.

Dans l'affaire 133 IV 308 (lésions corporelles à l'égard de ressortissants étrangers), les faits ont eu lieu en mai 2002. Le Tribunal de première instance a tranché en mars 2005, soit près de 3 ans plus tard. L'instance suivante s'est prononcée une année après (mars 2006) et le TF en juillet 2007. La procédure a duré plus de 5 ans entre les faits et le jugement du TF.

Dans l'arrêt 140 IV 67 (interpellation d'un homme par un policier), les faits se sont produits le 16 avril 2007. Le jugement de première instance a eu lieu le 25 octobre 2011, soit 4 ans et demi plus tard. Le Tribunal cantonal a confirmé la première décision en septembre de l'année suivante et le TF s'est prononcé en février 2014. La procédure aura donc duré près de 7 ans entre les faits et la décision du Tribunal fédéral.

Sur la centaine de cas analysés provenant des instances cantonales – dont 60 contenaient des informations sur les durées de procédure –, il est possible de tirer quelques conclusions, qu'il importe toutefois de relativiser. En effet, dans la plupart des affaires, la discrimination raciale ne constitue pas la seule infraction (envisagée ou constatée). La durée de la procédure dépend donc des différentes infractions, qui ne peuvent toutefois pas être analysées de manière séparée. En outre, les chiffres présentés ici découlent autant de décisions de première instance que de deuxième instance, ces deux types de décisions n'ayant pas été dissociées.

Il est toutefois intéressant de mentionner que parmi tous ces jugements, la procédure la plus courte a duré 1 mois, alors que la procédure la plus longue est de 50 mois et une semaine. La moyenne se situe à 11 mois et 2 semaines, alors que la médiane atteint 10 mois et 1 semaine¹¹⁸.

¹¹⁸ Pour les chiffres précis et une comparaison avec les autres domaines de discrimination (genre, orientation sexuelle, handicap, etc.), voir la partie 8 (Teilstudie 8, ch. III, 3 pour la discrimination raciale).

2.4. Droit matériel

L'issue du jugement permet de déterminer si le prévenu a commis une discrimination raciale ou si les éléments objectifs et subjectifs ne sont, au contraire, pas réalisés. Lorsqu'il est admis qu'une infraction est commise au sens de l'art. 261 CP, une sanction sera infligée à la personne reconnue coupable (ch. 2.4.1). En outre, la personne condamnée pourra au surplus être amenée à devoir réparer le tort subi par la victime si celle-ci s'est portée partie civile (ch. 2.4.2).

2.4.1. Sanction

L'art. 261bis CP prévoit que la personne jugée coupable de discrimination raciale sera punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Parmi la quinzaine d'ATF examinés, seuls trois arrêts confirment, en dernière instance, les décisions des deux premières instances cantonales qui ont admis une infraction au sens de l'art. 261bis CP. Dans ces cas-là, la sanction, ou autrement dit la peine infligée, a – dans les trois cas – consisté en une peine privative de liberté, de 3 ou 4 mois (dans deux cas). Les arrêts pertinents sont les suivants :

Il s'agit tout d'abord du premier arrêt rendu par le TF sur l'art. 261bis CP. Dans cet ATF 123 IV 202 (traduction et envoi par P. d'une lettre à 432 destinataires), le Tribunal de première instance avait condamné P. à 4 mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans et à une amende de CHF 5000.-. Le Tribunal supérieur avait confirmé ce jugement et le TF, en rejetant le pourvoi en nullité, en a fait de même.

Dans l'ATF 127 IV 203, Gaston Amaudruz (recourant qui a mis en vente un ouvrage négationniste) a été jugé coupable par le Tribunal de première instance et condamné à 1 an d'emprisonnement. Le Tribunal de seconde instance a réformé le jugement et a réduit la peine d'emprisonnement à 3 mois. En rejetant le pourvoi en nullité, le TF a confirmé la dernière décision cantonale. Gaston Amaudruz a en outre été condamné à verser des indemnités pour tort moral à différentes parties civiles. Les ouvrages séquestrés ont au surplus été confisqués et détruits et la publication du dispositif du jugement a été ordonnée¹¹⁹.

Dans le cas 126 IV 20, dans lequel le prévenu avait envoyé un bulletin et rédigé et affiché des textes négationnistes, le TF, en rejetant le pourvoi en nullité de l'accusé, confirme les décisions des instances inférieures. X. est donc reconnu coupable d'avoir commis des actes de discrimination raciale et est condamné à 4 mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans. Les documents séquestrés pendant l'enquête ont en outre été confisqués.

Dans trois autres cas, le TF est allé à l'encontre des décisions rendues par les instances inférieures (première ou deuxième instance cantonale selon les cas), mais il a estimé qu'il y avait bien eu violation de l'art. 261bis CP :

Dans l'ATF 125 IV 206 (cas d'un libraire mettant en vente un ouvrage négationniste), le TF rejoint la position du Tribunal de première instance et va à l'encontre de celle développée par la deuxième instance cantonale. Le Tribunal correctionnel du district de Vevey avait condamné le libraire à 4 mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans, mais la Cour de cassation pénale ne l'avait pas suivi et avait libéré le libraire de l'infraction sur la base de l'art. 27 CP (dans sa teneur alors en vigueur). Le Ministère public vaudois avait alors recouru au TF et obtenu gain

¹¹⁹ Ces éléments sont repris dans la section suivante (ch. II.2.4.2) relative à la réparation.

de cause, la Haute Cour estimant que c'est à tort que la cour cantonale avait admis l'application de l'art. 27 CP et reconnaissant par-là-même le caractère raciste de l'action. L'affaire est donc renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau.

L'ATF 130 IV 111 traite du cas de X. et Y. qui avaient organisé et respectivement présenté (pour le second) une conférence dans un milieu skinhead. Le Tribunal de première instance avait libéré les deux prévenus de l'accusation de discrimination raciale et le Tribunal supérieur du canton de Berne avait confirmé cette décision. Le TF n'a pas suivi ce raisonnement et il a admis le pourvoi en nullité déposé par le Ministère public bernois. La cause est donc renvoyée à l'autorité inférieure pour nouveau jugement.

Avec l'arrêt 124 IV 121, dans lequel K. est destinataire d'un colis comprenant des supports à contenu négationniste et raciste, la situation est un peu différente. Ici, le Tribunal de première instance a acquitté K. et a décidé de la restitution des supports en question (revues et CD). Le Ministère public s'était pourvu contre cette décision et la Cour de cassation pénale avait partiellement réformé le jugement, en ce sens qu'elle avait décidé de la confiscation et de la destruction des supports. K. a recouru contre cette décision au TF qui a rejeté son recours. Le TF estime que de tels messages comportent un risque pour la paix publique, protégée par l'art. 261bis CP.

Dans six (voire sept¹²⁰) cas, le Tribunal fédéral n'a pas suivi le raisonnement des instances inférieures (première ou deuxième instance cantonale selon les cas) en jugeant que le comportement incriminé ne remplissait pas les conditions prescrites par l'art. 261bis CP : il s'agit des ATF 126 IV 176 (envoi, par X., d'un ouvrage raciste à sept personnes)¹²¹, 126 IV 230 (A., libraire ayant mis en vente un ouvrage négationniste)¹²², 131 IV 23 (Jürg Scherrer)¹²³, 133 IV 308 (X., auteur de lésions corporelles à l'égard de ressortissants étrangers)¹²⁴, 140 IV 67 (interpellation

¹²⁰ La septième affaire (ATF 129 IV 95) ne peut être rattachée à cette catégorie que dans une moindre mesure puisque le TF a considéré que le pourvoi en nullité était irrecevable.

¹²¹ Dans cet arrêt, le TF admet le pourvoi en nullité de X. Il estime que l'élément constitutif de la publicité n'est pas réalisé, allant ainsi à l'encontre de la décision du Tribunal supérieur du canton de Zurich qui avait déclaré X. coupable de discrimination raciale et l'avait condamné à une amende de CHF 18'000.-. Les conclusions de la décision de première instance ne sont pas connues.

¹²² Avec cette affaire, le TF estime que le prévenu n'est pas coupable de discrimination raciale, dans la mesure où le caractère public de l'acte n'est pas rempli. Ce faisant, la Haute Cour confirme la décision de la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise (2^e instance) qui avait libéré l'accusé du chef d'accusation de discrimination raciale, et va à l'encontre – si on peut dire – de la décision de première instance qui avait condamné le recourant à une amende de CHF 1000.-.

¹²³ Ici, le Tribunal de première instance avait déclaré Jürg Scherrer coupable de discrimination raciale en raison de la publication du bulletin contenant des propos sur les immigrants du Kosovo et l'avait condamné à CHF 2000.- d'amende. Le Tribunal supérieur du canton de Berne avait confirmé ce jugement, mais le TF a admis le pourvoi du prévenu. Il a dès lors annulé le jugement du Tribunal supérieur et a renvoyé la cause pour nouveau jugement.

¹²⁴ Dans cette affaire, le Tribunal de première instance a condamné X. à 3 ans d'emprisonnement pour lésions corporelles graves, mais n'a pas retenu la tentative de meurtre et la discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP. Le Tribunal cantonal lucernois a aussi retenu les lésions corporelles graves, mais a en plus reconnu X. coupable de discriminations raciales multiples et de violations de la loi fédérale sur les armes. Il a donc prononcé une peine de 3 ans et demi d'emprisonnement à l'égard de X. Le TF a quant à lui admis le recours de X. et l'a estimé bien fondé. Il n'a donc pas retenu l'infraction au sens de l'art. 261bis CP, estimant qu'en l'espèce les lésions corporelles graves n'apparaissaient pas clairement comme un acte de discrimination raciale aux yeux d'un tiers moyen et que les conditions du concours idéal entre les deux infractions n'étaient dès lors pas remplies.

d'un homme par un policier)¹²⁵, 140 IV 102 (salut hitlérien)¹²⁶ et 129 IV 95 (recours des deux ressortissants arméniens X. et Y.)¹²⁷.

Enfin, dans un (voire deux) cas, le TF juge – comme les instances inférieures – qu'il n'y a pas eu d'infraction à l'art. 261bis CP : c'est le cas des ATF 131 IV 78 (raëlien)¹²⁸ et 128 I 218 (conférencier de religion Bahá'í)¹²⁹.

Finalement, un dernier arrêt examiné dans le cadre de cette étude ne trouve pas sa place dans le recensement des sanctions encourues. Il s'agit de l'ATF 138 III 641 (fondation S. contre X. président des jeunes UDC de Thurgovie). Cet arrêt a en effet été rendu sur la base de l'art. 28 CC et ne relève donc pas du droit pénal. Il est toutefois intéressant à mentionner dans le cadre des réparations possibles, traitées au point suivant.

Sur la centaine de cas analysés provenant des instances cantonales – dont 72 contenaient des informations pertinentes relatives aux sanctions –, il est possible de tirer quelques conclusions, qu'il importe toutefois de relativiser. En effet, dans la plupart des affaires, la discrimination raciale ne constitue pas la seule infraction (envisagée ou constatée). La sanction infligée porte donc, dans la plupart des cas, sur plusieurs infractions qui ne peuvent être distinguées dans le cadre de la sanction.

Il est toutefois intéressant de mentionner que sur ces 72 cas, 16 décisions concluent à la libération du prévenu de l'inculpation (22 %) ; 40 décisions le condamnent (56 %) ; 6 décisions admettent le bien-fondé de son recours (8 %) et 10 décisions rejettent son recours (14 %)¹³⁰.

Enfin, parmi les jugements de première instance, les sanctions vont de la simple amende (CHF 300.-) à la prison ferme.

¹²⁵ Le Tribunal de première instance avait condamné le policier à une peine pécuniaire de 60 jours-amendes à CHF 200.- avec sursis pendant deux ans. Le Tribunal d'appel avait confirmé cette décision, mais le TF en a décidé autrement. Il casse le jugement du Tribunal d'appel et renvoie la cause pour une nouvelle décision.

¹²⁶ Dans cette plus récente affaire, le Tribunal de première instance avait ordonné une peine pécuniaire de 10 jours-amendes à CHF 50.- avec sursis pendant 3 ans, ainsi qu'une amende de CHF 300.-. Le Tribunal cantonal avait suivi cette décision. Le TF n'est pas de cet avis, puisqu'il estime que le geste du recourant n'avait pas pour but de faire de la propagande (au sens de 261bis al. 2 CP) auprès de tiers, mais seulement d'exprimer une conviction personnelle. Il juge donc le recours bien fondé et renvoie la cause à l'instance inférieure pour un nouveau jugement.

¹²⁷ Ici le TF ne suit pas la décision de première instance dans laquelle les intimés avaient été acquittés, puisque, comme le Tribunal supérieur du canton de Berne, il estime que le recours de X. et Y. n'est pas recevable en ce sens que les recourants n'ont pas la qualité pour se pourvoir en appel ou en nullité, n'étant pas des victimes directes.

¹²⁸ Affaire dans laquelle le TF rejette le recours de droit public de l'intéressé et déclare son pourvoi en nullité irrecevable, confirmant ainsi les décisions des instances inférieures qui estimaient qu'il n'y avait pas eu de discrimination, religieuse en l'occurrence, dans le cas d'espèce.

¹²⁹ Ce cas peut être mentionné ici, bien que dans une moindre mesure seulement, puisque le TF déclare le recours de droit public irrecevable, jugeant que le recourant ne remplit pas les critères nécessaires pour être considéré comme une victime. La première instance avait d'ailleurs déjà déclaré l'action pénale (ainsi que civile) irrecevable. Le Tribunal supérieur s'était toutefois prononcé sur le fond du litige, mais avait rejeté le recours au motif que les conditions objectives de la discrimination raciale n'étaient pas réunies.

¹³⁰ Pour une présentation graphique de ces chiffres et une comparaison avec les autres domaines de discrimination (genre, orientation sexuelle, handicap, etc.), voir la partie 8 (Teilstudie 8, ch. III, 2.5 pour la discrimination raciale).

2.4.2. Réparation

Seuls deux arrêts parmi ceux du TF examinés font état de réparations envers la partie civile. Dans le premier arrêt (ATF 127 IV 203), le Tribunal de première instance a estimé que Gaston Amaudruz (recourant qui a mis en vente un ouvrage négationniste) devait verser des indemnités pour tort moral à différentes parties civiles, en plus de sa condamnation pénale.

Dans le second arrêt (ATF 128 I 218), le recourant – conférencier de religion Bahá'í – a demandé des dommages et intérêts pour un montant minimal de CHF 10'000.-. Le Tribunal de première instance, après avoir consulté la Commission fédérale contre le racisme, n'est entré en matière ni sur l'action civile, ni sur l'action pénale. Comme on l'a vu ci-dessus, la Chambre d'accusation cantonale a rejeté son recours et le TF l'a déclaré irrecevable. Le recourant n'a donc pas eu gain de cause.

Enfin, dans l'ATF 138 III 641, rendu sur la base d'un recours en matière civile, la fondation S. qui a qualifié les propos tenus par X. lors d'une manifestation de « racisme verbal » s'est vue interdire de continuer à publier sur son site internet ou ailleurs cette information avec le qualificatif de « racisme verbal ». Elle est en outre tenue de publier pendant trois mois sur son site internet un communiqué du Tribunal cantonal résumant les conclusions de son arrêt. Les dommages et intérêts demandés par X. ont toutefois été rejetés.

A la lecture des faits résumés dans ces différents arrêts du Tribunal fédéral, il est difficile de savoir si des actions civiles ont été ouvertes par les personnes lésées et si, cas échéant, des réparations ont été ordonnées par les instances inférieures. Ce point reste donc incertain au regard de la seule jurisprudence fédérale.

Sur la centaine de cas analysés provenant des instances cantonales, seuls de rares cas confèrent une réparation à la victime de discrimination.

Il peut s'agir par exemple de la modification d'un texte publié ou du versement d'une somme à titre de dommages et intérêts.

3. Synthèse

À l'issue de l'examen de la discrimination raciale en Suisse au sens du droit pénal, plusieurs éléments peuvent être retenus en termes d'accès à la justice.

D'abord, la jurisprudence fédérale (du moins celle qui est publiée) est peu importante quantitativement. Elle est donc peu représentative du nombre de dénonciations recensées et n'est pas suffisante pour pouvoir tirer des conclusions substantielles ; bien souvent la situation n'étant pas assez détaillée pour obtenir les informations souhaitées dans le cadre de cette étude. De plus amples informations ont pu être obtenues grâce aux cas reçus par les cantons, mais ces décisions sont également loin d'être représentatives de la réalité, puisque notamment aucun canton romand, à l'exception du Jura, n'a fourni de jugements ou d'ordonnances pénales.

Nonobstant ces remarques liminaires, il est tout de même possible de faire plusieurs constats. En premier lieu, l'interprétation faite des critères protégés par l'article 261bis CP (race, ethnie, religion) est souvent trop stricte. Cette analyse exclut les critères de la nationalité et du statut juridique (étrangers, requérants d'asile, etc.) qui, dès lors, ne fondent pas le délit de discrimination raciale. L'arrêt récent publié aux ATF 140 IV 67 illustre parfaitement cette conception restreinte

du champ d'application matériel de la norme pénale : le Tribunal fédéral a retenu que les expressions « cochon d'étranger » ou « sale requérant » ne font référence à aucune race, religion ou ethnie en particulier.¹³¹ L'interprétation stricte que fait le TF de l'art. 261bis CP limite l'accès à la justice, et en particulier au TF, sur le fond.

En ce qui concerne la qualité pour agir, plusieurs conditions doivent être remplies pour pouvoir recourir en justice. Le premier point a trait au type d'infraction (ou autrement dit au bien juridique protégé) : dans ce cadre, il faut avant tout que l'infraction ne protège pas que la paix publique, mais également la dignité (cf. art. 261bis al. 1 et 4 première phrase). Le second point est celui de la qualification en tant que « lésé » (au sens du CPP) et en tant que « victime » (selon la LAVI). Ces critères exigeants conduisent aussi à limiter de manière drastique l'accès à la justice.

Toujours en lien avec la qualité pour agir, la jurisprudence – sur la base de la position du Conseil fédéral – exclut du recours les organisations engagées dans la lutte contre le racisme. L'exception légale prévue par l'article 104 al. 2 CPP est explicitement niée par le TF : « [u]ne telle réglementation n'existe pas en matière de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP »¹³². Le refus de reconnaître aux associations de lutte contre le racisme la qualité pour recourir en matière pénale est motivé par le fait que le Ministère public est déjà là pour défendre les intérêts de la société, ce qui n'est pas le cas dans les autres types de procédure. Cette limitation de l'accès à la justice devrait donc être *a priori* propre au domaine pénal.

Si les associations de lutte contre le racisme ne sont pas habilitées à agir en justice, les partis politiques et les associations à caractère raciste, en revanche, ne sont pas punissables en raison de la réserve formulée par la Suisse à l'égard de l'art. 4 de la Convention contre la discrimination raciale et de l'importance accordée à la liberté d'expression garantie par la Constitution fédérale notamment. Les arrêts examinés n'ont pas directement porté sur de tels cas, de sorte que l'on n'a pas de jurisprudence venant explicitement et directement illustrer cette problématique¹³³.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, la maxime inquisitoire – prescrite en procédure pénale – est un système *a priori* favorable à la partie plaignante. Cette maxime ne s'applique toutefois pas aux conclusions civiles. Pour cette partie de la procédure, c'est la maxime de disposition qui prévaut, laissant ainsi le soin à la partie civile de gérer les éléments utiles à la conduite du procès. Cet usage distinct des deux types de maxime fait reposer une charge non négligeable sur la partie plaignante, cas échéant sur le lésé, voire sur la victime.

En matière de frais de procédure et d'indemnités, la procédure pénale veut qu'en principe tous les frais de la procédure soient mis à la charge de la Confédération ou du canton. La charge peut toutefois être déplacée sur le prévenu lorsqu'il est condamné (à l'exception des frais du défenseur d'office) et le Tribunal peut aussi décider de mettre les frais de procédure causés par les

¹³¹ Dans le recueil de cas juridiques de la Commission fédérale contre le racisme, il est toutefois possible de trouver des cas dans lesquels les critères protégés ont été interprétés de manière plus large. Voir par exemple la décision 2004-012 dans laquelle le tribunal compétent a estimé que l'expression « requérants d'asile » (« Asylanten ») devait être comprise comme un terme générique englobant différentes ethnies et tombant pas conséquent dans le champ d'application de l'art. 261bis CP. Pour d'autres exemples, voir notamment les cas 1997-10, 1999-037, 2000-049, ainsi que plus récemment 2014-14 et 2014-16.

¹³² ATF 125 IV 206, consid. 2a.

¹³³ Voir toutefois l'ATF 131 IV 23 (Jürg Scherrer) dans lequel le TF rappelle que « [l]a liberté d'expression commande que l'on n'admette pas trop facilement, dans le débat politique, l'existence d'un abaissement ou d'une discrimination au sens de l'art. 261bis al. 4 CP. Ne se rend pas encore coupable de cette infraction, celui qui exprime quelque chose de négatif sur un groupe humain protégé par cette disposition, pour autant que la critique demeure globalement dans les limites de l'objectivité et repose sur des faits objectifs ». Chapeau d'arrêt renvoyant au consid. 3.

conclusions civiles à la charge de la partie plaignante. Dans le cadre d'une procédure de recours, les frais de la procédure sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Ce système peut dissuader la personne qui s'estime victime de discrimination raciale de recourir, mais il oblige à évaluer les chances de succès du recours. Parmi les arrêts du TF analysés, le montant des frais de procédure a varié entre CHF 500.- (ATF 128 I 218, conférencier Bahá'í condamné en outre à verser CHF 500.- de dépens) et CHF 4000.- (ATF 131 IV 78, raëlien), ce qui constitue une charge tout de même conséquente. En outre, des indemnités sont prévues pour le prévenu acquitté (allant dans nos exemples de CHF 1000.- [ATF 133 IV 308, pourvoi partiellement bien fondé de l'auteur de lésions corporelles] à CHF 3000.- [ATF 131 IV 23, Scherrer, 140 IV 67, policier bâlois et 140 IV 102, salut hitlérien]) et – dans certains cas – pour la partie plaignante (le seul exemple qui ressort des arrêts traité est celui de l'ATF 138 III 641, rendu sur la base de 28 CC. Dans cette affaire, la fondation a été contrainte de s'acquitter, en sus des CHF 2500.- de frais de procédure, de CHF 3500.- envers X.). Au niveau cantonal, toutes instances confondues, on a pu voir que les frais se sont élevés en moyenne à CHF 1571.- (médiane : CHF 1000.-) et que les indemnités ont tourné autour de CHF 3425.- (moyenne) et CHF 1970.- (médiane).

En ce qui concerne les coûts de la représentation en justice, l'accès à une assistance judiciaire gratuite est fixé à des conditions plus strictes pour la partie plaignante (que pour le prévenu). Elle peut en bénéficier à condition qu'elle soit indigente et qu'elle ait ouvert une action civile qui ne soit pas d'emblée vouée à l'échec. Bien que cette distinction soit logique, cette mesure n'incite cependant pas la personne lésée, voire victime, à agir en justice. En outre, une personne qui déciderait d'agir sans l'aide d'un mandataire a certainement moins de chance d'obtenir une « bonne » réparation.

Les délais pour l'introduction d'une procédure varient selon l'objet de la procédure. Dans le cadre d'une infraction poursuivie sur plainte comme l'injure, le droit de porter plainte se prescrit par trois mois depuis le jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction (art. 31 CP) et l'action pénale se prescrit par 4 ans ; alors que l'action pénale pour une infraction poursuivie d'office à l'instar de l'art. 261bis CP se prescrit par 10 ans (art. 97 CP) à partir du jour où l'auteur a exercé son activité coupable ou dès le jour du dernier acte si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises, ou encore dès le jour où les agissements coupables ont cessé s'ils ont eu une certaine durée. Outre la durée de la prescription en tant que telle, le *dies a quo*, est particulièrement important. Concrètement, il y a une différence notable si le délai commence à courir au moment où la discrimination s'est produite ou au moment où l'auteur en prend connaissance ou en a conscience. La prescription de l'action pénale se fonde plutôt sur le premier postulat (objectivité des faits) et limite ainsi – théoriquement du moins – l'accès à la procédure.

Enfin, dernier élément d'ordre procédural, la procédure doit être régie par le principe de célérité, ce qui implique que sa durée ne devrait pas être excessive. Elle dépendra évidemment des faits et de la complexité de l'affaire. Les arrêts du TF analysés, pour lesquels la date d'ouverture de la procédure est clairement établie, ont montré que la procédure pouvait aller de 8 mois pour la procédure la plus courte à plus de 6 ans pour la plus longue. Pour les arrêts pour lesquels la durée de la procédure est calculée depuis le déroulement des faits (car la date d'ouverture de la procédure n'est pas connue), le laps de temps écoulé a varié de plus de 2 ans à 7 ans. Au niveau cantonal, toutes instances confondues, on a pu constater que la procédure la plus courte a duré 1 mois, alors que la procédure la plus longue a été de plus de 4 ans. La moyenne se situe à 11 mois et 2 semaines, alors que la médiane atteint 10 mois et 1 semaine. On constate donc de grandes disparités, mais globalement – et subjectivement – certaines de ces procédures sem-

blent être assez longues (bien que dans un rapport *a priori* comparable à celui constaté dans les Etats européens¹³⁴).

En ce qui concerne le droit matériel, le TF a considéré dans sept arrêts (sur la quinzaine analysée) que le recours basé sur l'art. 261bis CP était bien fondé. Dans huit autres cas, il a rejeté le recours ou l'a déclaré irrecevable. Pour ce qui est des sanctions infligées, on constate également et logiquement d'importantes différences d'un arrêt à l'autre. Parmi les décisions cantonales qui concluaient à une violation de l'art. 261bis CP, mais qui n'ont pas été confirmées par le TF, on trouve par exemple des amendes allant de CHF 1000.- à CHF 18'000.- ainsi qu'un cas de peine privative de liberté de 3 ans et demi. Les cas dans lesquels le TF a confirmé la sanction prononcée par les instances inférieures étaient des peines privatives de liberté de 3 ou 4 mois avec sursis. Au niveau cantonal, toutes instances confondues, on a pu observer que sur 72 cas pertinents, 16 concluaient à la libération du prévenu de l'inculpation, 40 le condamnaient, 6 admettaient le bien-fondé de son recours et 10 le rejettaient. Pour ce qui est de la réparation, on l'a vu, il est difficile au niveau des décisions rendues par le Tribunal fédéral de savoir si des actions civiles ont été ouvertes par les personnes lésées et si, cas échéant, des réparations ont été ordonnées par les instances inférieures. Ce point reste donc incertain. Sur les affaires analysées provenant des instances cantonales, seuls de rares cas ont conféré une réparation à la victime de discrimination. Il s'est par exemple agi de la modification d'un texte publié ou du versement d'une somme à titre de dommages et intérêts. À la lecture de ces jugements, l'évaluation du caractère efficace, proportionnel et dissuasif des sanctions n'est pas évidente.

¹³⁴ Cf. étude européenne « Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law », de février 2011, spéc. p. 27 ss.

III. DROIT CIVIL : DISCRIMINATIONS DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI ET DU BAIL

1. Bases légales et jurisprudence

1.1. Généralités

Les incidents à caractère raciste surviennent souvent dans le cadre d'un rapport de droit privé relevant de domaines considérés essentiels pour l'existence (logement, santé, éducation, travail, etc.). La présente analyse se concentre sur le monde du travail et le marché du logement, des milieux dans lesquels les cas de discrimination raciale recensés par les centres de consultation spécialisés sont parmi les plus nombreux¹³⁵. Il s'agit, d'une part, d'analyser les instruments juridiques dont disposent les personnes susceptibles d'avoir subi une discrimination raciale dans une situation relevant de ces branches du droit et, d'autre part, d'observer l'usage effectif qui en est fait, au travers de l'étude de la jurisprudence.

Du point de vue des bases légales applicables, les deux domaines présentent beaucoup d'analogies. A la différence du domaine de l'égalité entre les sexes¹³⁶, les dispositions interdisant de manière explicite la discrimination sur la base de la couleur de la peau ou de l'origine ethnique dans les rapports de travail de droit privé¹³⁷ ou dans les rapports de location font défaut.

Le principe de la liberté contractuelle occupe une place privilégiée dans l'ordre juridique suisse, ce qui permet à priori de choisir librement son partenaire contractuel, quitte à adopter des comportements discriminatoires. Il n'en demeure pas moins que même la liberté de contracter est soumise à un certain nombre de limitations. Le respect des droits fondamentaux en fait partie et, par conséquent, l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale qui prohibe, entre autres, la discrimination raciale ne peut être ignoré. Certes, les droits fondamentaux ne sont pas directement applicables aux relations entre les particuliers (pas d'effet horizontal direct). Néanmoins, il est généralement admis aujourd'hui qu'en raison de l'art. 35 al. 3 de la Constitution, les droits fondamentaux ont tout de même une certaine portée en droit privé. La Commission fédérale contre le racisme le souligne particulièrement : « les interdictions constitutionnelles de discrimination doivent s'appliquer à l'ensemble de l'ordre juridique et, partant, indirectement aux relations qui lient les particuliers entre eux, principalement par la voie de l'interprétation au cas par cas des dispositions d'ordre général »¹³⁸. En d'autres mots, il s'agit de « retenir, parmi les interprétations admissibles, celle ou celles qui sont conformes aux droits fondamentaux, si bien que ceux-ci produisent un effet qualifié d'horizontal indirect dans les relations soumises au droit privé »¹³⁹.

Par le biais de l'interprétation extensive et conforme à la Constitution de normes et de concepts généraux relevant du droit civil et du droit des obligations ainsi que de dispositions spéciales

¹³⁵ Voir le rapport de monitoring du Réseau de consultations pour les victimes du racisme « Incidents racistes traités dans le cadre de consultations », publié annuellement (<http://www.network-racism.ch/fr/rapports/rapport.html>).

¹³⁶ La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1) vise à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle (art. 1) au sens large (de l'embauche au licenciement). Elle s'applique aussi bien aux rapports de travail de droit public qu'à ceux de droit privé.

¹³⁷ Les employeurs du secteur public sont en revanche directement soumis aux règles du droit international public et du droit constitutionnel.

¹³⁸ CFR, p. 5.

¹³⁹ Vincent MARTENET, *La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse*, in : RDS 2011 I, p. 243 ss.

propres au droit du travail et au droit du bail, il est donc en principe possible de sanctionner les comportements constitutifs d'une discrimination raciale adoptés dans le cadre des relations professionnelles ou des rapports de location. En y regardant de plus près, les instruments juridiques à disposition d'une potentielle victime de discrimination raciale sont tous issus des mêmes principes généraux : la protection de la personnalité (art. 28 CC), le respect de la bonne foi et l'interdiction de l'arbitraire (art. 2 CC), la protection contre les engagements excessifs (art. 27 CC), les limites à la détermination de l'objet du contrat (art. 19 et 20 CO).

Dans les paragraphes suivants, nous détaillerons ces instruments en les distinguant selon qu'ils s'appliquent au marché de l'emploi ou au domaine du bail à loyer. En plus des dispositions générales du CC et du CO, seront également présentées les dispositions spécifiques au droit du travail et au droit du bail, en précisant à chaque fois les circonstances d'espèce auxquelles elles s'appliquent. Nous résumerons ensuite l'éventuelle jurisprudence relative aux cas de discrimination raciale dans les deux domaines de référence.

1.2. Discrimination dans le domaine de l'emploi

Parmi les domaines répertoriés par le Réseau de consultations pour les victimes du racisme, le monde du travail est le milieu le plus touché par la problématique raciste, une tendance constatée depuis quelques années déjà¹⁴⁰. Dans ce contexte, les actes discriminatoires fondés sur la couleur de la peau et l'origine ethnique ou culturelle peuvent prendre plusieurs formes (propos racistes, inégalités de traitement, harcèlement, etc.) et concerner toutes les phases d'un rapport de travail : la procédure de recrutement (offre d'emploi, sélection des candidats, entretien d'embauche), le contrat de travail en lui-même (salaire, droit aux vacances, formation continue), les relations de travail proprement dites (mobbing, inégalités en matière de promotion, répartition inéquitable des tâches) ou encore le licenciement (congé abusif).

Avant de passer en revue les dispositions pertinentes en matière de discrimination raciale et d'en analyser les différentes circonstances d'application, il sied de relever que le principal instrument de lutte contre la discrimination raciale entre particuliers est représenté par les dispositions du droit civil et du droit du travail relatives à la *protection de la personnalité* (art. 28 ss CC et 328 ss CO).

Le législateur a sciemment renoncé à donner une définition fermée à la notion de personnalité. Pour sa part, la doctrine se limite à proposer une classification tripartite des droits de la personnalité : droits protégeant la personnalité physique (par exemple droit à la vie, à l'intégrité corporelle), la personnalité affective (par exemple droit au respect de la vie affective) et la personnalité sociale (par exemple droit au nom, à l'honneur, au respect de sa vie privée)¹⁴¹. La personnalité étant comprise comme l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence et contribuent à en former l'identité, les notions de race et d'ethnie entrent dans cette définition.

¹⁴⁰ Voir en particulier les rapports 2010-2013 sur les incidents racistes traités dans le cadre de consultations, cf. note 135 ci-dessus. Voir aussi, à titre de comparaison, les résultats d'une étude française qui soulignent clairement, au travers d'un test, les cas de discriminations à l'embauche. Cf. Anthony EDO / Nicolas JACQUEMET, *Discrimination à l'embauche et entre-soi*, in : *lavedesidees.fr*, 18 février 2014.

¹⁴¹ Kurt PÄRLI, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berne 2009, n° 1313 avec les références.

Dans un arrêt de principe¹⁴² sur la portée du principe d'égalité de traitement en droit du travail, le Tribunal fédéral a en outre précisé que, pour qu'il y ait violation du droit à la personnalité, l'inégalité de traitement doit avoir pour but ou pour conséquence d'abaisser et de dénigrer la personne du travailleur, en atteignant sa dignité. En d'autres termes, et de manière plus générale, une différence de traitement au caractère désavantageux constitue une atteinte à la personnalité lorsqu'elle repose sur une caractéristique individuelle protégée par le droit de la personnalité, dont il est admis que le critère de la race fait partie.

En vertu de l'article 28 CC, quiconque subit une atteinte illicite à sa personnalité est habilité à agir en justice pour se protéger. Selon la doctrine, cette disposition présente un intérêt particulier notamment en cas de *refus d'embauche* discriminatoire¹⁴³. L'atteinte, représentée par le refus d'embauche, doit être dirigée contre une personne déterminée qui pourra dès lors demander de la faire cesser et, si le trouble créé subsiste, d'en constater le caractère illicite (art. 28a al. 1 CC). Conformément à l'article 8 CC, il incombe au candidat concerné d'apporter la preuve d'une atteinte à sa personnalité. L'employeur aura ensuite à son tour la possibilité de prouver l'existence d'un intérêt prépondérant justifiant le non-engagement dudit candidat. La personne qui a subi l'atteinte peut en outre demander un dédommagement à titre de réparation morale conformément à l'art. 49 CO.

Dans le domaine spécifique du droit du travail, le respect et la protection de la personnalité du travailleur par l'employeur sont garantis par les articles 328 CO et 6 LTr¹⁴⁴, qui pour les raisons discutées auparavant incluent la protection contre la discrimination raciale¹⁴⁵. Au vu notamment de la systématique légale, la protection de la personnalité au sens de l'article 328 CO entre généralement en ligne de compte *pendant la durée du rapport de travail*, c'est-à-dire après la conclusion du contrat de travail¹⁴⁶. La doctrine et la jurisprudence admettent toutefois que cette disposition peut également déjà s'appliquer *dès l'entretien d'embauche*¹⁴⁷. L'article 328 CO oblige l'employeur, d'une part, à « protéger ses employés contre les propos discriminatoires à caractère raciste » venant de la part de supérieurs hiérarchiques et d'autres personnes avec lesquelles ils entrent en contact dans leur travail, et, d'autre part, lui interdit de « faire preuve de discrimination raciale à l'égard de ses employés, par exemple en faisant usage de son droit d'adresser des directives, en attribuant des tâches, dans le domaine de la formation continue ou lors de promotions »¹⁴⁸.

Conformément à l'alinéa 1 lettre a de l'article 336 CO, parmi les motifs de *licenciement* abusif figurent les congés donnés « sur la base de caractéristiques personnelles qui n'ont pas de relation avec les rapports de travail et qui n'ont pas d'effets négatifs notables sur le climat de l'entreprise (telle l'appartenance ethnique) »¹⁴⁹. La loi n'énumère pas les qualités inhérentes à la

¹⁴² ATF 129 III 276, consid. 3.1.

¹⁴³ NAGUIB et al., n° 346 ss ; PÄRLI, n° 1297.

¹⁴⁴ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail ; RS 822.11).

¹⁴⁵ Tant l'art. 6 LTr que l'art. 328 al. 2 CO ont été modifiés dans les années 1990 pour remplacer le respect de la moralité par celui de l'intégrité personnelle. Le Conseil fédéral inclut explicitement dans cette notion « la protection contre les discriminations en raison de la race ou de la religion » (FF 1994 II 157, 177-178). Voir aussi PÄRLI, n° 1341.

¹⁴⁶ NAGUIB et al., n° 355 ss ; PÄRLI, n° 1297 avec les références.

¹⁴⁷ Cf. PÄRLI, n° 1297 et arrêt du Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, du 1^{er} juin 2005, in : JAR 2006 p. 531.

¹⁴⁸ SLR (éd.), *Guide juridique Discrimination raciale*, Berne 2009, p. 55.

¹⁴⁹ SLR (éd.), *Un monde du travail sans discrimination : mesures de lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi*, Berne 2003, p. 39.

personnalité auxquelles se rapporte la norme. Néanmoins, d'après le Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, les critères compris dans cette catégorie sont « en particulier le sexe, le statut familial, l'origine, la race et la nationalité »¹⁵⁰. La doctrine et la jurisprudence suivent cet avis et précisent qu'il s'agit des critères de discrimination reconnus par le droit international et constitutionnel ainsi que, de façon plus générale, de toutes les caractéristiques innées (facteurs héréditaires) ou acquises (résultant du contexte social de référence) tels que la race, la nationalité, l'orientation sexuelle ou la religion¹⁵¹. Le licenciement met fin à la relation de travail, cela même si le caractère abusif a été constaté. La personne discriminée ne peut donc pas exiger la poursuite des relations de travail : il ne lui reste alors plus qu'à demander une indemnité au sens de l'article 336a CO.

En plus des dispositions relatives à la protection de la personnalité, le principe général de la *bonne foi* inscrit à l'article 2 alinéa 1 CC offre aux travailleurs une possibilité supplémentaire d'agir contre une attitude raciste. « Ce principe garantit que dans toutes les relations contractuelles on pourra faire confiance à l'autre partie contractante »¹⁵² : l'employeur est ainsi tenu de se conduire de manière correcte et objective. Cela concerne aussi bien la procédure de recrutement que les relations de travail proprement dites. Ainsi, contrevient au principe de la bonne foi l'employeur qui écarte une candidature ou opère des différences en termes d'augmentations de salaire en se fondant uniquement sur la race ou l'origine ethnique de la personne.

Parmi les règles générales susceptibles de limiter la liberté contractuelle en matière de relations de travail, figurent aussi l'article 27 CC (*protection contre les engagements excessifs*) et les articles 19 et 20 CO (*limites dans la détermination de l'objet du contrat*). Ces dispositions protègent le travailleur contre les discriminations à caractère raciste que pourrait contenir le contrat de travail. Une clause est discriminatoire si elle prévoit par exemple un salaire inférieur du fait de l'origine de l'employé. « Même si l'employé a approuvé le contrat, la ou les clauses en question restent illicites car il n'est pas possible, au regard du droit, d'accepter les discriminations contractuelles »¹⁵³.

La jurisprudence relative à des cas de discrimination raciale dans le monde du travail est – surtout au niveau fédéral – très peu nombreuse en comparaison avec les incidents signalés aux centres de consultation. En voici quatre exemples pertinents.

Affaire « genevoise »

Dans un arrêt du 11 novembre 1993¹⁵⁴, le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève du 10 décembre 1992¹⁵⁵ concernant une affaire de licenciement fondé sur des motifs raciaux et donc abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO. Suite à des pertes dans les inventaires du magasin, trois employés noirs avaient en effet été congédiés. Bien que le gérant du magasin ait fait valoir des motifs purement économiques à l'origine du licenciement (ordre de la direction en raison de la mauvaise marche des affaires), l'enquête avait établi que le choix de licencier des travailleurs noirs était lié aux soupçons de vols

¹⁵⁰ FF 1984 II 574, 622.

¹⁵¹ Voir l'arrêt du TF 4C.258/1991 du 13 janvier 1992, consid. 1, SJ 1993 p. 357, ainsi que NAGUIB et al., n° 376 ; PÄRLI, n° 1344 avec les références.

¹⁵² Christina HAUSAMMANN, *Instruments contre la discrimination en droit suisse : un aperçu*, version française résumée, Berne 2008, p. 5.

¹⁵³ SLR, *Guide juridique*, p. 66.

¹⁵⁴ JAR 1994, p. 198.

¹⁵⁵ JAR 1993, p. 269.

fondés sur leur couleur de peau. Le gérant avait notamment proféré des accusations à l'encontre des employés noirs lors d'entretiens, en faisant également référence à un article de presse relatant des vols commis par des Noirs dans la région.

Compte tenu de l'existence de deux motifs de licenciement distincts entrant en ligne de compte, la Chambre d'appel cantonale a considéré que « dans une telle situation, c'est le motif illicite qui prédomine » (consid. 3). Dans le cas d'espèce, les soupçons de vols en raison de l'origine africaine ne reposaient sur aucun élément concret et n'étaient donc pas objectivement justifiés. Le Tribunal fédéral a quant à lui précisé que « pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement [...] ; en d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de la partie de résilier le contrat » (consid. 2/c). Or, sur la base des éléments de l'enquête mentionnés plus haut, ce lien était donné. Enfin, il est également intéressant de noter que les juges fédéraux ont considéré qu'« il n'y a pas de distinction à opérer selon que le licenciement est fondé directement ou indirectement sur des motifs raciaux » (consid. 2/d). Qu'il soit donné à cause de la couleur de la peau ou à cause de soupçons de vols fondés sur la couleur de la peau, le congé demeure abusif.

Affaire « saint-galloise »

Le 8 novembre 1999, le Tribunal d'arrondissement de Saint-Gall a également rendu un jugement sur la question des congés « représailles » au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO¹⁵⁶. Dans cette affaire, le Tribunal a reconnu comme abusif le licenciement d'un collaborateur juif qui avait demandé à son employeur que soit proscrite la désignation, courante chez les peintres en bâtiment, des surfaces mal peintes de « Juif ». Le Tribunal a admis que l'art. 328 CO imposait à l'employeur de faire cesser de telles coutumes dans son entreprise.

Affaire « lausannoise »

Le 10 juin 2005 le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rendu un arrêt dans une affaire concernant le refus par un établissement médico-social d'embaucher une aide-infirmière noire¹⁵⁷. A l'occasion de l'entretien fixé en vue d'une éventuelle embauche, l'administratrice de l'EMS en question avait ouvertement affirmé ne pas pouvoir engager la candidate au motif que sa couleur de peau pouvait faire peur à certains résidents. L'infirmière s'est alors adressée au Tribunal des prud'hommes en demandant la constatation de la violation de sa personnalité au sens de l'art. 328 CO ainsi que le versement d'une indemnité en réparation du tort moral subi.

Selon le Tribunal lausannois, « [l]a doctrine et la jurisprudence admettent que cette disposition impose des obligations à l'employeur dès l'entretien d'embauche » (consid. A). L'art. 328 CO garantit dès lors à chaque candidat une protection contre tout comportement discriminatoire portant atteinte à sa personnalité. En l'espèce, le Tribunal retient que « opérer une distinction en raison de la race sans motifs objectifs – [...] ne voyant au demeurant pas dans quels cas une telle distinction pourrait être justifiée objectivement [...] – viole les droits de la personnalité d'une personne de couleur [...] » (consid. B.c). Quant aux conclusions de la demanderesse, l'action en constatation de l'atteinte n'est pas recevable dans la mesure où la loi ne la prévoit pas. En revanche, en

¹⁵⁶ JAR 2000, p. 178.

¹⁵⁷ T304.021563, JAR 2006, p. 531.

vertu de l'art. 49 al. 1 CO, une atteinte illicite à la personnalité donne droit à une réparation morale. Dans le cas d'espèce, l'indemnité est accordée étant généralement admis que les considérations liées à la race constituent un tort sérieux sur le plan personnel (consid. C).

Affaire « zurichoise »

Enfin, dans un autre arrêt cantonal, rendu le 13 janvier 2006 par le Tribunal des prud'hommes de Zurich¹⁵⁸, l'affaire jugée concerne une situation en amont à celle de l'embauche et plus particulièrement la phase des pourparlers contractuels. Le litige porte sur une offre d'emploi d'une entreprise de nettoyage qui s'adresse uniquement aux ressortissants de certains pays et exclut expressément les personnes originaires des Balkans. Dans un échange de mails avec l'office de placement ayant proposé la candidature de Z., une dame d'origine macédonienne, l'entreprise en question tient des propos ouvertement xénophobes à l'encontre des personnes en provenance des Balkans et des musulmans en général. Sur conseil de l'office de placement, Z. fait valoir devant les prud'hommes la violation de sa personnalité en vertu des articles 28 CC et 328 CO ainsi que la responsabilité de l'entreprise dans la période précontractuelle (*culpa in contrahendo*).

Selon le Tribunal zurichois, la question de savoir si l'art. 328 CO s'applique déjà pendant les pourparlers est controversée en doctrine (consid. 5.1). Il construit dès lors son raisonnement autour de la question des droits et des obligations qui incombent aux parties dès le début des négociations contractuelles, correspondant à la publication de l'offre d'emploi (consid. 5.2/a). En vertu du principe de la bonne foi, notamment, les parties qui conviennent de négocier un contrat sont soumises à un devoir de diligence accru, elles sont autrement dit tenues de se comporter de manière à ne pas porter atteinte à un bien juridique dont le partenaire est titulaire. Ce droit bénéficie à toutes les personnes à la recherche d'un emploi, peu importe que leur profil corresponde ou non aux exigences de l'employeur (consid. 5.2/f). La présélection des candidats fondée sur l'origine n'étant, dans le cas d'espèce, pas justifiée par des motifs objectifs¹⁵⁹, en lien par exemple avec l'activité proposée (consid. 5.4), et les propos tenus par l'entreprise étant de nature à rabaisser et dénigrer les membres d'une ethnie et d'une religion, le Tribunal conclut à une atteinte particulièrement grave et multiple à la personnalité de la candidate (consid. 5.6/f-i). L'entreprise a totalement manqué à son devoir de diligence et, sur la base de la *culpa in contrahendo*, a par conséquent été condamnée à verser l'indemnité demandée.

Compte tenu du nombre limité d'arrêts rendus dans ce domaine, il ne paraît pas opportun de procéder à une analyse détaillée de la jurisprudence selon les critères utilisés dans le cadre du droit pénal. Il serait en effet impossible de récolter les informations permettant de tirer des conclusions pertinentes en termes d'accès à la justice en cas de discrimination raciale dans le monde du travail. A ce stade, nous nous limiterons à ce constat. Il s'agira par la suite de faire état, d'une part, des critiques émises par la doctrine au sujet du cadre légal actuellement en place et, d'autre part, de la procédure applicable, pour pouvoir finalement rechercher les raisons liées à cette situation et donc identifier les facteurs qui entravent l'accès à la justice.

¹⁵⁸ AN 050401/U 1, Plädoyer 2/2006.

¹⁵⁹ On ne voit en outre pas quels motifs « objectifs » pourraient être invoqués, comme l'a par ailleurs relevé à juste titre le Tribunal des prud'hommes lausannois dans l'affaire mentionnée ci-dessus, au consid. B.c.

1.3. Discrimination en matière de bail à loyer

Le droit à un logement convenable est reconnu par de nombreux instruments du droit international relatif aux droits de l'homme et fait partie des buts sociaux inscrits à l'article 41 alinéa 1 lettre e de la Constitution fédérale. Parmi les critères utilisés pour définir le caractère convenable d'un logement figurent, entre autres, l'accès non discriminatoire et dans des conditions d'égalité à un logement, ainsi que le respect de l'identité culturelle de ses occupants¹⁶⁰. « La discrimination raciale exercée dans le cadre de la location d'un logement nuit sensiblement à la qualité de vie »¹⁶¹. Il n'est toutefois pas rare que des personnes soient victimes d'inégalités de traitement injustifiées, de propos racistes ou même de violences, de la part de voisins¹⁶² ou du bailleur, comme en témoigne régulièrement le rapport annuel de monitoring des incidents racistes du Réseau de consultations pour les victimes du racisme¹⁶³. Les actes de racisme peuvent se manifester aussi bien dans la phase de recherche d'un logement (annonces, présélection et refus discriminatoires), dans la détermination du contenu du contrat (montant du loyer), pendant les rapports de location à proprement parler (conflits raciaux entre voisins, négligence du devoir de protection du bailleur), qu'au moment de la résiliation du bail (comportements racistes par le bailleur)¹⁶⁴.

Dans le domaine du bail à loyer aussi, la *protection de la personnalité* inscrite dans le droit civil représente un important instrument de lutte contre la discrimination raciale entre particuliers, opposable à la liberté dans le choix du partenaire contractuel dont dispose en principe le bailleur. Par conséquent, les considérations au sujet de la notion de personnalité et de celle d'atteinte à la personnalité faites dans le contexte du marché du travail¹⁶⁵ valent, *mutatis mutandis*, également pour les rapports de location.

Parmi les dispositions pertinentes en cas de discrimination raciale en lien avec le marché du logement figure ainsi tout d'abord l'article 28 CC, qui peut être invoqué lorsque la location d'un appartement est refusée uniquement sur la base d'une composante raciale ou ethnique. Le fait de recourir à un tel critère de distinction sans justification objective (intérêt prépondérant) constitue une violation de la personnalité. « En effet, refuser de conclure un contrat avec une personne en raison d'une caractéristique élémentaire de sa personnalité revient à rabaisser cette personne et à la dénigrer »¹⁶⁶. A titre de réparation morale, la personne concernée peut demander un dédommagement (art. 49 CO), mais ne pourra pas exiger l'attribution du logement en question.

Le bailleur qui adopte des comportements racistes envers son locataire porte non seulement atteinte à la personnalité du locataire au sens de l'article 28 CC, mais viole également le principe

¹⁶⁰ HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Le droit à un logement convenable*, fiche d'information sur les droits de l'homme n° 21/Rév 1, Genève 2010, p. 3 ss.

¹⁶¹ SLR, *Guide juridique*, p. 118.

¹⁶² Dans le cadre des conflits de voisinage, peuvent être invoqués, en plus des dispositions sur les défauts de la chose louée (art. 258 ss CO), les articles du Code civil en lien avec les droits du voisinage (art. 679 et 684 CC). Les situations visées ne sont toutefois pas les mêmes, le CC règle les cas de nuisances provenant d'un bien-fonds voisin et donne la possibilité au locataire victime des nuisances d'agir directement contre le propriétaire du fonds voisin. Alors que pour les voisins habitant dans le même immeuble il n'y a que le droit du bail qui s'applique. Mathias BIRRER, *Nachbarrecht. Handbuch für Eigentümer und Mieter. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, Zurich 2003, p. 156 ss ; David LCHAT, *Le bail à loyer*, Genève 2008, p. 246 s.

¹⁶³ Cf. note 135 ci-dessus. Voir aussi, pour information, le paragraphe ci-dessus (ch. II.2.2) consacré à cette question dans l'étude des cas cantonaux en matière d'infraction à l'art. 261bis CP.

¹⁶⁴ NAGUIB et al., n° 444 s.

¹⁶⁵ Voir le ch. III.1.2.

¹⁶⁶ SLR, *Guide juridique*, p. 123.

général de la *bonne foi* énoncé à l'article 2 alinéa 1 CC. Les règles de la bonne foi commandent à toute partie à un contrat de faire preuve de loyauté et d'honnêteté l'une envers l'autre en vertu du rapport de confiance inhérent à la relation contractuelle existante.

Toujours conformément au principe de la bonne foi, si le bailleur manque de protéger le locataire contre des actes racistes (commis par les voisins, des tiers ou le bailleur lui-même), il y a lieu de considérer que la chose louée est entachée d'un défaut au sens des articles 258 ss CO. La notion de défaut est une notion relative et représente l'écart entre l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée (usage convenu, art. 256 al. 1 CO) et l'état réel de la chose : « il y a ainsi défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu »¹⁶⁷. La loi distingue les défauts selon leur intensité et y attache « différentes conséquences sur les droits et les obligations des parties »¹⁶⁸ (art. 259 ss CO). Le défaut peut être mineur (éliminable par des menus travaux de nettoyage ou réparation, art. 259 CO), de moyenne importance (restreint l'usage pour lequel la chose a été louée sans l'exclure ni l'entraver considérablement, art. 259b let. b CO) ou grave (exclut ou entrave considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée, art. 259b let. a CO).

« Des attaques racistes graves et réitérées constituent, au regard du droit du bail, un défaut grave de la chose louée étant donné que les intérêts vitaux de la personne concernée sont menacés, notamment la santé et la protection de la famille. En cas de paroles, d'actes de violence et autres brimades racistes réitérés (contrainte, menace, diffamation, dommages à la propriété), il ne peut être fait usage du logement locatif conformément au contrat »¹⁶⁹. Les défauts ne sont donc pas uniquement d'ordre matériel, mais peuvent également prendre la forme de perturbations entravant la jouissance de la chose louée.

S'agissant d'une obligation contractuelle, la responsabilité du bailleur est objective et causale, c'est-à-dire indépendante de toute faute. « Le bailleur doit protéger le locataire contre les dérangements de tiers. Cette obligation existe alors même que le locataire dispose de moyens de défense propres »¹⁷⁰.

Les incidents racistes représentent un défaut subséquent, c'est-à-dire apparaissant « pendant le bail »¹⁷¹ (art. 259 CO). Si le défaut n'est pas imputable au locataire et que celui-ci n'est pas tenu d'y remédier, le bailleur doit le supprimer dans un délai convenable, déterminé d'après les circonstances d'espèce¹⁷². Si le bailleur n'intervient pas dans ce délai bien qu'il ait connaissance du défaut, le locataire dispose d'un certain nombre de droits (art. 259a ss CO) qu'il peut faire valoir en fonction de l'intensité du défaut. Conformément à l'article 259b let. a CO, le locataire d'un bien immobilier victime d'un défaut grave – parmi lesquels figurent comme on l'a vu les comportements racistes – peut aller jusqu'à résilier le contrat de manière anticipée. Selon la lettre de la loi, il ne s'agit que d'une faculté, le locataire peut aussi bien décider de maintenir le bail et demander

¹⁶⁷ ATF 135 III 345, consid. 3.2 avec les références.

¹⁶⁸ Carole AUBERT, in : François BOHNET / Marino MONTINI (éd.), *Droit du bail à loyer : Commentaire pratique*, Bâle 2010, art. 258 CO n° 39.

¹⁶⁹ SLR, *Guide juridique*, p. 126. Cf aussi NAGUIB et al., n° 517 ss. Dans le même sens voir aussi AUBERT, art. 258 CO n° 40 et David LACHAT, in : Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I (CoRo CO-I)*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 258 CO n° 7.

¹⁷⁰ AUBERT, art. 258 CO n° 30.

¹⁷¹ Plus précisément « après la délivrance de la chose », selon AUBERT, art. 258 CO n° 43.

¹⁷² « [P]lus le défaut est grave, plus le bailleur doit y remédier rapidement ». *Idem*, art. 259b CO n° 7.

au bailleur la remise en état de la chose louée (réparations ou interventions auprès de tiers), voire demander au juge d'ordonner au bailleur de réparer les défauts graves (art. 259b let. b CO)¹⁷³.

Le principe général de la bonne foi est désormais ancré de manière explicite également dans le droit du bail. « Cas d'application de l'art. 2 al. 1 CC »¹⁷⁴, l'article 271 alinéa 1 CO prévoit l'annulabilité du congé en cas de violation de la bonne foi¹⁷⁵. Bien que cette disposition ne précise pas l'auteur du congé, il est néanmoins admis qu'elle représente surtout une « mesure de protection sociale du locataire contre les résiliations abusives »¹⁷⁶.

La résiliation du bail contrevient aux règles de la bonne foi lorsqu'elle ne repose sur aucun intérêt objectivement sérieux, consacre une attitude déloyale, résulte d'une disproportion manifeste des intérêts en présence ou lorsque les motifs allégués constituent un prétexte¹⁷⁷. La doctrine¹⁷⁸ range les motivations racistes dans cette dernière catégorie, car le congé signifié sur cette base poursuit un but indigne de protection et fait figure de prétexte. De toute manière, l'appréciation se fait « de cas en cas, eu égard à l'ensemble des circonstances, notamment à la motivation du congé et à l'historique des relations contractuelles »¹⁷⁹.

L'art. 271 al. 2 CO prescrit que la motivation du congé doit être fournie si l'autre partie le demande. C'est le moyen par lequel le destinataire du congé va pouvoir décider, en toute connaissance de cause, si la résiliation peut être contestée au sens de 271 al. 1 CO. « Des indications mensongères [...] n'affectent toutefois pas la validité du congé, dès lors que la motivation du congé n'est pas une condition de validité de celui-ci »¹⁸⁰. Elles pourront néanmoins constituer un « indice sérieux que le motif réel du congé est contraire à la bonne foi »¹⁸¹. Conformément aux règles relatives au fardeau de la preuve, c'est au destinataire du congé de démontrer que le motif du congé contrevient aux règles de la bonne foi (art. 8 CC)¹⁸².

En cas de contrat de bail au contenu ouvertement discriminatoire, il y a la possibilité de faire valoir les articles 19 et 20 CO en tant que *limites à la détermination de l'objet du contrat*. Ces dispositions sanctionnent, par la nullité, les clauses contractuelles illicites, contraires aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. Dans le même cas de figure, il est aussi possible de se prévaloir directement des dispositions civiles sur la *protection contre les engagements excessifs* (art. 27 CC). La doctrine dominante considère néanmoins que dans ce cas la violation des droits de la personnalité n'entre en ligne de compte que de manière subsidiaire par rapport aux articles 19 et 20 du CO¹⁸³. Si le problème se situe au niveau du montant du loyer, qui

¹⁷³ Voir AUBERT, art. 259b CO n° 11 ss et 22 ainsi que LCHAT, CoRo CO-I, art. 259b CO n° 7.

¹⁷⁴ LCHAT, *Le bail à loyer*, p. 733.

¹⁷⁵ Voir dans ce sens l'ATF 120 II 31, consid. 4a, qui précise que le droit du bail « écarte le principe de la nullité absolue des congés abusifs, mais il admet qu'ils soient annulables, principalement lorsqu'ils sont chicaniers ».

¹⁷⁶ LCHAT, CoRo CO-I, art. 271 CO n° 1 ss.

¹⁷⁷ LCHAT, *Le bail à loyer*, p. 733-734. Pour des exemples pratiques relatifs à ces différents cas de figure, voir également Philippe CONOD, in : François BOHNET / Marino MONTINI (éd.), *Droit du bail à loyer : Commentaire pratique*, Bâle 2010, art. 271 CO n° 7 ss et LCHAT, CoRo CO-I, art. 271 CO n° 7.

¹⁷⁸ Voir CONOD, art. 271 CO n° 13 et LCHAT, CoRo CO-I, art. 271 CO n° 7 *in fine*.

¹⁷⁹ LCHAT, CoRo CO-I, art. 271 CO n° 7.

¹⁸⁰ CONOD, art. 271 CO n° 13.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Selon le TF, « [i]l n'est pas nécessaire que l'attitude de l'auteur de la résiliation puisse être qualifiée d'abus de droit "manifeste" au sens de l'art. 2 al. 2 CC ». ATF 120 II 31, consid. 4a.

¹⁸³ NAGUIB et al., n° 498 avec les références.

a par exemple été augmenté de manière considérable en raison de l'origine ou des convictions religieuses du locataire, les dispositions spéciales du droit bail concernant les loyers abusifs trouvent application (art. 269 ss CO).

Force est toutefois de constater que les éléments ci-dessus constituent des exemples théoriques formulés par la doctrine par voie d'interprétation. A ce jour, il n'y a en effet à notre connaissance pas d'exemples jurisprudentiels qui puissent étayer ces considérations en matière de discrimination raciale. Malgré le nombre assez élevé d'incidents recensés par les centres de consultation, les cas de discrimination raciale en lien avec le marché du logement ne seraient pas portés devant le juge civil. Ce constat nous empêche de tirer de la pratique les informations nécessaires pour évaluer l'accès à la justice en cas de discrimination raciale dans le domaine du bail. Pour pouvoir avancer des hypothèses à ce sujet et comprendre où se situent les éventuels obstacles, il faudra, comme dans le cas du domaine de l'emploi, exposer les critiques émises par la doctrine au sujet du cadre légal actuel et ensuite analyser la procédure applicable.

1.4. Lacunes et critiques de la doctrine

Travail et logement représentent incontestablement des aspects fondamentaux de l'existence ainsi que des domaines clés du point de vue de l'intégration sociale. Il convient dès lors de donner à ces secteurs une priorité élevée dans la lutte contre la discrimination raciale. De ce fait, la doctrine considère de manière unanime comme problématique l'absence en droit privé de normes interdisant explicitement la discrimination raciale dans les relations de travail et les rapports de location.

Les carences déplorées sont importantes et comportent de multiples facettes.

Tout d'abord, les normes de référence étant dans l'ensemble des règles générales du droit privé, leur champ d'application est nécessairement vague en matière d'interdiction des discriminations dans les relations entre particuliers et l'incertitude quant à la portée de ces dispositions dans ce domaine est d'autant plus grande. Par conséquent, en droit privé « [l']absence d'interdictions expresses génère une insécurité juridique considérable »¹⁸⁴.

L'approche limitée au droit pénal présente quant à elle le désavantage de se concentrer sur les formes graves et publiques de racisme, au détriment de la lutte contre des formes de discrimination plus subtiles ou moins visibles.

Il y a aussi lieu de constater que, en droit privé, la protection juridique varie en fonction de la phase concernée du rapport contractuel de travail (embauche, relation de travail, licenciement) ou de bail (recherche de logement, détermination du contenu du contrat de bail, rapport de location à proprement parler, résiliation). La doctrine critique notamment l'applicabilité partielle des articles relatifs à la protection de la personnalité aux différentes phases du rapport de travail.

Les dispositions pertinentes du droit civil et du droit des obligations ne décrivent en outre pas de manière suffisamment précise les conséquences juridiques (à l'exception des congés abusifs en droit du travail et en droit du bail), de sorte que les voies de droit relevant de ces domaines ne sont pratiquement pas utilisées. Selon la Commission fédérale contre le racisme, les clauses générales du droit privé ne remplissent pas la fonction dissuasive propre à la protection juridique contre la discrimination raciale. En effet, « [p]our que l'effet préventif s'exerce, il faut [...] que les sujets de droit connaissent les interdictions et les sanctions »¹⁸⁵. Les victimes d'actes discrimina-

¹⁸⁴ CFR, p. 10.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 15.

toires vont alors plutôt recourir à la voie pénale, moins méconnue, mais inadaptée pour sanctionner des actes racistes commis entre partenaires contractuels.

En conclusion, la doctrine estime que « les normes juridiques et clauses générales actuelles ne constituent guère une protection efficace »¹⁸⁶ et complète. D'un point de vue matériel, le dispositif juridique actuellement en place n'est donc pas en adéquation avec une action anti-discrimination incisive.

2. Droit procédural

2.1. Remarques liminaires

Dans la mesure où, comme nous l'avons déjà mentionné, il n'existe pour ainsi dire pas de jurisprudence fédérale (à peut-être une exception près) rendue sur des cas de discrimination raciale en matière de droit du bail ou de droit du travail, cette partie relative aux questions de procédure ne peut s'analyser qu'abstraitement, au regard des règles de la procédure civile, désormais unifiée au niveau fédéral.

En l'occurrence, il s'agit d'étudier principalement les dispositions pertinentes du Code de procédure civile (CPC)¹⁸⁷ et de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF). L'art. 1 let. a du CPC précise qu'il s'applique notamment « aux affaires civiles contentieuses », parmi lesquelles figurent les actions découlant d'un contrat¹⁸⁸ de travail ou de bail. La LTF donne la compétence au Tribunal fédéral de se prononcer sur les décisions rendues en matière civile (art. 72 ss LTF).

Le Code de procédure civile prévoit trois types de procédures différentes : la procédure ordinaire (art. 219 à 242 CPC) ; la procédure simplifiée (art. 243 à 247 CPC) et la procédure sommaire (art. 248 à 270 CPC). Ces nouvelles procédures permettent d'adapter le plus possible le déroulement du procès « à la nature du litige et aux parties en cause »¹⁸⁹.

Aussi, en tant que procédure « de base » ou « classique », la procédure ordinaire est réservée aux affaires importantes d'un point de vue patrimonial ainsi qu'aux litiges (non patrimoniaux) auxquels les autres types de procédure ne s'appliquent pas. La procédure ordinaire se compose d'une suite de phases procédurales très techniques et formelles, où prédomine l'initiative des parties (maxime des débats, principe de disposition).

Les deux autres procédures, en revanche, sont plutôt destinées aux affaires courantes qui représentent « le quotidien des tribunaux »¹⁹⁰. Pour répondre à cet impératif d'accessibilité, dans la procédure simplifiée et dans la procédure sommaire, souplesse et rapidité sont de mise. Elles se caractérisent notamment par des actes de procédure et un déroulement peu formalisés, un rôle plus actif du juge dans la conduite du procès et une limitation des frais. Grâce à cette pluralité de procédures, la flexibilité est assurée.

S'agissant plus précisément du champ d'application, la procédure ordinaire, réglementée aux art. 220 ss CPC, traite des affaires dont la valeur litigieuse dépasse les CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC *a contrario*), des litiges pour lesquels sont compétents soit une instance cantonale unique au sens des art. 5 et 8 CPC, soit un Tribunal de commerce au sens de l'art. 6 CPC (art. 243

¹⁸⁶ *Idem*, p. 5.

¹⁸⁷ Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, RS 272.

¹⁸⁸ François BOHNET, *Procédure civile*, Collection Les Abrégés, Bâle 2011, p. 11.

¹⁸⁹ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, 6863.

¹⁹⁰ *Idem*, 6953.

al. 3 CPC), ainsi que des affaires non patrimoniales¹⁹¹. Par opposition, la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) s'applique aux causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.-, mais aussi aux litiges énumérés à l'art. 243 al. 2 CPC (domaines particulièrement sensibles du droit privé social), cette fois-ci indépendamment de la valeur litigieuse. Enfin, la procédure sommaire concerne uniquement les cinq domaines d'application figurant aux art. 248 ss CPC.

Toutefois, les incidents à caractère raciste peuvent concerner une multitude de situations ayant trait aux domaines du droit du bail et du droit du travail. Le type de procédure applicable dépendra nécessairement des bases légales applicables¹⁹² et du cas d'espèce.

2.2. Qualité pour agir en justice et conditions de recevabilité

En droit civil, la qualité pour agir en justice est liée à la capacité d'être partie à la procédure, laquelle découle de la jouissance des droits civils (art. 66 CPC). Pour ester en justice, il faut en revanche disposer de l'exercice des droits civils (art. 67 CPC), c'est-à-dire être majeur et capable de discernement (cf. art. 11 ss du Code civil). Pour que l'action en justice soit recevable, il faut en outre que le demandeur ou le requérant ait un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC).

Un autre point important à considérer est celui de la légitimation. Bien que relevant du droit matériel, cette notion sert à définir le titulaire de la prétention¹⁹³. Une fois la titularité vérifiée, il s'agit d'identifier la procédure applicable. Pour ce faire, il convient de différencier les actions patrimoniales de celles non patrimoniales. Cette distinction relève de la nature du droit invoqué (fondement de l'action) et est directement liée à l'objet de l'action, à savoir ce qui est demandé dans les conclusions. Ainsi, au sens de l'art. 28a al. 1 CC, par exemple, la victime d'une atteinte à la personnalité (refus d'embauche ou de location pour des motifs raciaux ou ethniques) pourra notamment requérir que le juge constate le caractère illicite de cette atteinte (voire la prévienne ou la fasse cesser). Compte tenu de l'objet de l'action, le litige en question sera de nature non patrimoniale et par conséquent la procédure ordinaire sera applicable. Si, en revanche, les conclusions portent (aussi) sur le paiement d'une somme d'argent, en tant que dommages-intérêts (art. 41 CO) ou indemnité pour tort moral (art. 49 CO), l'action aura une nature patrimoniale puisqu'elle présente une valeur litigieuse. C'est notamment le cas d'une action en réparation du tort moral d'un travailleur qui, ayant subi des attaques racistes constituant une atteinte à sa personnalité, invoque l'art. 328 CO ou qui, ayant été licencié en raison de sa couleur de peau (motif abusif), se prévaut des art. 336 ss CO.

Une fois définie la nature de l'action, c'est la question du montant de la valeur litigieuse¹⁹⁴ qui entre en jeu. En effet, celui-ci est souvent déterminant en matière de procédure applicable. La règle veut que la procédure ordinaire s'applique lorsque la valeur litigieuse dépasse les CHF 30'000.-, alors que si cette valeur est inférieure ou égale à ce montant, ce sera la procédure simplifiée qui s'appliquera (art. 243 al. 1 CPC).

¹⁹¹ BOHNET, *Procédure civile*, p. 180.

¹⁹² Pour une analyse approfondie des différentes actions civiles, voir François BOHNET, *Actions civiles, conditions et conclusions : personnes, famille, successions, droits réels, responsabilité civile, contrats, poursuite pour dettes et faillite*, Bâle 2014, spéc. § 2, 70, 75, 88 et 90.

¹⁹³ BOHNET, *Procédure civile*, p. 90 et 93.

¹⁹⁴ La valeur litigieuse est fixée sur la base des articles 91 ss CPC. Elle correspond généralement aux conclusions chiffrées de la demande ou à l'estimation objective du montant correspondant. Pour ce qui est des principes régissant le calcul de la valeur litigieuse, voir BOHNET, *Procédure civile*, p. 40 ss.

Cette règle souffre cependant de quelques exceptions, qui visent à tenir compte des « domaines particulièrement sensibles du droit privé social »¹⁹⁵, parmi lesquels le législateur classe certaines situations ayant trait au droit du bail. Ainsi, conformément à l'art. 243 al. 2 let. c CPC, la procédure simplifiée s'applique « aux litiges portant sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles en ce qui concerne la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme », ceci indépendamment du montant de la valeur litigieuse. Par rapport à la problématique de la discrimination raciale, ces exceptions concernent les actions fondées sur les art. 269 ss CO (protection contre les loyers abusifs) ou sur les art. 271 s CO (annulation du congé du contrat de bail contraire à la bonne foi).

Quant à la procédure sommaire, conformément à l'art. 248 let. d CPC, elle s'appliquera aux cas de discrimination raciale dans l'hypothèse où la victime d'une atteinte à la personnalité fondée sur la race préférera obtenir la sauvegarde de ses droits par la voie des mesures provisionnelles. En effet, « en cas d'atteinte illicite à la personnalité, il est fréquent de débiter la procédure par une requête de mesures provisionnelles »¹⁹⁶ pour faire interdire ou cesser le trouble.

Contre la décision de première instance, l'intéressé peut faire appel (art. 308 ss CPC) ou faire recours (art. 319 ss CPC). Pour faire appel, on retrouve une condition de valeur litigieuse minimale dans le cadre des affaires patrimoniales ; l'appel n'est recevable que si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions atteint au minimum CHF 10'000.-.

Au niveau du recours auprès du Tribunal fédéral, les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont plus exigeantes (art. 76 LTF). Il faut bien sûr avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente (ou éventuellement avoir été privé de le faire), mais il faut également un intérêt juridique (et pas seulement un intérêt digne de protection) à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. En outre, la condition de la valeur litigieuse minimale s'élève, dans les affaires pécuniaires, à CHF 15'000.- en matière de droit du travail et de droit du bail. Cette exigence de la valeur litigieuse connaît une exception lorsqu'il s'agit d'une question juridique de principe.

2.3. Qualité pour recourir indépendante pour les associations, organisations et personnes morales

Contrairement au droit pénal et de manière générale, le droit civil n'exclut pas de la procédure les personnes morales, associations ou autres organisations. L'art. 89 CPC prévoit que les « associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe ». L'action des organisations visant à protéger des intérêts collectifs a précisément été introduite, en tant qu'institution générale, par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre de la protection de la personnalité au sens de l'art. 28 CC¹⁹⁷. Elle a par la suite été formellement consacrée dans des lois, en particulier de droit administratif spécial, telles que la loi sur la protection des marques (LPM), la loi contre la concurrence déloyale (LCD) et la loi sur l'égalité (LEg). Toutefois, en droit privé, comme en droit administratif, le législateur n'a reconnu l'action collective qu'à titre excep-

¹⁹⁵ FF 2006 6841, 6954.

¹⁹⁶ BOHNET, *Actions civiles*, § 2 n° 11.

¹⁹⁷ Voir le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (FF 2006 6841, 6901) qui renvoie aux ATF 73 II 65, 114 II 345 et 125 III 82.

tionnel, (ré)affirmant par-là que « que *la protection des intérêts individuels* est le fondement du droit de procédure suisse et européen »¹⁹⁸.

Ainsi, dans le cadre de l'art. 89 CPC notamment, plusieurs conditions régissent l'action des organisations :

- la protection de la personnalité reste le seul motif d'action des organisations (sauf dans le cas de lois spéciales réservant cette action à d'autres domaines spécifiques) ;
- l'association ou l'organisation qui entend agir doit être « d'importance nationale ou régionale », évitant ainsi que des groupements soient constitués *ad hoc* dans le seul but de mener un procès ;
- « [l]a qualité pour agir de l'organisation ne dépend pas de celle des personnes lésées. Elle ne doit donc pas prouver qu'une personne concernée pourrait également agir »¹⁹⁹ ;
- le terme « organisation » s'entend au sens large et comprend notamment les fondations²⁰⁰ ou les sociétés coopératives. Cela implique qu'une organisation ne doit pas nécessairement avoir des membres pour pouvoir agir. L'action doit viser la protection « des intérêts de groupes de personnes déterminés » ;
- la protection de ces intérêts doit être expressément mentionnée dans les statuts de l'organisation²⁰¹.

L'art. 89 al. 2 CPC prévoit en outre que les associations ou organisations ne peuvent agir qu'en interdiction, en cessation, ou en constatation d'atteintes à la personnalité. Elles ne peuvent donc pas demander des dommages-intérêts ou des indemnités pour tort moral pour le compte des personnes lésées, par exemple. Pour ce type de prétentions, l'action ne peut se faire qu'individuellement. Si l'organisation a des prétentions propres, elle pourra en revanche les faire valoir²⁰².

2.4. Maxime des débats et maxime inquisitoire sociale

La procédure civile est en principe régie par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC). Cela signifie que ce sont les parties qui se chargent de l'établissement des faits. Elles allèguent les faits pertinents pour fonder leurs prétentions et doivent produire les preuves qui s'y rapportent.

L'art. 247 CPC connaît toutefois une exception à ce principe général. Dans certains cas particuliers prévus par l'alinéa 2 de cette disposition, c'est la maxime inquisitoire sociale²⁰³ qui prévaut. Il s'agit par exemple des cas où l'on se trouve dans une procédure simplifiée, des affaires visées à l'art. 243 al. 2 (parmi lesquelles figurent notamment les litiges portant sur la protection contre les loyers abusifs, les congés voire la prolongation du bail à loyer) ou des litiges de droit du bail ou de droit du travail dans lesquels la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. Contrairement au texte même de l'art. 247 al. 2 CPC, le Tribunal n'établit pas les faits d'office mais agit comme dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale. Cela signifie que le juge doit non seulement ren-

¹⁹⁸ FF 2006 6841, 6901 (souligné dans le message).

¹⁹⁹ *Idem*, 6902.

²⁰⁰ Pour un exemple de recours d'une fondation auprès du Tribunal fédéral, voir l'ATF 138 III 641 examiné dans la partie relative au droit pénal (ci-dessus, ch. II.2.3.2).

²⁰¹ Pour ces différentes conditions, voir le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, 6901-6902.

²⁰² *Idem*, 6902.

²⁰³ BOHNET, *Procédure civile*, p. 216.

de les parties attentives aux oublis ou aux déficiences des allégués ou des preuves (devoir d'interpellation renforcé, art. 247 al. 1 CPC), mais aussi qu'il doit « retenir des faits non formellement allégués mais qui résultent des preuves administrées » et qu'il peut « ordonner toute preuve non proposée par les parties ». Concrètement cela implique, dans le cas d'une contestation de la résiliation de bail par exemple, que le juge devra rendre le locataire attentif au fait qu'il lui revient de prouver le caractère abusif du congé, ou encore que le juge pourra décider d'entendre des témoins, sans que le locataire ne l'ait demandé, pour vérifier les intentions du bailleur²⁰⁴.

Par ailleurs et bien que ces précisions sortent de la question de la maxime applicable au sens strict, il convient encore de mentionner, qu'au stade des conclusions en procédure civile, le principe de disposition s'applique (art. 58 al. 1 CPC). Le juge est donc en principe tenu par les conclusions des parties et ne peut pas aller au-delà. Cependant, dans certains litiges relevant de l'ordre public et lorsque des dispositions légales le prévoient explicitement, la maxime d'office s'applique. Le juge peut alors accorder aux parties autre chose que ce qu'elles demandent. En matière de bail, il s'agit par exemple du cas où le juge est saisi d'une demande en annulation du congé qu'il rejette. Il doit alors d'office se prononcer sur la question de la prolongation du bail²⁰⁵.

2.5. Répartition du fardeau de la preuve

En droit civil, le fardeau de la preuve est réglé à l'art. 8 CC qui a la teneur suivante : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ».

Pour ne pas imposer un trop lourd fardeau au demandeur – qui serait dans notre cas la personne victime de discrimination –, cette règle est nuancée. Cela signifie que le demandeur ne supporte le risque d'échec de la preuve que pour les « faits générateurs » qu'il allègue, c'est-à-dire les faits « nécessaires à la naissance du droit invoqué ». Le défendeur pourra contester ces faits et, s'il soulève des objections, il lui reviendra alors de les démontrer²⁰⁶.

Lorsque la loi prévoit que les faits doivent être établis d'office, le Tribunal administre aussi les preuves d'office (art. 153 al. 1 CPC)²⁰⁷.

Dans le cas de l'affaire genevoise (licenciement de trois personnes noires), la Chambre d'appel – en s'appuyant sur la doctrine²⁰⁸ – souligne que prouver le caractère abusif d'une résiliation est extrêmement difficile. Il ne suffit en effet pas de contester les motifs invoqués par l'employeur, il faut encore « fournir une preuve positive portant sur des éléments subjectifs » (consid. 3). Les premiers auteurs cités par la Chambre d'appel préconisent donc d'interpréter de manière large les règles applicables en matière de preuve. Il faudrait, selon eux, que les tribunaux admettent des « faisceaux d'indices » ou une très « grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances »²⁰⁹. REHBINDER estime que « le travailleur risque de se trouver le plus souvent en "panne de preuve" » et que si l'employeur ne donne pas le motif de la résiliation, s'il le donne tardive-

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Cf. art. 273 al. 5 CO et BOHNET, *Procédure civile*, p. 225, ainsi que p. 217 pour les cas explicitement soumis à la maxime d'office. Dans le même sens, voir aussi Bernard CORBOZ, Les dispositions générales du CPC, in : Bénédicte FOËX / Nicolas JEANDIN (éd.), *Le Code de procédure civile. Aspects choisis*, Genève 2011, p. 39.

²⁰⁶ BOHNET, *Procédure civile*, p. 226 s.

²⁰⁷ Voir ci-dessus, ch. III.2.4.

²⁰⁸ L'arrêt renvoie à Christiane BRUNNER / Jean-Michel BÜHLER / Jean-Bernard WAEBER, *Commentaire du contrat de travail (selon le code des obligations)*, Berne 1989, art. 336 CO n° 4, ainsi qu'à Manfred REHBINDER, *Berner Kommentar*, Berne 1992, art. 336 CO n° 3.

²⁰⁹ BRUNNER / BÜHLER / WAEBER, art. 336 CO n° 4.

ment, s'il invoque de nouvelles raisons pendant le procès ou encore si les raisons ne semblent pas dignes de foi, il faudrait alors admettre que le congé est abusif. Comme les autres auteurs cités, il est d'avis que dans ce genre de situation, il n'est pas possible de faire autrement que d'accumuler des indices pour démontrer avec le plus haut degré de vraisemblance que le motif de la résiliation est abusif.

2.6. Frais de procédure et indemnités

La définition des frais judiciaires et des dépens est réglée par l'art. 95 CPC, mais le montant de ces frais est fixé par les cantons. La règle de répartition est en revanche déterminée par les art. 106 ss du CPC : les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe.

En matière de procédure de conciliation, la question des frais est régie par le CPC, à l'art. 113. On peut retenir que cette procédure particulière ne connaît pas de dépens (en général), ni de frais dans les affaires de baux et de travail en particulier. L'art. 114 let. c, applicable pour la procédure au fond, contient une règle similaire pour les frais, qui ne sont donc pas perçus, dans les affaires de droit du travail dans les cas où la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.-.

Les quatre arrêts rendus dans le domaine du droit du travail ne contiennent aucune information sur les frais de la procédure.

2.7. Coûts de la représentation en justice et accès à l'assistance judiciaire

Ce sont les art. 117 ss CPC qui traitent de la question de l'assistance judiciaire. Pour obtenir une telle assistance, une double condition prévaut : ne pas disposer de ressources suffisantes et que la cause ne soit pas dépourvue de toute chance de succès.

Dans aucune des quatre affaires (vaudoise, saint-galloise, genevoise ou zurichoise), il n'est fait état d'une demande d'assistance judiciaire.

2.8. Délais pour l'introduction d'une procédure

Pour agir en justice, la personne qui entend faire valoir son droit doit respecter un certain nombre de délais. La doctrine (et la loi, bien que parfois les termes soient confondus) effectuent une distinction entre les délais de déchéance et les délais de prescription.

Si la partie qui veut agir ne respecte pas les délais de déchéance (parfois aussi appelés, de manière moins précise, « délais de péremption »), le juge déclarera la demande irrecevable d'office. En outre, ces délais ne peuvent, sauf exceptions, être ni interrompus, ni prolongés. Dans les domaines qui nous occupent ici (bail et travail), on peut citer l'art. 273 CO qui prévoit un délai de 30 jours pour contester le congé devant l'autorité de conciliation²¹⁰.

En cours d'instance, il existe d'autres délais, de péremption, cette fois. Par exemple, lorsque la conciliation n'aboutit pas, une autorisation de procéder doit être demandée au juge de conciliation. Suite à l'obtention de cette autorisation, le demandeur a alors 3 mois pour agir au fond en droit du travail (art. 209 al. 3 CPC) et le bailleur, ou le demandeur, ont un délai de 30 jours en droit du bail (art. 209 al. 4 CPC)²¹¹.

²¹⁰ BOHNET, *Procédure civile*, p. 145 s.

²¹¹ *Ibidem*.

Les délais de prescriptions servent au défendeur, afin de « paralyser le droit d'action lié à une créance par suite de l'écoulement du temps »²¹². Cela signifie que le juge déclarera la demande mal fondée si le défendeur a soulevé l'exception de la prescription²¹³. Selon si l'on se trouve dans une situation contractuelle ou délictuelle, les délais varient. Il existe d'abord une règle générale, contenue à l'art. 127 CO, puis, dans un cadre contractuel, c'est l'art. 128 CO qui est pertinent, alors qu'en cas d'hypothèse délictuelle, c'est l'art. 60 CO qui s'applique.

L'art. 127 CO, qui consacre la règle générale de prescription en droit civil, prévoit un délai de 10 ans. Dans ce domaine, il existe différents types de créances, dont nous en retiendrons deux, pertinents pour cette étude. Il s'agit de la créance en exécution découlant d'un contrat ou d'un pré-contrat et de la créance en réparation, applicable pour la réparation du tort moral ou du dommage issu du non-respect du contrat²¹⁴. L'art. 128 CO, qui s'applique à un certain nombre de domaines déterminés, et en particulier aux créances en matière de loyer et de salaire, prescrit un délai de 5 ans.

Pour ce qui est des questions délictuelles, c'est-à-dire en dehors de tout rapport de travail et de bail, lorsque la personne introduit une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale, le délai de prescription de l'art. 60 CO est de 1 an seulement (dès le jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par 10 ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit).

Enfin, lorsqu'il existe une créance en réparation du dommage en cas de responsabilité fondée sur la confiance, il s'agit d'une « responsabilité *sui generis* » qui repose sur l'art. 2 CC. Certains auteurs sont d'avis que, sans règle claire, on devrait appliquer le délai de prescription de 10 ans de l'art. 127 CO. Le Tribunal fédéral estime toutefois que c'est le délai de 1 an de l'art. 60 CO qui doit être retenu²¹⁵.

2.9. Durée de la procédure

D'une manière générale et par nature, la procédure civile prend du temps. Chacune des parties présente ses arguments, ses preuves et se prononce sur ceux de l'autre partie²¹⁶. La lenteur et la complexité de la procédure civile ont conduit à un certain nombre de critiques²¹⁷, critiques que le nouveau Code de procédure civile tente de corriger. Il vise à garantir « une procédure simple et adaptée aux besoins de la pratique »²¹⁸ et a ainsi consacré le principe de célérité à ses art. 124 et 125. En outre, les procédures sommaire et simplifiée, dont la seconde a un caractère social, ont été adoptées afin de permettre des procédures rapides. Pour ce faire, différentes phases habituelles en procédure ordinaire (par exemple celle relative à l'ordonnance des preuves) n'existent pas dans la procédure simplifiée.

²¹² Pascal PICHONNAZ, in : LUC THÉVENOZ / FRANZ WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (CoRo CO-I), 2^e éd., Bâle 2012, art. 127 CO n° 1.

²¹³ BOHNET, *Procédure civile*, p. 147.

²¹⁴ PICHONNAZ, art. 127 CO n° 21.

²¹⁵ *Idem*, art. 127 CO n° 22 et 34.

²¹⁶ BOHNET, *Procédure civile*, p. 159.

²¹⁷ A ce propos, voir notamment le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, 6850.

²¹⁸ BOHNET, *Procédure civile*, p. 159.

En pratique, et sur la base des maigres informations contenues dans les trois²¹⁹ affaires de droit du travail, il est possible de retenir ces différents éléments : les cas vaudois et zurichois se sont arrêtés au stade du Tribunal des prud'hommes. Il n'y a donc qu'une décision qui a été rendue, ce qui implique, de fait, des durées de procédures assez courtes. Le cas genevois est en revanche allé jusqu'au TF. Dans les trois affaires, le temps écoulé entre les faits et la décision de première instance varie de 10 mois (cas vaudois) à 18 mois (cas zurichois), en passant par 14 mois (cas genevois).

Dans l'affaire vaudoise (postulation comme aide-soignante dans un établissement médico-social), les faits ont débuté le 3 août 2004 avec la candidature spontanée de l'intéressée. Un entretien d'embauche a eu lieu le 11 août et la candidate a ouvert une action auprès du Tribunal des prud'hommes le 22 septembre 2004. Celui-ci s'est prononcé le 1^{er} juin 2005. Il aura fallu au Tribunal à peine plus de 8 mois pour se prononcer suite à la demande et l'affaire a donc trouvé une issue moins d'un an après les faits.

Dans le cas zurichois (offre d'emploi excluant les ressortissants des Balkans), les faits ont débuté en juillet 2004 avec la publication de l'offre d'emploi auprès d'un office de placement. La demanderesse, une Suissesse d'origine macédonienne, a postulé le 30 août 2004. Le même jour, une conseillère de l'office de placement a confirmé à l'entreprise cette postulation. L'entreprise a répondu à cette offre le 31 août en s'adressant uniquement à la conseillère et en mettant le nom et l'adresse de la demanderesse dans le titre du mail. La date de la demande n'est pas précisée dans le résumé de l'arrêt (qui n'est par ailleurs pas publié). Le Tribunal des prud'hommes de Zurich a toutefois rendu sa décision le 13 janvier 2006, soit environ un an et demi après les faits.

Dans l'affaire genevoise (licenciement de trois personnes noires soupçonnées de vol), les faits se sont déroulés fin octobre 1991, lorsque le chef de vente a informé les trois employés qu'ils seraient licenciés. La date de l'action civile n'est pas connue, mais la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève s'est prononcée le 10 décembre 1992, soit un peu plus d'un an après les faits, et le Tribunal fédéral a rendu son jugement le 11 novembre 1993. L'affaire a donc trouvé une issue définitive deux ans après les événements contestés, ce qui, compte tenu du fait que le cas est allé jusqu'au Tribunal fédéral et en comparaison avec les affaires pénales présentées ci-dessus, est assez rapide.

3. Droit matériel

3.1. En général

Dans les cas de discrimination en matière de travail ou de bail qui nous occupent ici, plusieurs actions civiles sont envisageables pour la personne qui entend faire valoir ses droits. On peut les résumer de la manière suivante :

- En cas d'atteinte à la personnalité, au sens de l'art. 28 CC, la victime peut agir en prévention ou en interdiction de l'atteinte lorsque celle-ci est imminente, en cessation ou en constatation de l'atteinte, lorsque le trouble persiste. En plus de l'une ou l'autre de ces actions, la personne peut demander qu'une rectification de la situation ou le jugement soit publié ou communiqué à des tiers. Ces actions peuvent être de nature non patrimoniale (condamnatoire ou constatatoire) ou de nature patrimoniale, lorsque la victime demande des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral²²⁰.

²¹⁹ L'affaire saint-galloise ne contient aucune indication quant aux dates.

²²⁰ BOHNET, *Actions civiles*, p. 34 ss.

- En matière de bail, en cas de défaut de la chose louée, trois actions principales peuvent être mentionnées : l'action en remise en état de la chose, qui est une action de nature patrimoniale et condamnatoire ; l'action en réduction du loyer, aussi de nature patrimoniale ; et l'action en dommages-intérêts, comme la première, de nature patrimoniale et condamnatoire. Ces trois actions peuvent en outre être combinées²²¹. Lorsque le locataire entend demander l'annulation du congé du contrat de bail (et la prolongation du bail), il a à sa disposition l'action en contestation du congé et/ou en prolongation du bail, au sens des art. 271 ss CO²²².
- Dans le domaine du droit du travail, en cas de violation de la protection de la personnalité du travailleur (au sens de l'art. 328 CO), l'employeur devra notamment réparer les dommages résultant d'une telle violation. Dans ce cadre, le travailleur pourra demander une indemnité pour tort moral, au sens de l'art. 49 CO. Dans certains cas (plutôt rares), des dommages-intérêts ne sont pas exclus pour un futur gain manqué (par exemple dans le cas où l'ancien employeur refuse arbitrairement de communiquer des références à un futur employeur). L'action en réparation du dommage subi est une action de nature patrimoniale et condamnatoire²²³. Dans le cadre d'un licenciement abusif, le travailleur pourra exiger une indemnité s'élevant au maximum à six mois de salaire brut (art. 336 CO). Cette indemnité comprend, en principe, le tort moral, mais il est admis – dans les cas d'atteintes très graves aux droits à la personnalité du travailleur – que cette indemnité soit cumulée avec l'art. 49 CO. L'action en indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail est une action de nature patrimoniale et condamnatoire²²⁴.

3.2. Dans les affaires analysées

Les affaires étudiées dans le cadre de cette étude viennent apporter un éclairage pratique aux différentes actions présentées ci-dessus.

Dans l'affaire vaudoise (postulation comme aide-soignante dans un établissement médico-social), la candidate a pris deux conclusions. La première, constatatoire, consiste à demander au Tribunal des prud'hommes d'établir que le refus de son engagement, fondé sur la couleur de sa peau, constitue une violation de la protection de la personnalité du travailleur, au sens de l'art. 328 CO, ainsi qu'une violation de l'interdiction des discriminations ancrée à l'art. 8 Cst. (cette dernière conclusion ayant toutefois été jugée mal fondée). La seconde conclusion, de nature condamnatoire, demande que la défenderesse soit tenue de verser CHF 10'000.- en réparation du tort moral subi par la demanderesse.

Le Tribunal des prud'hommes rappelle que l'action en constatation est recevable lorsque le demandeur a un intérêt digne de protection. Toutefois, lorsque la constatation ne constitue que le fondement d'une condamnation, et que l'intéressé dispose donc d'une action condamnatoire, il n'y a en principe plus d'intérêt suffisant pour une constatation. Dans cette mesure, le Tribunal est d'avis que la première conclusion de la demanderesse est irrecevable (consid. C.a).

La demande de versement d'une indemnité en réparation du tort moral peut s'appuyer sur l'art. 49 al. 1 CO qui prévoit que « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie

²²¹ *Idem*, p. 871 s.

²²² *Idem*, p. 928.

²²³ *Idem*, p. 1041 s.

²²⁴ *Idem*, p. 1057 s.

et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement ». Il faut non seulement que l'atteinte soit grave, mais encore qu'elle soit ressentie par le travailleur « comme une souffrance morale » (consid. C.b). Toujours selon le Tribunal, « il est notoire que les considérations liées à la couleur de peau d'un individu sont blessantes du simple fait qu'il n'existe aucune raison de discriminer des personnes uniquement sur le critère de la race » (idem). En résumé, le Tribunal estime que « l'atteinte à la personnalité de la demanderesse est avérée et qu'elle est d'une gravité certaine. Elle est illicite, dans la mesure où elle viole les droits de la personnalité et atteint la demanderesse dans sa dignité. Le lien de causalité entre les propos tenus et les conséquences psychiques pour la demanderesse existe manifestement. Enfin, la défenderesse n'a pas réparé le dommage [...]. Les conditions posées à l'art. 49 al. 1 CO sont par conséquent réunies en l'espèce et la demanderesse a droit à réparation du tort moral ». Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge doit user de son pouvoir d'appréciation. Dans le cas d'espèce, le Tribunal a jugé qu'un montant de CHF 5000.- était équitable (et a donc tranché à la moitié de ce qui était demandé).

Dans le cas zurichois (non-engagement de personnes originaires des Balkans), le Tribunal des prud'hommes a estimé qu'il y avait eu non pas une, mais plusieurs atteintes graves à la personnalité de la demanderesse (en raison de son origine, de son ethnie, de son nom et de sa religion) et que la défenderesse avait clairement manqué à ses obligations en vertu du principe de la *culpa in contrahendo*. Dans cette mesure, le canton suit pleinement les conclusions de la demanderesse et lui octroie l'indemnité demandée de CHF 5000.-.

La lecture de l'affaire genevoise (congé abusif des trois travailleurs) ne donne aucune information sur la réparation allouée. Le résumé de l'affaire saint-galloise ne donne pas non plus d'information sur une éventuelle réparation.

Enfin, dans un arrêt, traité dans la partie relative au droit pénal (celui ayant trait à la fondation qui qualifie les propos d'un jeune politicien thurgovien de « racisme verbal » sur son site internet)²²⁵, le TF s'est prononcé aussi sous l'angle civil, dans la mesure où il s'agissait d'une atteinte à l'honneur au sens de l'art. 28 CC. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a confirmé la peine infligée par l'instance inférieure : la fondation s'est vue interdire de continuer à publier sur son site internet ou ailleurs cette information avec le qualificatif de « racisme verbal ». Elle a également dû publier pendant trois mois sur son site internet un communiqué du Tribunal cantonal résumant les conclusions de son arrêt. En revanche, la demande de dommages et intérêts déposée par X. a été rejetée.

4. Synthèse

La première remarque à faire en matière de droit civil est que la jurisprudence dans ce domaine est quasiment inexistante, pour ne pas dire nulle. Dans la mesure où l'on manque clairement de matériel d'analyse, il n'est pas possible de tirer des conclusions claires quant à l'accès à la justice, du moins au niveau procédural. Le problème se situe vraisemblablement en amont, au niveau du droit matériel.

Sur la base de ces éléments, on peut en déduire que les bases légales existantes sont méconues ou mal connues, complexes à manier dans une procédure, trop générales – et donc absolument pas orientées dans la direction d'une quelconque protection contre la discrimination – et, en conséquence, pas aptes à répondre à un besoin réel (si l'on se reporte au nombre de cas dénoncés auprès des institutions compétentes).

²²⁵ ATF 138 III 641. Voir ci-dessus, le ch. II.2.

D'un point de vue procédural purement théorique – puisque les exemples de décisions qui existent sont trop rares et non représentatifs –, il est tout de même possible de relever quelques éléments.

En ce qui concerne la qualité pour agir en justice, l'accès n'est pas (ou peu) restreint. Il faut être majeur, capable de discernement et avoir un intérêt digne de protection (voire un intérêt juridiquement protégé au stade du recours devant le Tribunal fédéral). La qualité pour agir est même relativement large puisqu'elle permet aux organisations et associations de recourir, sous réserve de certaines conditions.

En termes de déroulement de la procédure et de fardeau de la preuve, la maxime des débats et le principe de disposition, généralement applicables, laissent reposer sur la partie demanderesse un poids important. Lorsqu'intervient la maxime inquisitoire sociale – souvent applicable aux litiges concernant le droit du bail et du travail –, le fardeau de la preuve est réduit. Toutefois, sachant que dans le domaine de la discrimination raciale, les preuves sont extrêmement difficiles à rapporter, la charge reste toujours importante.

Pour ce qui est des frais de procédure, la règle générale prévoit que c'est la partie qui succombe qui doit les supporter. Cela implique pour la victime de prendre un risque financier important, dans la mesure où elle sait qu'apporter la preuve de la discrimination raciale reste très complexe. Le seul exemple que l'on peut tirer de la jurisprudence étudiée est celui de l'ATF 138 III 641 (analysé dans la partie relative au droit pénal), dans lequel la fondation a dû verser, au niveau fédéral, CHF 2500.- de frais de procédure et CHF 3000.- d'indemnités au recourant. Il convient toutefois de rappeler qu'en procédure de conciliation (et pour certains cas de droit du travail, également en procédure au fond), aucun frais n'est perçu.

En procédure civile, les délais pour introduire une instance sont nombreux et varient selon la situation dans laquelle se trouve la victime (protection de la personnalité au sens de l'art. 28 CC ; protection en matière de bail, de travail, etc.). Il n'est donc pas évident pour un particulier de savoir, en fonction de la situation dans laquelle il est, quelle action ouvrir et dans quel délai. La règle du droit pénal est plus simple, avant tout parce qu'il n'y a qu'une norme (l'art. 261bis CP) et donc qu'un délai, mais aussi parce que ce délai est de 10 ans. Les différents délais de la procédure civile varient de 30 jours (pour contester le congé devant l'autorité de conciliation par exemple) à 10 ans (pour le délai général de prescription au sens de l'art. 127 CO), en passant par 5 ans (pour le délai spécial applicable en cas de responsabilité contractuelle) et par 1 an pour le délai relatif à l'art. 60 CO (applicable dans les cas de responsabilité délictuelle).

Enfin, et comme déjà mentionné, les moyens d'action pour obtenir une réparation en matière de droit privé sont variés et complexes. Pour chaque domaine touché (protection de la personnalité, droit du travail, droit du bail) et en fonction du moment particulier durant lequel la discrimination se produit (à l'embauche, durant les rapports de travail, en cas de licenciement ; à la conclusion d'un bail, durant le bail, en cas de congé), il faudra définir quelle est l'action civile à ouvrir, quelle est la procédure applicable (simplifiée, sommaire, ordinaire), connaître la maxime pertinente, les délais d'échéance et de prescription y relatifs, etc. En termes de réparation concrète, seuls deux arrêts apportent des éléments : l'affaire vaudoise (postulation comme aide-soignante dans un établissement médico-social) et le cas zurichois (non engagement de personnes originaires des Balkans) qui tous deux ont conduit les juges à allouer à la demanderesse CHF 5000.- d'indemnités. Il n'est évidemment pas possible, à la lumière de ces deux seules décisions, de pouvoir tirer des conclusions quant aux réparations octroyées par le juge civil dans des cas de discrimination raciale en droit privé.

IV. CONCLUSION ET PROBLÈMES SOULEVÉS

En droit pénal, il existe une norme, donc une base légale qui interdit (et punit) les comportements racistes. C'est une « bonne base », même si on peut constater que cette prescription légale est insuffisante en ce qu'elle ne permet pas à toute personne qui se sent heurtée par des propos ou actes racistes d'ouvrir une action. En particulier, les critères de la nationalité et du statut juridique (étrangers, requérants d'asile, etc.) ne fondent pas le délit de discrimination raciale. Il faut en outre être directement touché dans sa dignité humaine et que les actes soient d'une certaine gravité. Les associations ne sont de surcroît pas habilitées à recourir. Enfin, la Suisse a mis une réserve à l'art. 4 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, signifiant que la liberté d'expression, droit fondamental essentiel, pourtant non absolu, peut être considérée comme prioritaire sur le droit de chacun d'être protégé contre le racisme. Sur le contenu du droit, il y a donc encore une certaine marge d'amélioration. Il y a toutefois au moins un élément positif à relever : dans la mesure où il s'agit d'une infraction qui se poursuit d'office, cela implique que ce sont les autorités judiciaires qui ont la charge d'ouvrir la procédure pénale. Dans la continuité de cette question et d'un point de vue procédural cette fois, il convient de mentionner que la procédure pénale se fonde sur la maxime d'instruction, ou inquisitoire, ce qui implique qu'il revient à l'autorité de mener à bien cette procédure. La charge de la preuve lui revient. Ce point, en soi positif pour la victime de discrimination, a en revanche été mis en avant, par le Conseil fédéral pour justifier le fait qu'il n'est pas nécessaire de donner aux associations de lutte contre le racisme le statut de partie plaignante, puisque le Ministère public est là pour défendre les intérêts de la société, ce qui nous semble être une position délicate et discutable. Il est encore possible de constater d'autres défauts procéduraux, mais c'est en particulier la longueur des procédures qui mérite d'être soulignée.

En résumé, il reste un certain nombre de points essentiels à améliorer, du point de vue du contenu de la norme notamment. Cela dit, la procédure pénale et l'art. 261bis CP fixent déjà un cadre qui, en théorie, devrait permettre au particulier de faire valoir ses intérêts, de participer à la procédure s'il le souhaite en se constituant partie plaignante et/ou civile, et de voir la situation de faits être jugée et le coupable sanctionné, sans devoir nécessairement porter une trop lourde charge (en termes de preuves ou de moyens financiers par exemple). En pratique, il a tout de même été constaté qu'un certain nombre d'obstacles importants existent, même dans ces aspects.

En droit civil, les dispositions matérielles ne sont pas spécifiquement orientées sur la question de la discrimination fondée sur le racisme. Au contraire, il n'existe aucune règle spécialement conçue pour répondre à cette problématique. Le particulier qui s'estime victime de discrimination raciale dans un rapport de travail ou de bail doit faire appel à des dispositions générales du Code des obligations et du Code civil (principe de la bonne foi, protection de la personnalité, protection contre les défauts de la chose louée, annulation du congé et prolongation du bail, réparation du dommage subi par le travailleur, interdiction des licenciements abusifs, etc.). Les sanctions, du moins en droit du travail, ne sont pas dissuasives, puisque la réintégration dans la place de travail n'est notamment pas envisagée par le droit suisse. Les sanctions en droit du bail ne sont pas non plus évidentes à mettre en œuvre lorsque l'on se trouve en situation de discrimination raciale. D'un point de vue procédural, le droit civil se fonde sur la maxime des débats (voire sur la maxime inquisitoire sociale dans certains cas). Dans le cadre général de la maxime des débats, il revient au demandeur de présenter les faits, d'invoquer le droit et de conduire la procédure. Cela

représente une charge importante, notamment en matière de preuves. Aussi, dans le cadre d'une procédure civile pour comportement raciste dans un rapport de droit privé (travail ou bail), l'individu concerné se trouve en quelque sorte dans une position doublement, voire triplement faible. En tant qu'employé (potentiel, actuel ou licencié) ou en tant que locataire (potentiel, actuel ou congédié), il est d'abord la partie faible au contrat. Rien de nouveau sur ce point. En plus, dans l'hypothèse d'une discrimination raciale, il est encore une fois la partie faible, faisant partie d'un groupe « cible » de par sa couleur de peau, son origine, son ethnie ou sa religion. La procédure civile ne semble en rien corriger ce déséquilibre, puisque elle charge en principe cette partie de conduire la procédure, d'en assumer en grande partie la charge de la preuve et dans certains cas les frais si elle n'arrive pas à prouver la discrimination. L'on ne saurait toutefois oublier la volonté du législateur de prendre en compte les domaines sensibles d'un point de vue social, en prévoyant un système plus favorable.

Si on tente de comparer ces deux grands domaines que sont le droit pénal et le droit civil, on peut alors constater que si la situation est lacunaire sur le plan pénal (matériellement parlant, ainsi que sur certains points de procédure également), elle est encore plus précaire en droit civil. En particulier, parce qu'il n'existe pas de norme spécifique qui permette de protéger la victime. La procédure civile n'est pas très favorable non plus. Le fait qu'on ne trouve pas de jurisprudence fédérale (et très peu de jurisprudence cantonale) vient confirmer ces constats. Il est presque impossible de dénoncer une situation de discrimination raciale en matière civile, d'y apporter les preuves nécessaires et, par conséquent, d'obtenir gain de cause.

BIBLIOGRAPHIE

AUBERT Carole, in : François BOHNET / Marino MONTINI (éd.), *Droit du bail à loyer : Commentaire pratique*, Bâle 2010, art. 258 CO

AUBERT Carole, in : François BOHNET / Marino MONTINI (éd.), *Droit du bail à loyer : Commentaire pratique*, Bâle 2010, art. 259b CO

BIRRER Mathias, *Nachbarrecht. Handbuch für Eigentümer und Mieter. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis*, Zurich 2003

BOHNET François, *Actions civiles, conditions et conclusions : personnes, famille, successions, droits réels, responsabilité civile, contrats, poursuite pour dettes et faillite*, Bâle 2014

BOHNET François, *Procédure civile*, Collection Les Abrégés, Bâle 2011

BRUNNER Christiane / BÜHLER Jean-Michel / WAEBER Jean-Bernard, *Commentaire du contrat de travail (selon le code des obligations)*, Berne 1989, art. 336 CO

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (CCPR), Observation générale n° 34. Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, du 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE (CERD), Observations finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse, du 13 mars 2014, CERD/C/CHE/CO/7-9

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE (CERD), Recommandation générale n° 35. Lutte contre les discours de haine raciale, du 26 septembre 2013, CERD/C/GC/35

COMMISSION FÉDÉRALE CONTRE LE RACISME (CFR), *Le droit contre la discrimination raciale : analyse et recommandations*, Berne 2010

CONOD Philippe, in : François BOHNET / Marino MONTINI (éd.), *Droit du bail à loyer : Commentaire pratique*, Bâle 2010, art. 271 CO

CORBOZ Bernard, Les dispositions générales du CPC, in : Bénédicte FOËX / Nicolas JEANDIN (éd.), *Le Code de procédure civile. Aspects choisis*, Genève 2011, p. 31-64

EDO Anthony / JACQUEMET Nicolas, Discrimination à l'embauche et entre-soi, in : lavedesidees.fr, 18 février 2014

GARBARSKI Andrew M., *Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente*, in : SJ 2013 II, p. 123-134

HAUSAMMANN Christina, *Instruments contre la discrimination en droit suisse : un aperçu*, version française résumée, Berne 2008

HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Le droit à un logement convenable*, fiche d'information sur les droits de l'homme n° 21/Rév 1, Genève 2010

JEANNERET Yvan / KUHN André, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013

LACHAT David, in : Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I (CoRo CO-I)*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 258 CO

LACHAT David, in : Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I (CoRo CO-I)*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 271 CO

LACHAT David, *Le bail à loyer*, Genève 2008

MARTENET Vincent, *La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse*, in : RDS 2011 I, p. 243-285

MILIEU LTD, Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law », 2011

NAGUIB Tarek / PÄRLI Kurt / COPUR Eylem / STUDER Melanie (éd.), *Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Berne 2014

NIGGLI Marcel / FIOŁKA Gerhard, *La discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP – Brève analyse*, Berne 2004

PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis : völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berne 2009

PICHONNAZ Pascal, in : Luc THÉVENOZ / Franz WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I (CoRo CO-I)*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 127 CO

REHBINDER Manfred, *Berner Kommentar*, Berne 1992, art. 336 CO

SERVICE DE LUTTE CONTRE LE RACISME (SLR) (éd.), *Guide juridique Discrimination raciale*, Berne 2009

SERVICE DE LUTTE CONTRE LE RACISME (SLR) (éd.), *Un monde du travail sans discrimination : mesures de lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi*, Berne 2003

ZANNOL Fabienne, *L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale. Une analyse des arrêts relatifs à l'article 261bis CP (de 1995 à 2004)*, Berne 2007