

La protection contre les discriminations émanant de particuliers

VINCENT MARTENET*

Mots-clés: Interdiction de la discrimination, champ d'application des droits fondamentaux, effet horizontal, relations entre particuliers, carences de l'ordre juridique, pouvoir des juges, droit prétorien, réforme législative

A. Introduction

Le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a rendu, le 1^{er} juin 2005, un jugement condamnant une société exploitant un établissement médico-social à payer une indemnité pour tort moral à «une personne de couleur» qu'elle avait renoncé à engager pour le service de nuit, au motif que plusieurs pensionnaires de l'établissement n'accepteraient pas d'être pris en charge et soignés par une telle personne¹.

Ce jugement, désormais définitif et exécutoire, soulève des questions essentielles sur la portée de diverses normes conventionnelles, constitutionnelles ou légales. Il nous a semblé utile d'examiner la protection qu'offrent le droit international et le droit suisse contre les discriminations émanant de particuliers – personnes physiques ou morales de droit privé –, puis de passer en revue quelques pistes envisageables pour remédier aux carences du droit en vigueur en Suisse. Le présent article porte essentiellement sur les discriminations reposant sur *des caractéristiques personnelles*, telles que celles énumérées à l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (ci-après «Cst. féd.»). La notion de discrimination est certes utilisée dans d'autres normes,

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne et membre de la Commission de la concurrence. – Les opinions émises par l'auteur dans le présent article n'engagent nullement ladite Commission. L'auteur tient à remercier Mme ARIANE MORIN, professeure à l'Université de Lausanne, M. LAURENT BIERI, docteur en droit et titulaire du brevet d'avocat, ainsi que M. RODOLPHE PETIT, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, de leur lecture critique du manuscrit.

1 Jugement n° T304.021563 résumé in Plädoyer 6/2005, pp. 73–74. Voir, plus récemment, un jugement n° AN050401/U1 de l'«Arbeitsgericht» de Zurich publié in Plädoyer 2/2006, pp. 73–77.

par exemple en droit de la concurrence². Il existe cependant une problématique propre aux discriminations reposant sur des caractéristiques personnelles, du fait qu'entre en ligne de compte *la dignité humaine*.

B. Le cadre constitutionnel et conventionnel

I. La dignité humaine

La protection de la dignité humaine³ signifie en particulier que tout être humain a le droit d'être traité de manière humaine et non dégradante⁴. Un lien très fort unit la dignité humaine à l'interdiction de la discrimination⁵. Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter et de protéger la dignité humaine⁶. De plus, les autorités doivent veiller à ce que cette dernière soit aussi respectée et protégée – dans la mesure où elle s'y prête – dans les relations entre particuliers⁷. Le mandat figurant à l'art. 35 al. 3 Cst. féd. échoit avant tout *aux autorités législatives*, «car le choix des mesures à prendre est étroitement lié au pouvoir d'appréciation des autorités politiques»⁸. Toutes les autres autorités étatiques doivent cependant contribuer à l'exécution de ce mandat⁹. L'art. 35 al. 3 Cst. féd. ne confère pas, à lui seul, un effet horizontal *direct* à l'art. 7 Cst. féd., dont pourrait se prévaloir tout particulier discriminé par un autre particulier.

II. L'égalité

En tant que garantie générale fondamentale, l'égalité est prise dans *un rapport triangulaire* entre l'Etat – qui est tenu de la respecter, de la protéger et de la mettre en œuvre –, le particulier qui s'en prévaut et un tiers ou une situation servant de point de comparaison. Nous avons parlé à ce propos de *géométrie de l'égalité*¹⁰. Les particuliers doivent la respecter lorsqu'ils ac-

2 Voir notamment la pratique découlant de l'art. 7 al. 2 let. a et b de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251).

3 Art. 7 Cst. féd.

4 Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996: FF 1997 I 1 ss, p. 141.

5 Pour des illustrations, voir l'art. 261^{bis} al. 4 du Code pénal suisse (RS 311.0) et l'art. 4 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

6 Art. 35 al. 2 Cst. féd.

7 Art. 35 al. 3 Cst. féd. Cette dimension horizontale des droits fondamentaux est déjà annoncée par l'art. 35 al. 1 Cst. féd. (FF 1997 I 194; cf. PATRICIA EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*, thèse Zurich, Zurich 2002, pp. 167–168).

8 FF 1997 I 195. Voir, parmi de nombreux auteurs, PASCAL MAHON in: Jean-François Aubert et Pascal Mahon (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Zurich et al. 2003, p. 316, n° 12 ad Art. 35.

9 FF 1997 I 195. Voir notamment RAINER J. SCHWEIZER in: Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Zurich/Lachen 2002, p. 487, n° 18 ad Art. 35 et les références doctrinales; MAHON (note 8), p. 316, n° 12 ad Art. 35; EGLI (note 7), p. 153.

10 VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich et al. 2003.

complissent des tâches étatiques¹¹. Cependant, seul l'Etat est tenu de respecter l'égalité *de manière générale*, encore que la question demeure controversée lorsqu'il agit sur le terrain du droit privé¹². La reconnaissance d'un droit fondamental individuel à l'égalité *dans toutes les relations entre particuliers* irait à l'encontre des travaux préparatoires, voire de la lettre de l'art. 8 al. 1 Cst. féd., lequel «s'adresse à ceux qui font les lois et à ceux qui les appliquent»¹³. Un argument systématique corrobore cette approche. Ainsi, l'art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd. vise les employeurs publics *et* les employeurs privés. Or cette extension est clairement érigée en règle particulière par rapport à la garantie générale de l'égalité¹⁴. Sous cette réserve, la doctrine dénie généralement à l'égalité un effet horizontal direct¹⁵.

III. L'interdiction de la discrimination

L'interdiction des discriminations fondées sur des caractéristiques personnelles est opposable, en tant que droit fondamental individuel, à l'Etat, sous toutes ses formes, et aux particuliers lorsqu'ils assument une tâche de l'Etat¹⁶. En l'état du droit constitutionnel, l'art. 8 al. 2 Cst. féd. ne saurait fonder, à lui seul, une interdiction *générale* et *justiciable* de la discrimination dans les relations entre particuliers¹⁷. En revanche, l'interdiction de la discrimination est, sans conteste, visée par le mandat de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd.

11 Art. 35 al. 2 Cst. féd.

12 ATF 127 I 84 P., consid. 4c, JT 2003 I 94, dans lequel le TF considère que les collectivités publiques sont également tenues de respecter les droits fondamentaux lorsqu'elles agissent sur le plan du droit privé; voir néanmoins l'ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 5.2, JT 2003 I 127, dans lequel le TF refuse d'appliquer les droits fondamentaux à la Poste pour les services libres. Le premier arrêt nous semble plus convaincant dans la mesure où un établissement autonome de droit public ne saurait se soustraire au respect des droits fondamentaux du seul fait qu'il exerce une activité en concurrence avec des particuliers (dans le même sens, AUGUST MÄCHLER, note in ZBl. 2003, pp. 375–376; RUTH ARNET, note in PJA, pp. 593–597, 595–596, ch. 2.2; YVO HANGARTNER, note in PJA, pp. 690–693; WALTER KÄLIN, note in RSJB 2004, pp. 644–646; MADELEINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit, PJA 2004, pp. 384–404, 398–399).

13 FF 1997 I 144.

14 FF 1997 I 145.

15 Voir, parmi de nombreux auteurs, GEORG MÜLLER, Art. 4 Cst., 2^e éd., in: Jean-François Aubert et al. (éd.), Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Bâle et al. 1995, n° 22; SAMANTHA BESSON, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers, thèse Fribourg, Fribourg 1999, notamment pp. 253–254, n° 1002 et les références; MAHON (note 8), p. 315, n° 10 ad Art. 35.

16 Art. 35 al. 2 Cst. féd.

17 Dans le même sens, voir notamment SCHWEIZER (note 9), pp. 111–112, n° 56 ad Art. 8; BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, thèse Neuchâtel, Bâle et al. 2003, p. 164, n° 228; MAHON (note 8), p. 85, n° 17 ad Art. 8; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Berne 2003, p. 392. Voir également le Conseil fédéral in FF 1992 III 285 en bas. La doctrine allemande majoritaire suit la même approche (voir notamment GABRIELE BRITZ, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, pp. 355–402, 361–362).

L'art. 14 CEDH érige l'interdiction de la discrimination en garantie autonome, dépendant toutefois des autres garanties de la CEDH. Le Protocole n° 12 à la CEDH – que la Suisse n'a pas encore signé – consacre, de manière générale, l'interdiction de la discrimination. Le Comité des ministres a énoncé, dans son rapport explicatif, *quelques obligations positives*, à la charge des Etats, se rapportant aux relations interindividuelles¹⁸. La Cour de Strasbourg a déjà déduit des obligations positives de l'art. 14¹⁹. En revanche, ni la Cour ni le Tribunal fédéral ne reconnaissent, pour l'heure, un véritable effet horizontal *direct* à cet article²⁰.

L'analyse qui précède nous semble transposable *mutatis mutandis* aux garanties découlant des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et de la Convention sur les droits de l'enfant²¹. L'art. 26 du Pacte ONU II est certes une garantie très ambitieuse. Cependant, outre le fait que la Suisse a émis une réserve à son propos²², cette norme garantit essentiellement l'égalité devant la loi et l'égalité de protection de la loi sans discrimination. Les éventuelles obligations positives déduites des Pactes visent, elles aussi, les Etats, bien qu'elles concernent les relations entre particuliers²³. Dans sa récente observation générale sur le droit du travail, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels a défini diverses obligations positives à la charge des Etats²⁴, notamment en relation avec le principe de non-discrimination²⁵, et a estimé que les entreprises privées avaient aussi un rôle à jouer en la matière sans que le Pacte ONU I leur soit pour autant *directement* opposable²⁶.

La Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR) oblige les Etats à interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des or-

18 Rapport explicatif sur le Protocole n° 12, adopté le 26 juin 2000, §§ 24–29.

19 Cf. l'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, requêtes nos 43577/98 et 43579/98, §§ 160–168.

20 Un arrêt de la Cour, critiqué par une partie de la doctrine, s'aventure cependant très loin sur le terrain de l'effet horizontal (*Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, requête n° 69498/01, Rec. 2004-VIII, §§ 59–63). Selon la Cour, une clause testamentaire doit être interprétée de manière conforme à l'art. 14 CEDH (§§ 59 et 62). Il s'agit d'un effet très particulier de l'art. 14 CEDH, parce qu'était en jeu non pas l'interprétation d'une norme (effet indirect classique), mais celle d'un acte privé. Pour le surplus, voir, en faveur d'un effet horizontal direct, BESSON (note 15), pp. 271–273, nos 1060–1068 et les réf. doctrinales.

21 Art. 2 al. 2, 10 ch. 3 et 13 ch. 2 let. c du Pacte ONU I (RS 0.103.1); art. 2 al. 2 et 26 du Pacte ONU II (RS 0.103.2); art. 2 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107). Sur la pratique relative à ces dispositions, voir WOUTER VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Anvers/Oxford 2005, notamment p. 85 (synthèse).

22 Voir RS 0.103.2 *in fine*.

23 Voir cependant BESSON (note 15), pp. 278–279, nos 1091–1095 et les références doctrinales.

24 Observation générale n° 18, adoptée le 24 novembre 2005, voir notamment §§ 35 et 49.

25 Ce principe est jugé directement applicable (Observation générale n° 18, § 33).

26 Observation générale n° 18, § 52.

ganisations et à y mettre fin *par tous les moyens appropriés*, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives²⁷. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale²⁸ a insisté, à plusieurs reprises, sur l'importance qu'il attache à l'obligation incombant aux Etats parties de veiller à la mise en œuvre de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers²⁹. La Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) astreint, pour sa part, les Etats à prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque³⁰. Ces deux Conventions imposent des obligations claires à la Suisse s'agissant des relations interindividuelles, même si la Suisse dispose d'une certaine marge de manœuvre pour déterminer les moyens appropriés³¹. Des obligations très claires résultent aussi d'autres conventions internationales, telles que celles conclues sous l'égide de l'OIT³².

Enfin, l'Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999³³ (ALCP), est très fortement imprégné du principe de non-discrimination *entre les ressortissants des différents Etats parties*. Or plusieurs aspects de ce principe, qui est directement applicable³⁴, concernent les relations entre particuliers en matière de travail et d'emploi. Sont spécialement interdites les discriminations en matière d'accès à l'emploi, d'emploi, de rémunération, de conditions de travail, de licenciement, d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux³⁵. Un ressortissant de l'Union européenne peut s'en prévaloir à l'encontre de son employeur si celui-ci le discrimine en raison de sa nationalité³⁶.

27 Art. 2 al. 1 let. d CEDR (RS 0.104). Voir VANDENHOLE (note 21), pp. 192–193. Le caractère *self-executing* de cette norme est contesté par le CF (message du 2 mars 1992 [CEDR]: FF 1992 III 265–340, 283).

28 La Suisse a récemment reconnu la compétence de ce Comité (RO 2005, pp. 87–88).

29 Voir notamment les Communications n° 34/2004 du 15 mars 2006 (§ 7), n° 20/2000 du 15 mars 2002 (§ 10) et n° 10/1997 du 6 avril 1999 (§§ 9.2 à 10).

30 Art. 2 let. e CEDEF (RS 0.108). Voir VANDENHOLE (note 21), pp. 246–250 pour un aperçu de la pratique.

31 Message du 23 août 1995 (CEDEF): FF 1995 IV 869–963, 896; voir WALDMANN (note 17), p. 395.

32 Voir en particulier la Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.833.721.1). Pour le surplus, voir BESSON (note 15), pp. 280–281, n°s 1096–1103.

33 RS 0.142.112.681.

34 Voir notamment MARTENET (note 10), pp. 520–525, n°s 1165–1174 et les références.

35 Art. 2 et 7 let. a ALCP combinés avec l'art. 9 al. 1 et 4–5 ou l'art. 15 al. 2 de l'Annexe I.

36 Voir notamment YVO HANGARTNER, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft*, PJA 2003, pp. 257–269, 261.

IV. L'interdiction de l'arbitraire

L'interdiction de l'arbitraire³⁷ s'adresse avant tout aux organes de l'*Etat*. Ainsi assure-t-elle à chaque particulier, «dans ses rapports avec les pouvoirs publics, un minimum de justice»³⁸. Sous réserve de l'art. 35 al. 2 Cst. féd., les particuliers jouissent d'*un certain droit à l'arbitraire* dans nombre de relations qu'ils entretiennent avec leurs semblables³⁹. Ce droit est cependant sérieusement limité dans divers domaines. L'entreprise en position dominante voit, par exemple, sa liberté d'action considérablement restreinte⁴⁰. Ces limitations découlent de diverses normes faisant partie du droit ordinaire, voire de certains droits fondamentaux, ne laissant en définitive que peu d'espace à la garantie générale de l'interdiction de l'arbitraire pour se déployer *elle-même* dans les relations entre particuliers⁴¹.

C. Le cadre légal

Le législateur fédéral a renoncé jusqu'à présent à adopter une loi générale sur l'égalité ou l'interdiction de la discrimination. Cette observation n'est pas dénuée d'intérêt car elle montre que les autorités fédérales ont une approche spéciale et ponctuelle de la problématique étudiée ici. Cela va même plus loin puisque les discriminations fondées sur le sexe, la race ou le handicap n'ont, elles-mêmes, été traitées que sur des points spécifiques.

La loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité *entre femmes et hommes* (LEg) vise les relations de travail régies par le droit public et le droit privé⁴². En pratique, elle a relégué au second plan l'art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd. Lorsqu'une personne est discriminée en matière salariale par un employeur privé, elle peut invoquer tant cette norme que l'art. 3 al. 2 LEg. Or elle se fonde généralement sur la loi. Au reste, le contentieux est *civil* dans un tel cas⁴³.

La loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant *les personnes handicapées* (LHand) se fonde, quant à elle, sur l'art. 8 al. 4 Cst. féd. Pour diverses constructions et installations, la loi oblige les particuliers eux-mêmes⁴⁴. D'une manière générale, les particuliers qui four-

37 Art. 9 Cst. féd.

38 FF 1997 I 146.

39 ATF 127 I 84p., consid. 4c, JT 2003 I 94.

40 Art. 7 LCart.

41 Dans le même sens, FELIX UHLMANN, *Das Willkürverbot* (Art. 9 BV), Berne 2005, pp. 215–221, n^{os} 279–289; voir aussi MARKUS SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Berne 2001, pp. 331–337.

42 Art. 2 LEg (RS 151.1).

43 Voir, par exemple, ATF 130 III 145 X. SA; ATF 127 III 207 K. Voir aussi les art. 8 à 12 LEg.

44 Voir l'art. 3 LHand (RS 151.3).

nissent des prestations au public ne doivent pas traiter une personne handicapée de façon discriminatoire du fait de son handicap⁴⁵. On regrettera, sur ce dernier point, que la notion de discrimination soit définie de manière très étroite dans l'ordonnance sur l'égalité pour les handicapés⁴⁶. L'adoption de la LHand a rélégué au second plan l'art. 8 al. 4 Cst. féd., lequel ne contient, du reste, aucun droit fondamental justiciable.

L'art. 261^{bis} CP, relatif à la *discrimination raciale*, vise évidemment les relations entre particuliers. En adoptant cette norme, la Confédération n'a pas rempli toutes les obligations découlant de la CEDR, y compris en matière pénale⁴⁷. Certes, des controverses existent sur la portée exacte de certaines obligations à la charge des Etats⁴⁸. Cela dit, la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale indique clairement que les Etats ne sont pas seulement tenus de réprimer pénalement les propos racistes⁴⁹. Du reste, le Conseil fédéral notait lui-même, il y a 14 ans (!), ce qui suit: «Lors de futures révisions du droit privé, le Conseil fédéral s'efforcera de tenir également compte, sous une forme appropriée, de la juste cause de la lutte contre la discrimination raciale»⁵⁰. Or le droit privé n'a aucunement été révisé en ce sens depuis lors, alors que la CEDR requiert une mise en œuvre «*sans retard*»⁵¹.

Enfin, le *droit privé* et, dans une moindre mesure, le *droit pénal* ont été profondément révisés de manière à mettre en œuvre l'exigence d'égalité dans divers domaines. Le droit du mariage a, par exemple, été profondément modifié dans un souci d'égalité entre femmes et hommes. La loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe répond aussi à un souci égalitaire. Au surplus, l'égalité est présente dans de

45 Art. 6 LHand.

46 Art. 2 let. d de l'ordonnance du CF sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, du 19 novembre 2003 (RS 151.31; OHand). Les notions de dépréciation et de marginalisation, qui y figurent, sont délicates à définir. Il convient d'éviter que le fardeau de la preuve sur ce point pèse sur les personnes handicapées. De surcroît, pourquoi faut-il que la différence de traitement soit particulièrement marquée ou gravement inégalitaire, comme le prévoit l'art. 2 let. d OHand? Cette limitation ne ressort pas des art. 6 et 8 al. 3 LHand. La légalité de l'OHand nous semble pour le moins douteuse sur ce point. A notre sens, le principe de proportionnalité, très fortement ancré dans la LHand (art. 11 et 12), suffit, sans qu'il soit nécessaire d'en rajouter au niveau de la *définition* de la discrimination.

47 Voir spécialement MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Discrimination raciale – Un commentaire au sujet de l'art. 261^{bis} CP et de l'art. 171 c CPM*, Zurich 2000, pp. 17–18.

48 Voir notamment WALDMANN (note 17), p. 394 et les références. Voir aussi l'interview de Doudou Diène [Rapporteur spécial de l'ONU sur le racisme] parue dans *Le Temps* du 15 mars 2006, p. 8.

49 Voir, par exemple, les Communications n° 29/2003 du 8 mars 2006 (§ 9) et n° 20/2000 et du 15 mars 2002 (§ 10), relatives à la discrimination à l'entrée de boîtes de nuit, ainsi que la Communication n° 10/1997 du 6 avril 1999, concernant les conditions d'octroi d'un prêt bancaire (§§ 9.2 à 10).

50 FF 1992 III 286.

51 Voir notamment son art. 2 al. 1 *in initio* CEDR.

nombreuses normes relevant du droit privé. Cela est parfaitement compréhensible du fait que l'égalité est une notion découlant de l'idéal de *justice*. Le législateur n'est cependant pas tenu de *systématiquement* mettre en œuvre l'égalité dans toutes les lois régissant les relations entre particuliers. Il conserve une importante marge de manœuvre, lui permettant de mettre en balance l'égalité et notamment les libertés individuelles.

D. Le cadre jurisprudentiel et prétorien

I. L'interprétation des normes

Lorsqu'ils interprètent des normes contenant des notions juridiques indéterminées⁵², les tribunaux et les autres autorités d'application du droit le font de manière conforme aux droits fondamentaux et contribuent ainsi à la mise en œuvre de ces droits dans les relations qui lient les particuliers entre eux. On parle, à cet égard, d'*effet horizontal indirect* des droits fondamentaux⁵³. Diverses normes sont *perméables* à l'interdiction de la discrimination, en ce sens qu'elles contiennent des concepts proches de certains aspects de l'interdiction de la discrimination. Il en va notamment ainsi des art. 2 al. 2, 27 et 28 ss CC ainsi que des art. 19, 20, 41 al. 2, 49, 271 al. 1, 328⁵⁴ et 336 al. 1 let. a et 337 al. 2 CO⁵⁵, ainsi que 7 LCart. Il n'est même pas certain que, dans nombre de cas, il soit nécessaire de recourir à la construction doctrinale de l'effet horizontal indirect de l'art. 8 al. 2 Cst. féd. Les tribunaux ne font généralement pas ce détour lorsqu'ils jugent, par exemple, qu'un congé discriminatoire est abusif⁵⁶.

Les art. 2 al. 2, 28 CC et 328 CO recèlent un potentiel intéressant, encore peu exploité, s'agissant de la lutte contre les discriminations émanant de particuliers. L'art. 2 al. 2 CC forme cependant un crible trop grossier⁵⁷. De surcroît, il remplit une fonction surtout correctrice et fonde plus difficilement des obligations positives, comme celle de contracter. Dans son arrêt de principe en la matière, le Tribunal fédéral ne s'est finalement pas basé sur cette

52 FF 1997 I 195.

53 Voir notamment, s'agissant de la doctrine privatiste, HEINZ HAUSHEER et MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB – Art. 1–10 ZGB, Berne 2003, pp. 62–63, n° 177 ad Art. 1; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2^e éd., Berne/Munich/Vienne 2005, notamment pp. 91–93.

54 Sur l'art. 328 CO et l'égalité de traitement, voir ATF 129 III 276 A., consid. 3.1, JT 2003 I 346.

55 Dans ce sens, le Conseil fédéral in FF 1992 III 286, à propos de l'interdiction de la discrimination raciale. Voir aussi, parmi de nombreux auteurs, MÜLLER (note 15), n° 23; KRAMER (note 53), p. 92.

56 ATF 127 III 86 M., consid. 2a et les références plus anciennes; voir aussi, pour une jurisprudence en demi-teinte, ATF 130 III 699 X., consid. 4.

57 Dans le même sens, BESSON (note 15), pp. 330–331, n° 1269; voir aussi KATHRIN KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 2005, pp. 161–183, 177–178.

norme⁵⁸. Enfin, de l'art. 2 al. 2 CC à *lui seul* ne découle aucune règle sur l'allègement, voire le renversement du fardeau de la preuve, pourtant indispensable à une protection efficace et effective contre les discriminations. Des proches en partie similaires peuvent être adressés aux art. 28 CC et 328 CO, lesquels remplissent une fonction avant tout défensive et réparatrice. Les auteurs ayant analysé ces articles dans la problématique qui nous occupe arrivent généralement à la conclusion qu'ils ne suffisent pas⁵⁹. Il convient évidemment de saluer les efforts récents consistant à développer une jurisprudence novatrice en la matière. Ils ne sauraient toutefois masquer le fait que l'ordre juridique suisse demeure lacunaire.

Enfin, une norme de droit privé contient parfois une notion juridique indéterminée *perméable* à la fois à diverses libertés – telles les libertés personnelle, économique ou encore religieuse – et à l'interdiction de la discrimination, sans que la norme soit suffisamment précise pour permettre de résoudre la tension entre les deux garanties fondamentales⁶⁰. Chaque fois que l'interdiction de la discrimination et la liberté en cause peuvent être conciliées en recherchant *une concordance pratique*, il se justifie de privilégier une telle concordance. Restent cependant tous les cas dans lesquels l'une et l'autre conduisent à des interprétations opposées d'une même norme. Cette opposition conduit-elle à neutraliser l'effet des droits fondamentaux⁶¹? A notre sens, elle implique plutôt de procéder à une pesée des intérêts en présence; le fait que *la dignité* d'une personne soit touchée par un comportement discriminatoire revêt une importance capitale⁶². Au reste, la protection contre les discriminations est un motif susceptible de légitimer une restriction apportée à une liberté⁶³.

58 ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3 et 6.4, JT 2003 I 127. Voir néanmoins ARNET (note 12), pp. 596–597, ch. 3, qui estime que le TF aurait pu se fonder sur l'art. 2 al. 2 CC.

59 Voir notamment HERBERT TRACHSLER, *Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB*, thèse Saint-Gall, Saint-Gall 1991, pp. 141 ss, ainsi que, du même auteur, *Welches Antidiskriminierungs-Gesetz braucht die Schweiz?*, PJA 1992, pp. 1473–1479, 1477–1478; ADRIANO PREVITALI, *Handicap e diritto*, thèse Fribourg, Fribourg 1998, pp. 210–212, n^{os} 286–289; BESSON (note 15), pp. 322–327, n^{os} 1240–1255; WALDMANN (note 17), p. 392, note 712; ALEXANDRA CAPLAZI et TAREK NAGUIB, *Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit*, in Jusletter du 7 février 2005, n^{os} 21 ss. Voir néanmoins TARKAN GÖKSU, *Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung*, thèse Fribourg, Fribourg 2003, notamment pp. 207 et 283, n^{os} 660 et 931, qui déduit de l'art. 28 CC une obligation de contracter à la charge de la partie qui s'y refuse pour des motifs raciaux (voir aussi du même auteur, dans une optique encore plus large, *Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, RSJB 2004*, pp. 35–57, 50–53 et 56–57). Cette thèse pour le moins audacieuse est critiquée par KATHRIN KLETT (note 57, pp. 175–177).

60 Exemple: art. 266 g CO.

61 Dans ce sens, ANDREAS AUER, *Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum*, ZBl 1993, pp. 2–14, 14, n^o 26, qui examine surtout le conflit entre libertés.

62 Pour le surplus, voir *infra* D. III.3.c.ée.

II. L'extension de la portée de certaines normes?

Les autorités judiciaires prennent parfois une grande liberté avec la loi, sans veiller à soigneusement expliquer les différentes étapes de leur raisonnement⁶⁴. Il s'agit certes d'utiliser tout le potentiel des méthodes traditionnelles d'interprétation, mais aller jusqu'à s'en affranchir – fût-ce pour lutter contre les discriminations – nous semble problématique sous deux angles. En premier lieu, cela conduit les juges à outrepasser leurs compétences, sous couvert d'interprétation⁶⁵. Cela ne signifie cependant pas que les juges doivent nécessairement rester passifs dans un tel cas. Lorsqu'un autre fondement – plus précis et normatif – existe, il devrait être privilégié⁶⁶. De plus, pour autant que les conditions requises soient réunies, les juges peuvent prononcer selon les règles qu'ils établiraient s'ils avaient à faire acte de législateur, conformément à l'art. 1^{er} al. 2 CC. En second lieu, étendre la portée d'une norme en s'affranchissant des méthodes d'interprétation revient à masquer *des carences* de l'ordre juridique. Or si un juge arrive à la conclusion que l'ordre juridique est lacunaire, il doit le dire. D'une part, cela permet d'instaurer une forme de *dialogue* avec le législateur en le rendant attentif à *un besoin de droit* sur un point particulier. Un tel dialogue est essentiel dans une démocratie et participe d'une conception *coopérative* de la séparation des pouvoirs⁶⁷. D'autre part, le fait de constater une carence de l'ordre juridique permet d'examiner la nature de celle-ci et, selon les cas, d'y remédier⁶⁸.

63 Sur ce point, voir spécialement, en droit allemand, BRITZ (note 17), pp. 365–367.

64 Voir PETER GAUCH, *Argumente. Ein Geburtstagsbrief*, recht 2000 (n° spécial), pp. 87–100, 94, n° 11.

65 ATF 130 II 65 *Service des contributions du canton du Jura*, consid. 4.2. et les arrêts cités.

66 Dans l'arrêt concernant *la Poste*, plutôt que de se fonder sur le principe de l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs, le TF aurait pu parvenir au même résultat en exigeant de la Poste qu'elle respecte les droits fondamentaux (cf. *supra* note 12), voire en se fondant sur une autre norme du droit privé (cf. notamment EUGEN BUCHER, *Nicht «Kontrahierungspflicht» – schon eher Schutz vor Boykott*, recht 2003, pp. 101–115, 107–108).

67 Comp. JÖRG PAUL MÜLLER, *Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB*, recht 2000 (numéro spécial), pp. 119–128, 128 *in fine*; HANS PETER WALTER, *Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung*, recht 2003, pp. 2–11, 4–5.

68 Dans le jugement lausannois précité (note 1), le Tribunal s'est essentiellement fondé sur l'art. 328 al. 1 CO. Or les parties au litige n'étaient liées par aucun rapport de travail et la société défenderesse n'avait posé aucune question portant atteinte à la personnalité de la candidate. De plus, la société avait rapidement fait part de sa détermination, ce qui permet difficilement de lui reprocher une *culpa in contrahendo*. A notre avis, cette cause aurait pu permettre au Tribunal saisi ou à un autre tribunal, si le Tribunal des prud'hommes s'était estimé incompétent, de poser une règle prétorienne (cf. *infra* D. III.3.d). Dans le jugement zurichois précité (note 1), la situation était plus claire car l'employeur avait tenu des propos racistes à l'endroit de la candidate éconduite (cf. Plädoyer 2/2006, p. 73).

III. Les carences de l'ordre juridique

1. La problématique

L'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. donne *un mandat* principalement au législateur⁶⁹. Qu'advient-il lorsque le législateur ne donne pas suite à ce mandat alors qu'un droit fondamental se prête à une réalisation dans les relations entre particuliers et qu'un besoin de protection se fait sentir? Concrètement, les tribunaux et les autorités d'application sont-ils impuissants si le législateur reste passif pendant des années, voire des décennies, alors que la réalité sociale est faite de discriminations portant clairement atteinte à la dignité humaine?

2. Le droit pénal

En droit pénal, le principe de la légalité joue un rôle essentiel, spécialement quant à la définition des actes réprimés pénalement. Au reste, le Code pénal s'ouvre par le principe de la légalité, envisagé de manière largement formelle. L'importance que revêt ce principe ne laisse pratiquement aucune place aux autorités d'application du droit pour réprimer des comportements sans se rattacher à une norme pénale, fût-ce pour réaliser certains droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme contraint les Etats à réprimer pénalement certains actes. Une telle obligation positive découle, pour l'heure, surtout des art. 2, 3 et 4 CEDH⁷⁰. Il n'en demeure pas moins que, par exemple, l'obligation de réprimer pénalement des crimes racistes pourrait se déduire de l'art. 14 CEDH combiné avec l'une de ces dispositions. On observera toutefois qu'elle pèse avant tout sur les autorités *législatives*. L'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. n'impose pas, pour sa part, l'adoption de normes de droit privé *et* de droit pénal dans tous les cas. Les autorités bénéficient d'une marge de manœuvre substantielle sur ce point, sous réserve de normes internationales spéciales⁷¹.

3. Le droit privé

a. Le rôle du juge

Le droit privé ménage une place plus importante aux tribunaux⁷². L'existence d'une *lacune proprement dite* appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle⁷³, de corriger *les la-*

69 Voir *supra* B. I.

70 Voir l'arrêt de principe *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, p. 3159, § 115.

71 Art. 4 CEDR, par exemple.

72 Art. 1^{er} al. 2 CC.

73 Voir spécialement ARTHUR MEIER-HAYOZ in: *Berner Kommentar*, Berne 1966, pp. 155–156, n^{os} 302–310 ad Art. 1 CC.

cunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution fédérale⁷⁴. Une lacune proprement dite est largement perçue comme *un vide contraire à l'économie d'une loi*⁷⁵.

L'absence de mise en œuvre d'une garantie fondamentale dans le droit régissant les relations entre particuliers ne s'apparente généralement pas à un vide contraire à l'économie d'une loi. Toute intervention du juge civil n'est pas pour autant exclue⁷⁶. La lettre de l'art. 1^{er} al. 2 CC ne limite pas l'activité du juge au comblement de lacunes véritables dans l'économie d'une loi⁷⁷. Du reste, la notion de «lacune» n'apparaît pas expressément dans cette norme. Plusieurs auteurs admettent que le «droit prétorien» puisse se situer au-delà de l'économie d'une loi⁷⁸.

Par ailleurs, diverses règles anciennes très générales du droit privé ne sont plus en pleine adéquation avec le droit supérieur, et les circonstances se sont fondamentalement modifiées depuis leur adoption⁷⁹. La liberté contractuelle n'a, par exemple, plus l'ampleur qu'elle avait en 1912, notamment quant au choix des partenaires contractuels⁸⁰. Certes, la portée de cette liberté peut être restreinte par le biais de l'interprétation, le cas échéant selon la méthode téléologique restrictive⁸¹, voire en considérant que le Code contient des lacunes improprement dites, dont le comblement est exceptionnellement permis. Toutefois, le seul recours à ces techniques ne répond pas au besoin de droit et de justice dans la problématique qui nous occupe.

74 ATF 129 III 656 *OFJ*, consid. 4.1 et les références jurisprudentielles.

75 Voir notamment MEIER-HAYOZ (note 73), p. 150, n° 276 ad Art. 1 CC; HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, in: *Traité de droit civil suisse*, Fribourg 1969, p. 104; HAUSHEER/JAUN (note 53), p. 81, n° 221 ad Art. 1 et les références jurisprudentielles; KRAMER (note 53), notamment pp. 162–163 et 168. Voir aussi, en matière de droits fondamentaux, MICHEL ROSSINELLI, Les libertés non écrites, thèse Genève, Lausanne 1987, pp. 239–244; BERNHARD RÜTSCHKE, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, thèse Berne, Bâle/Genève/Munich 2002, pp. 246–248 et 317.

76 Ce point a été admis par le TF in ATF 120 V 312 *Francisco R.*, consid. 3b, mais, se retranchant *in casu* derrière le *silence qualifié* du règlement LPP et du contrat de prévoyance en cause, il a conclu que, dans le cadre de la prévoyance plus étendue pratiquée par une institution de prévoyance du droit privé, il n'existait aucun droit à une rente de *veuf* (alors que le droit à une rente de *veuve* était prévu).

77 Voir GIOVANNI BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, thèse Bâle, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, pp. 488–489; voir aussi SCHEFER (note 41), pp. 329–330.

78 WALTER (note 67), pp. 6–9; HAUSHEER/JAUN (note 53), pp. 82–83, n°s 225–231 ad Art. 1; KRAMER (note 53), pp. 157 et 207 ss; cf. également HEINRICH HONSELL in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser (éd.), *Zivilgesetzbuch I*, Commentaire bâlois, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2002, p. 21, n° 36 ad Art. 1 ainsi que, dans l'optique du droit constitutionnel, MÜLLER (note 67), pp. 125–127.

79 Comp. WALTER (note 67), p. 9.

80 Le TF l'admet lui-même (voir récemment ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.2 et 6.3, JT 2003 I 127). Voir aussi, parmi de nombreux auteurs, KLETT (note 57), pp. 170–172.

81 Le TF canalise étroitement le recours à l'interprétation téléologique restrictive (ATF 129 III 656 *OFJ*, consid. 4.1; 128 III 113 *M. W.*, consid. 2a et les arrêts cités).

A notre sens, le droit prétorien, se fondant sur l'art. 1^{er} al. 2 CC, entre en réalité en ligne de compte lors de *carences* de l'ordre juridique⁸² – terme générique regroupant les lacunes proprement dites, dans leur acception traditionnelle, les lacunes improprement dites, dans les cas exceptionnels où elles peuvent être comblées, *ainsi que* les cas dans lesquels le législateur ne s'est pas acquitté d'un mandat résultant d'une norme fondamentale de la Constitution fédérale ou du droit international. Seules les normes visant clairement les relations entre particuliers soumises au droit privé, comme l'art. 35 al. 1 – l'al. 1 vise aussi le droit public – et surtout 3 Cst. féd., sont concernées par cette extension du rôle du juge. Il existe une problématique et des enjeux propres aux droits fondamentaux que les juges sont habilités et habitués à manier. Aussi l'extension que nous préconisons n'englobe-t-elle pas la plupart des autres normes constitutionnelles et conventionnelles imposant des mandats à la Confédération ou aux cantons – impliquant généralement, du reste, l'adoption de règles de droit public. Enfin, ces autres mandats laissent parfois une très grande marge d'appréciation aux autorités quant au moment de leur exécution, contrairement à l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd.

b. La prise en compte de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. et d'autres normes relevant du droit supérieur

Il convient, en somme, de réinterpréter le rôle du juge, tel qu'il est prévu à l'art. 1^{er} al. 2 CC, à la lumière de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. ainsi que de diverses normes internationales. Une telle réinterprétation s'impose en vertu du principe de l'interprétation conforme au droit supérieur⁸³ et du principe «*lex posterior derogat legi priori*»⁸⁴. Elle se justifie car l'art. 35 al. 3 Cst. féd. vise toutes les autorités étatiques susceptibles d'être confrontées à des relations entre particuliers. Or *le juge civil* entre pleinement dans cette délimitation, et l'art. 1^{er} al. 2 CC présente suffisamment d'élasticité pour permettre une telle réinterprétation.

La redéfinition du rôle du juge passe par la question de savoir si le législateur aurait dû régler un point *compte tenu du mandat résultant de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd.* ou *d'autres normes du droit supérieur*. Plusieurs hypothèses entrent en ligne de compte:

82 La notion de «lacune» est trop restrictive (voir aussi BIAGGINI [note 77], pp. 487–489).

83 ATF 130 II 65 *Service des contributions du canton du Jura*, consid. 4.2 (interprétation conforme à la Cst. féd.); ATF 125 II 417 A., consid. 4c, SJ 2000 I 202 rés. (interprétation conforme au droit international).

84 Certes, cet adage vise normalement des actes de même rang. Rien n'empêche cependant de l'invoquer quand l'acte de rang supérieur est, en même temps, le plus récent. L'art. 35 al. 3 Cst. féd. est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000 et l'art. 1^{er} al. 2 CC le 1^{er} janvier 1912. Le remplacement des termes «*der Richter*» par les termes «*das Gericht*» dans la version allemande de l'art. 1^{er} al. 2 CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000 (AS 1999, pp. 1143–1144), ne remet pas en cause l'antériorité de cette disposition.

- Le législateur *s'est abstenu* de régler un point, sans que son silence soit qualifié, et aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi en cause: dans ce cas, l'ordre juridique présente une lacune susceptible d'être comblée par le juge civil d'une manière contribuant à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, même si cela implique de sortir de l'économie de la loi en question.
- Plusieurs solutions se dégagent du texte ou de l'interprétation d'une norme écrite, dont *certaines seulement* permettent de mettre en œuvre le mandat découlant de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. ou du droit supérieur: dans un tel cas, qui relève de l'interprétation du droit, il convient de privilégier ces dernières solutions.
- Le législateur n'a pas spécifiquement réglé un point, *mais* les solutions qui se dégagent du texte ou de l'interprétation d'une norme écrite très générale (la liberté contractuelle⁸⁵ ou la règle sur le fardeau de la preuve⁸⁶, par exemple), entravent *toutes* la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers: selon les cas, l'ordre juridique présente *une carence*, spécialement si les circonstances se sont fondamentalement modifiées depuis l'adoption de la norme⁸⁷ et si le droit supérieur a évolué dans une direction différant des solutions se dégageant du texte ou de l'interprétation de la norme, sans que cela se traduise nécessairement par un conflit normatif patent⁸⁸. Il n'est pas indispensable, à notre avis, que soit systématiquement démontré un abus de droit. En poussant le raisonnement à l'extrême, on pourrait même aller jusqu'à dire que la loi – parce que trop générale et dépassée – ne contient aucune disposition *applicable* au cas particulier, au sens de l'art. 1^{er} al. 2 CC. La loi n'est pas remise en cause dans son ensemble, mais dans sa portée seulement.
- Le législateur a réglé un point d'une manière allant à l'encontre d'une obligation claire à la charge de la Suisse en vertu d'une norme internationale

85 Art. 1^{er} et 19 CO.

86 Art. 8 CC. La mise en œuvre prétorienne de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers pourrait s'accompagner d'un allègement du fardeau de la preuve, sans aller jusqu'à un renversement pur et simple. A cet égard, le TF admet d'ores et déjà, sans aucune base légale, que «*le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur*» (ATF 130 III 699 X., consid. 4.1 *in fine*). Cet assouplissement prétorien rapproche le régime de la preuve du congé abusif du régime prévu à l'art. 6 LEg, même si seul ce dernier article met véritablement à la charge de l'employeur le fardeau de la preuve une fois que la personne qui invoque la LEg apporte des indices rendant vraisemblable l'existence d'une discrimination (ATF 130 III 145 X. SA, consid. 4.2).

87 Comp. WALTER (note 67), p. 9 (2^e colonne, dernier tiret).

88 Il n'y a pas, à proprement parler, de conflit normatif *patent* entre la liberté contractuelle, invoquée par un employeur pour refuser d'embaucher une personne pour un motif discriminatoire, et l'art. 8 al. 2 Cst. féd., car cette dernière disposition ne confère pas, à elle seule, un droit subjectif aux particuliers dans les relations interindividuelles (sous réserve de l'art. 35 al. 2 Cst. féd.). Le conflit est en tous cas *latent* compte tenu de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd.

directement applicable la liant: en vertu du principe de la primauté du droit international⁸⁹, la règle internationale directement applicable l'emporte sur la norme interne⁹⁰, même si celle-ci est plus récente.

- Le législateur n'a pas réglé un point, mais une norme internationale *non directement applicable* met à la charge de la Suisse une obligation *claire* de veiller à la réalisation d'un droit fondamental dans les relations entre particuliers⁹¹: dans un tel cas, la norme internationale est susceptible de fonder une règle prétorienne. A défaut, la Suisse ne respecterait pas ses obligations internationales. L'inaction du législateur ne saurait permettre à la Suisse de se départir éternellement de ses obligations internationales. L'obligation figurant dans la norme internationale vise les différentes autorités étatiques⁹², y compris les tribunaux civils dans le cadre de l'art. 1^{er} al. 2 CC.
- Le législateur a réglé un point d'une manière entravant ou même allant à l'encontre d'une obligation *claire* à la charge de la Suisse en vertu d'une norme internationale relative aux droits fondamentaux, *non directement applicable*: à notre sens, l'analyse doit être la même que dans l'hypothèse précédente. Certes, les tribunaux risquent de s'imposer une très grande retenue et doivent laisser un délai raisonnable au législateur pour adapter l'ordre juridique interne. Une fois ce délai passé, il existe un espace pour du droit prétorien.
- Le législateur a spécifiquement réglé un point en droit privé, y compris par un silence qualifié, d'une manière *entravant*, voire *rendant plus difficile* la réalisation d'un droit fondamental dans les relations entre particuliers, sans qu'une norme internationale entre en ligne de compte: dans un tel cas, il convient de réduire la portée de la norme dans toute la mesure où les méthodes d'interprétation le permettent. Aller au-delà paraît très délicat, compte tenu de l'art. 1^{er} CC et – en admettant que le point soit réglé dans une loi fédérale – de l'art. 190 Cst. féd.⁹³. Il faut néanmoins en tout cas réserver l'hypothèse de l'*abus de droit*, au sens de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral⁹⁴, voire aussi les violations caractérisées de la Constitution fédérale⁹⁵. De plus, rien n'empêche le juge civil de poser d'autres

89 ATF 122 II 485 S., consid. 3a et les références; voir également ATF 125 II 417 A., consid. 4d.

90 Exemple: le principe de non-discrimination de l'ALCP l'emporte sur l'art. 708 al. 1 CO (cf., en ce sens, une circulaire de l'Office fédéral du RC, du 25 juillet 2003).

91 Art. 2 al. 1 let. d CEDR; art. 2 let. e CEDEF. Voir, à propos de l'art. 2 CEDR, l'opinion suivante du Conseil fédéral (FF 1992 III 283): «L'article 2 [y compris l'al. 1 let. d] s'adresse en premier lieu aux autorités législatives des Etats parties à la Convention». Le CF utilise les termes «en premier lieu» et non pas le terme «exclusivement».

92 Voir DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht*, thèse Berne, Berne 2005, p. 53 et les références.

93 Selon la numération valable à compter du 1^{er} janvier 2007. Toutes les références, dans ce texte, à l'art. 190 Cst. féd. se rapportent à cette numération.

94 ATF 129 III 656 OFJ, consid. 4.1 et les références jurisprudentielles.

95 BIAGGINI (note 77), p. 446; SCHEFER (note 41), notamment pp. 323–324.

règles contribuant à la réalisation du droit fondamental en cause dans les relations entre particuliers, pour autant que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la question de manière exhaustive, que les règles prétoriennes respectent les limites énumérées ci-dessous et qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit des règles adoptées par le législateur⁹⁶.

Le juge civil ne jouit pas pour autant d'une liberté totale dans ces différentes hypothèses. Diverses limites – s'appliquant *cumulativement* – bornent son pouvoir de remédier aux carences de l'ordre juridique, étant précisé que ces limites ne concernent évidemment pas les normes dotées d'un effet horizontal direct⁹⁷. En somme, il s'agit d'éviter que les juges se muent en co-législateurs, tout en leur permettant d'utiliser tout le potentiel de l'art. 1^{er} al. 2 CC eu égard aux exigences du droit supérieur. La Suisse est certes un pays de droit écrit, mais elle s'est distinguée de ses voisins, il y a un siècle, précisément par l'art. 1^{er} al. 2 CC⁹⁸.

c. Les limites du droit prétorien

aa. La garantie fondamentale en jeu

Il appartient tout d'abord *au juge civil* d'établir si, dans la relation entre particuliers qui lui est soumise, le ou les droits fondamentaux qui entrent *a priori* en ligne de compte sont ou ne sont pas réalisés. Cela implique de déterminer, conformément à l'art. 35 al. 3 Cst. féd., si ce ou ces droits fondamentaux se prêtent effectivement à une réalisation dans les relations entre particuliers. Ainsi, un droit fondamental peut ne pas se prêter ou ne se prêter que partiellement à une réalisation dans les relations entre particuliers⁹⁹. L'interdiction de la discrimination, au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. féd., se prête largement à une réalisation dans les relations entre particuliers¹⁰⁰. Cela est plus discutable, dans divers domaines à tout le moins¹⁰¹, en ce qui concerne la garantie générale de l'égalité.

96 Voir, par analogie, ATF 131 I 333 *Société coopérative d'habitation Lausanne*, consid. 2.1. Cette jurisprudence se rapporte certes à l'art. 6 CC. Elle est cependant transposable à d'autres situations. Ainsi a-t-elle, par exemple, été appliquée *mutatis mutandis* aux relations entre le droit pénal fédéral et le droit public cantonal (ATF 101 Ia 575 S., consid. 4a) ainsi que, d'une manière générale, entre le droit fédéral de fond ou de procédure et le droit cantonal de procédure (ATF 121 III 266 S., consid. 2b, JT 1996 I 43).

97 Art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd.; art. 9 al. 4–5 et art. 15 al. 2 de l'Annexe I de l'ALCP.

98 Voir notamment HONSELL (note 78), p. 20, n^o 34 *in initio*; KRAMER (note 53), p. 208.

99 BO (tiré à part sur la réforme de la Cst. féd.) 1998 CE 53 (DICK MARTY), CN 238 (ARNOLD KOLLER).

100 Voir notamment PULVER (note 17), pp. 166 et 317, n^{os} 230 et 396; WALDMANN (note 17), pp. 392, 400 et 493–494, qui soutient, avec pertinence, qu'une transposition est même requise.

101 Voir notamment MARKUS SCHEFER, *Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben*, PJA 2002, pp. 1131–1143, 1136, note 41, à propos des relations contractuelles.

En tant qu'est concernée une intervention du juge, il convient de se montrer très exigeant à propos de cette première limite, en étant plus strict que lorsqu'est en cause une intervention du législateur. Ainsi faut-il dépasser la seule contrainte selon laquelle un droit fondamental se prête, à première vue, à une réalisation dans les relations entre particuliers, pour exiger, en principe, que cette réalisation réponde à un véritable *besoin de protection* et soit *largement admise*. Il en va notamment ainsi lorsqu'une telle réalisation est prescrite par un traité international liant la Suisse¹⁰². A l'inverse, plus la controverse règne quant au fait qu'un droit fondamental se prête à une réalisation dans les relations entre particuliers, plus les juges doivent faire preuve de retenue¹⁰³, allant, le cas échéant, jusqu'à s'abstenir de poser une quelconque règle.

Par ailleurs, une transposition prétorienne d'un droit fondamental dans des relations entre particuliers est avant tout possible pour les comportements qui sont *clairement prohibés* par le droit fondamental en question¹⁰⁴ – abstraction faite de la question du destinataire de ce droit. Ainsi, par exemple, le refus d'attribuer un logement à une personne en raison de sa race ou de son origine ethnique est indiscutablement discriminatoire. A l'inverse, les zones floues ou controversées de la portée d'un droit fondamental se prêtent beaucoup plus difficilement, voire ne se prêtent pas du tout à une telle transposition.

Enfin, une norme visant les relations entre *l'Etat et les particuliers*, jugée non directement applicable, ne saurait servir de base à une règle prétorienne créant un droit *justiciable* dans les relations entre particuliers. Le parallélisme est au moins de mise sur ce plan¹⁰⁵. A défaut, une forme de schizophrénie pourrait être reprochée aux juges! En revanche, une mise en œuvre prétorienne d'une norme internationale visant clairement les relations *entre particuliers* n'est pas exclue, même si sa justiciabilité est contestée. Si l'obligation découlant de la norme internationale est claire et qu'elle permet d'identifier sans conteste des comportements prohibés¹⁰⁶, alors elle est susceptible d'être mise en œuvre par voie prétorienne pour ces comportements. Cette approche ne confère pas à la norme internationale un caractère directement applicable.

102 Voir notamment les art. 2 al. 1 let. d CEDR et 2 let. e CEDEF.

103 Voir, à propos de la retenue des juges face aux questions controversées, ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts*, JZ 1981, pp. 417–423, 421–422; HAUSHEER/JAUN (note 53), pp. 82–83, n^{os} 227–228 ad Art. 1 et les références doctrinales; KRAMER (note 53), p. 262.

104 Le manque de précision des droits fondamentaux pousse la doctrine majoritaire au plus grand scepticisme à l'égard de l'effet horizontal direct de tels droits (voir notamment PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004, pp. 126–127, n^o 63).

105 Avant de déduire de l'art. 13 al. 2 let. c du Pacte ONU I un droit subjectif invocable à l'encontre d'un établissement supérieur privé, le TF devrait commencer par modifier sa jurisprudence selon laquelle cette disposition n'est pas justiciable dans une relation de droit public (ATF 130 I 113 A., consid. 3.3)!

106 Il en va, à notre sens, ainsi des art. 2 al. 1 let. d CEDR et 2 let. e CEDEF, par exemple.

En effet, la norme est bel et bien transposée en droit interne non pas par voie législative, en raison de la défaillance du législateur, mais par voie prétorienne. Concrètement, le particulier ne fonde pas sa prétention sur la norme internationale, mais, par anticipation, sur *la règle plus précise qu'il demande au juge de poser* en se – le juge et non pas le particulier!¹⁰⁷ – mettant dans la peau du législateur, conformément à l'art. 1^{er} al. 2 CC.

bb. Une certaine primauté du législateur

La tentation peut être grande de soutenir qu'un besoin de protection, *insatisfait par le droit écrit ou coutumier*, justifierait une intervention du juge *dans tous les cas*, y compris en cas de silence qualifié du législateur ou de solution insatisfaisante résultant du droit écrit. Dans les hypothèses que nous avons distinguées plus haut, nous avons indiqué dans quelle mesure le juge civil est habilité à remédier à une carence de l'ordre juridique¹⁰⁸. Cette mesure prenait en compte, à divers égards, *la primauté du législateur*. Aller au-delà nous paraît difficilement compatible avec les art. 190 Cst. féd. et 1^{er} CC.

En matière de droit privé, l'analyse porte avant tout sur des actes normatifs fédéraux largement *immunisés*, directement ou indirectement, par l'article 190 Cst. féd. Les silences qualifiés découlant de tels actes sont aussi immunisés. De plus, le législateur conserve *une certaine marge d'appréciation* lors de la mise en œuvre des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Il ne faudrait pas qu'en cherchant à remédier aux solutions qu'ils trouvent insatisfaisantes, les juges substituent leur propre appréciation à celle du législateur, à tout le moins lorsque celui-ci n'a pas outrepassé la marge dont il dispose.

Il faut encore se demander si *l'abandon d'un projet législatif* de mise en œuvre d'un droit fondamental dans les relations entre particuliers a un impact sur la possibilité, pour les juges, de poser eux-mêmes des règles. L'abandon d'un tel projet signifie – les lecteurs nous pardonneront cette lapalissade! – qu'aucun acte normatif n'est adopté. Autrement dit, les juges ne voient leur liberté restreinte ni par un acte immunisé par l'art. 190 Cst. féd., ni par une loi ou une disposition légale applicable au sens de l'art. 1^{er} CC. L'abandon d'un projet n'équivaut pas à un silence qualifié du législateur, lequel suppose que la procédure législative soit arrivée à son terme, ce qui implique, s'agissant des lois fédérales, que ce silence soit ratifié, avec le reste de la réforme législative en question, expressément ou tacitement par le peuple, selon que le référendum est demandé et aboutit ou non. Le rejet par le peuple d'un acte normatif constitue évidemment le cas le plus délicat. Cependant, même dans ce cas, il n'y a pas de loi ou de disposition légale applicable au sens des

107 Pour le surplus, voir *infra* D. III.3.d, par analogie.

108 Voir *supra* D. III.3.b.

art. 190 Cst. féd. et 1^{er} CC. Certes, les juges s'imposeront une grande retenue dans ce cas. Néanmoins, le rejet par le peuple, le 22 septembre 2002, d'une loi fédérale sur le marché de l'électricité n'a pas empêché le Tribunal fédéral de rendre, neuf mois plus tard, un arrêt libéral en la matière¹⁰⁹. De surcroît, le mandat résultant de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. demeure en cas d'abandon d'un projet législatif, et cet abandon n'en réduit pas l'importance.

Enfin, si une règle prétorienne ne satisfait pas le législateur fédéral ordinaire, ce dernier conserve, dans une certaine mesure, le *pouvoir du dernier mot* puisqu'il peut adopter une norme corrigeant ou atténuant la règle prétorienne¹¹⁰, pour autant qu'il reste dans le cadre du droit supérieur, notamment dans celui de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. L'art. 190 Cst. féd. immunise, du reste, la norme correctrice qu'il adopte, sauf à l'égard du droit international. En légiférant, le législateur fédéral ordinaire s'expose à un contrôle populaire. Le peuple a ainsi potentiellement le tout dernier mot, ce qui met notre approche en harmonie avec la primauté du législateur et, ultimement, avec *la souveraineté populaire*.

cc. Le délai raisonnable

Le législateur doit bénéficier d'*un délai raisonnable* pour adopter les règles de droit contribuant à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, un peu à l'instar des législateurs nationaux chargés de transposer des directives communautaires. Idéalement, ce délai devrait courir dès l'entrée en vigueur de la norme prescrivant de veiller à la réalisation d'un droit fondamental¹¹¹. S'agissant de la discrimination raciale notamment, des normes sont requises à titre préventif¹¹². En passant – mais sans en tirer une véritable analogie car un canton était en cause –, on se souviendra que le Tribunal fédéral avait imposé le droit de vote des femmes au demi-canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, notamment après avoir constaté que celui-ci avait disposé de suffisamment de temps – neuf ans – pour modifier son ordre constitutionnel suite à l'entrée en vigueur de l'art. 4 al. 2 de l'ancienne Constitution fédérale¹¹³. *A tout le moins* – mais ce bémol, empreint de *Realpolitik*, est contestable car il atténue l'effet préventif susmentionné –, le délai raisonnable devrait courir à partir du moment où des données factuelles in-

109 ATF 129 II 497 *EEF*, voir spécialement consid. 3.2.

110 Dans le même sens, WALTER (note 67), p. 10.

111 Comp. ATF 116 V 198 *K.*, consid. II.3a, dernier paragraphe. Sur ce point, voir spécialement BIAGGINI (note 77), pp. 468–472; cf. également JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *La Constitution, son contenu, son usage*, RDS 1991 II 9-141, 121, n° 222 *in fine*. D'un avis différent, RÜTSCHÉ (note 75), p. 198, qui ne tient cependant pas compte du fait que le constituant accorde parfois une forme de primauté au législateur et que seule la défaillance de celui-ci ouvre un espace aux juges.

112 FF 1992 III 277 et les références citées. Voir aussi l'interview de DOUDOU DIÈNE (note 48).

113 ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner*, consid. 10b *in fine*, JT 1992 I 98.

diquent qu'un droit fondamental n'est pas réalisé dans les relations entre particuliers.

Il n'est pas possible de chiffrer de manière absolue le laps de temps dont dispose le législateur pour régler une question. Il convient de déterminer cette durée *au cas par cas*, en fonction des droits fondamentaux en jeu, de l'ampleur de la réforme législative requise et de la gravité de la situation. A titre d'exemple, bientôt douze ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur, pour la Suisse, de la CEDR, et rien n'a été fait en droit privé. Une telle carence du législateur est inadmissible. Lorsque la dignité humaine est clairement en jeu, une réaction rapide du législateur s'impose et, par conséquent, une règle prétorienne peut intervenir rapidement en cas d'inaction du législateur. On ajoutera que le législateur doit se tenir informé quant à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre les particuliers. A cet égard, les rapports préparés par l'administration fédérale sur la situation des droits fondamentaux en Suisse¹¹⁴ ou élaborés par des institutions supranationales¹¹⁵ sont d'un grand intérêt et devraient contenir une section relative à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Des publications dignes d'intérêt émanent également de la Commission fédérale contre le racisme¹¹⁶ ainsi que d'associations.

dd. L'impact sur l'issue du litige

Sous réserve de situations très particulières et de la question de l'avertissement préalable¹¹⁷, les juges ne devraient poser que des règles ayant *un impact sur l'issue du litige*. Rien n'empêche, en revanche, les juges d'envisager de poser une règle, puis de laisser la question ouverte si une règle prétorienne n'est pas nécessaire dans la cause dont ils sont saisis. Ainsi la règle prétorienne reste-t-elle étroitement liée à l'état de fait d'une cause, réduisant ainsi le risque que les juges deviennent des co-législateurs. Certes, l'art. 1^{er} al. 2 CC implique une réflexion générale et abstraite conduisant à une solution *généralisable*¹¹⁸, de façon à respecter *l'égalité de traitement*. La règle posée par le juge s'appliquera uniquement à des espèces similaires. En ce sens seulement, elle est *générale* et *abstraite*.

114 Voir, par exemple, les deuxième et troisième rapports périodiques présentés par la Suisse au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale, Berne, mai 2000.

115 Voir, par exemple, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Troisième rapport sur la Suisse adopté le 27 juin 2003, Strasbourg, janvier 2004.

116 Voir, par exemple, CARMEL FRÖHLICHER-STINES et KELECHI MONIKA MENNEL, Les Noirs en Suisse – Une vie entre intégration et discrimination, Commission fédérale contre le racisme, Berne 2004.

117 Voir *infra* D.III.3.c.ff.

118 MEIER-HAYOZ (note 73), p. 158, n° 321 ad Art. 1 CC; KRAMER (note 53), pp. 216–218; voir également DAVID DÜRR in: Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 1998, p. 353, n° 359 ad Art. 1 CC.

ee. La proportionnalité

Le principe de la proportionnalité s'impose à toutes les autorités étatiques¹¹⁹, y compris dès lors au juge civil lorsqu'il agit sur la base de l'art. 1^{er} al. 2 CC¹²⁰. Ce principe entre donc déjà en ligne de compte lors de la *définition* de la règle prétorienne. Il se décompose en des sous-principes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit¹²¹. En bref, la règle prétorienne doit être apte ainsi que nécessaire à la réalisation du droit fondamental dans la relation entre particuliers, et respecter la proportionnalité au sens étroit. Il convient de privilégier les solutions permettant une telle réalisation tout en préservant les libertés individuelles dans toute la mesure du possible. Ultiment, cela implique de procéder à *une pesée des intérêts* en présence, en fonction des circonstances de l'espèce¹²².

En d'autres termes, le *besoin de protection* d'un particulier, non satisfait par le droit écrit ou coutumier en vigueur, doit l'emporter sur la liberté de l'autre partie à la relation. Ainsi, par exemple, une discrimination à l'embauche fondée sur des critères raciaux appelle, à notre avis, un tel besoin de protection. En revanche, exiger d'une entreprise privée de loisirs qu'elle consente des rabais aux familles¹²³ ne répond pas *a priori* à un besoin de protection de même intensité, en particulier parce que la dignité humaine ne paraît pas touchée ou seulement dans un faible mesure. Parmi les critères à prendre en compte dans le cadre de cette pesée des intérêts¹²⁴, les éléments suivants revêtent un poids particulier et peuvent conduire à ce que la protection contre les discriminations l'emporte sur la liberté invoquée:

- le fait que *la vie* ou *l'intégrité* physique ou psychique d'une personne soit en jeu;
- le fait qu'une personne soit atteinte *dans sa dignité*¹²⁵, notamment parce qu'elle est traitée de manière dégradante,

119 Art. 5 al. 2 (principe général) et 36 al. 3 (restriction des droits fondamentaux) Cst. féd.

120 Voir notamment DESCHENAUX (note 75), pp. 103–104.

121 Pour une application de ces sous-principes dans un litige concernant, à l'origine, deux particuliers, voir ATF 130 II 425 X. SA, consid. 5 et 6.

122 Voir, par analogie, ATF 126 II 300 *Ruth Gonseth*, consid. 5b, JT 2001 I 674. Voir, dans la doctrine allemande, MATTHIAS JESTAEDT, *Diskriminierungsschutz und Privatautonomie*, VVDStRL n° 64, Berlin 2005, pp. 298–354, 338 et 347.

123 La vie familiale est protégée (art. 13 al. 1 Cst. féd.) et le droit à la famille est garanti (art. 14 Cst. féd.).

124 Pour une liste plus fournie, voir, dans l'optique du droit allemand, JESTAEDT (note 122), pp. 347–349.

125 Voir MÜLLER (note 15), n° 23; JESTAEDT (note 122), p. 347; BESSON (note 15), p. 146, n° 616 et les références doctrinales; voir aussi SCHEFER (note 41), notamment p. 310. Certes, l'on pourrait soutenir que la dignité d'une personne ayant préalablement refusé de contracter avec une autre personne pour des motifs discriminatoires est aussi en jeu si on lui impose de contracter avec cette personne (voir GÖKSU [note 59], p. 149, n° 499; KLETT [note 57], p. 176). Toutefois, seule la victime de la discrimination subit potentiellement un *traitement dégradant* et requiert dès lors une protection particulière.

- le fait que le bien, la place de travail ou encore le service ait été offert d'une manière *générale et publique*¹²⁶,
- le fait que soit en cause *un besoin courant*, comme, par exemple, l'alimentation, le travail et le logement¹²⁷,
- le fait que la personne dont le comportement est en cause soit *en position de puissance*¹²⁸, une position dominante sur le marché n'étant toutefois pas requise (l'art. 7 LCart offre une protection dans ce cas),
- le fait que la possibilité de s'adresser à *d'autres particuliers* soit réduite, voire inexistante¹²⁹, ainsi que
- le fait que le comportement en cause ne repose sur *aucun motif objectif*¹³⁰.

Le premier élément suffit à lui seul. Le deuxième pourrait aussi s'avérer suffisant si l'atteinte est clairement établie, tout particulièrement si elle est grave. Il convient toutefois de réserver, en tout cas, certaines décisions éminemment personnelles, comme le choix de son conjoint. Si ni la vie, ni l'intégrité, ni la dignité humaine ne sont en cause, les cinq autres éléments devraient, en principe, être cumulativement réunis¹³¹ pour faire prévaloir la protection contre les discriminations sur la liberté individuelle en jeu. Une certaine souplesse est toutefois de mise sur ce point, afin de tenir compte des intérêts en cause dans chaque espèce. Enfin, le fait que la protection contre les discriminations l'emporte sur la liberté en cause ne signifie pas encore, en matière contractuelle, qu'une obligation de contracter doive être automatiquement prononcée. Il appartient au juge civil de déterminer, dans chaque cas, si une telle obligation se justifie ou si d'autres sanctions civiles sont plus appropriées.

ff. L'accessibilité, la prévisibilité, la clarté et la précision du droit prétorien
 Dans les cas où les conditions qui précèdent sont réunies, une difficulté subsiste. Il manque à la règle prétorienne, avant qu'elle soit énoncée, un attribut essentiel: le caractère *prévisible* et *accessible*, permettant à chacun d'adapter

126 Voir, par analogie, ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127, à propos de l'obligation de contracter. Voir notamment, dans une optique *de constitutione ferenda*, SAMANTHA BESSON, Liberté d'association et égalité de traitement, RDS 2001 I, pp. 43–75, 54–55; WALDMANN (note 17), pp. 404 et 411.

127 Voir, par analogie, ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127. Voir notamment ERNST A. KRAMER in: Berner Kommentar, Berne 1990, p. 53, n° 110 ad Art. 19–20 CO; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Ulrich Zimmerli (éd.), Die neue Bundesverfassung, Berne 2000, pp. 103–129, 129.

128 Voir, par analogie, ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127. Voir notamment KRAMER (note 127), p. 53, n° 110 ad Art. 19–20; MÜLLER (note 15), n° 23; MÜLLER (note 127), p. 129; BESSON (note 126), p. 55; WALDMANN (note 17), pp. 410–411.

129 Comp. ATF 127 I 84 P., consid. 4c *in fine*, JT 2003 I 94. Ce critère se recoupe, dans certains cas, avec le critère précédent. Tel n'est cependant pas toujours le cas.

130 Voir, par analogie, ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127.

131 Voir, par analogie, ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127.

son comportement à cette règle. Le juge civil est-il dès lors tenu d'énoncer et d'annoncer la règle dans un premier cas sans l'appliquer, puis de publier ou de diffuser largement ce jugement afin d'être en mesure d'appliquer la règle dans d'autres espèces similaires? Cette question est parfaitement légitime sous l'angle de la *légalité*, de la *sécurité du droit* et de l'*égalité de traitement*¹³². A notre sens, deux cas de figure peuvent être distingués:

- Si le Tribunal fédéral ou un autre tribunal décide un jour de suivre l'approche préconisée dans le présent article, il devra *l'annoncer* préalable-ment¹³³, par exemple dans un *obiter dictum* d'un arrêt, car cela revient à modifier sensiblement la pratique actuelle. Des exceptions sont néanmoins possibles, spécialement si le particulier qui se prévaut de l'absence d'avertissement préalable est de mauvaise foi ou commet un abus de droit, voire si la dignité humaine est gravement en cause¹³⁴.
- Une fois cette annonce effectuée, un avertissement préalable ne sera pas nécessairement requis pour *chaque règle prétorienne*. Ainsi, lorsque la nécessité de réaliser un droit fondamental dans les relations entre particuliers est très largement admise, en particulier parce qu'elle est expressément prescrite par un traité international liant la Suisse, un tel avertissement préalable ne nous semble pas forcément nécessaire. L'annonce générale susmentionnée suffit, pour autant qu'elle soit claire et qu'elle résulte d'un précédent jugement, accessible au moment où le comportement litigieux s'est produit.

Au surplus, les règles sur la *clarté* et la *précision* de la base légale¹³⁵ s'appliquent *mutatis mutandis* aux règles prétoriennes. A cet égard, lorsque le domaine en cause est sensible, une règle assez souple peut s'avérer appropriée afin de permettre une solution juste, déterminée au cas par cas¹³⁶.

Une fois qu'elle est énoncée de manière précise et accessible, parce que le jugement est publié ou largement diffusé, la règle devrait être considérée comme suffisante pour restreindre la liberté individuelle en jeu, à tout le moins au regard de l'art. 36 al. 1, *1^{ère} phrase*, Cst. féd.¹³⁷ Certes, les travaux préparatoires relatifs à cette phrase laissent entendre que la restriction devrait reposer sur une loi formelle ou une ordonnance¹³⁸. L'accent n'est cependant pas tant mis sur la légitimité ou la procédure d'adoption de la restriction que

132 Pour une approche très stricte sur ce point, voir WALDMANN (note 17), pp. 416–417.

133 Selon le TF, une modification de la jurisprudence ne peut pas, dans certains cas, intervenir sans avertissement préalable (cf. ATF 122 I 57 GPE, section de Lausanne, consid. 3.c/bb).

134 Un refus de contracter pour des motifs racistes constitue un tel cas, à notre avis.

135 Voir notamment ATF 125 I 361 K., consid. 4a et les références.

136 ATF 125 I 361 K., consid. 4a. Voir notamment WÜGER (note 92), pp. 571–572 et les références.

137 Même si des relations entre particuliers sont en cause, une éventuelle sanction basée sur la règle prétorienne sera *étatique*. Aussi se justifie-t-il d'examiner la problématique sous l'angle de l'art. 36 Cst. féd.

138 FF 1997 I 197, 2^e phrase.

sur son caractère général, abstrait, accessible et prévisible¹³⁹. Or, sous les réserves susmentionnées, une règle prétorienne répond à ces exigences. Par ailleurs, l'application conjointe des art. 8 al. 2, 35 al. 1 et 3 Cst. féd. – ou une norme internationale – ainsi que de l'art. 1^{er} al. 2 CC confère une légitimité non négligeable à la règle prétorienne. En somme, le choix politique de la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, lorsque ces droits s'y prêtent, a été pris par le constituant lui-même ou par l'organe d'approbation d'un traité contenant une norme en la matière. Enfin, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme suit une approche purement matérielle de l'exigence de la base légale, en admettant qu'une décision judiciaire constitue, selon les cas, une telle base¹⁴⁰. Certes, cette jurisprudence constante vise surtout les pays de *common law*. La Cour relève cependant, à juste titre, qu'«on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays *continentaux*»¹⁴¹, ce d'autant moins à l'égard d'un pays comme la Suisse qui se distingue de la tradition continentale pure, précisément par l'art. 1^{er} al. 2 CC.

Il convient enfin de s'interroger sur la portée des art. 36 al. 1, 2^e phrase, et 164 al. 1 let. b Cst. féd. dans la problématique qui nous occupe. Une restriction *grave* à une liberté individuelle peut-elle, en d'autres termes, résulter d'une règle prétorienne? A lire le seul art. 36 al. 1, 2^e phrase, Cst. féd., la réponse à cette question devrait être négative. Cette réponse est cependant de nature à entraver le mandat résultant de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. ainsi que de normes internationales, en cas d'inaction durable du législateur. Il convient, à notre sens, d'affiner l'analyse en partant du principe que ce mandat est essentiel et que la décision d'y donner suite ne saurait relever du seul législateur fédéral ordinaire, y compris lorsque le mandat implique de porter une atteinte importante aux libertés individuelles. Il s'agit de mettre en balance l'exigence d'une base légale formelle, d'une part, et la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers, d'autre part. Il existe, à notre avis, un certain espace pour du droit prétorien. Les fondements juridiques en sont les suivants:

- Les art. 8 al. 2 Cst. féd., 35 al. 1 et 3 Cst. féd. – ou une norme internationale¹⁴² – ainsi que 1^{er} al. 2 CC peuvent parfois former *conjointement* une *lex specialis* par rapport à l'art. 36 al. 1, 2^e phrase, Cst. féd., tout particulièrement lorsque l'obligation de veiller à la réalisation d'un droit fonda-

139 FF 1997 I 197, 3^e phrase; cf. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in: ZIMMERLI (note 127), pp. 131–155, 136; SCHWEIZER (note 9), p. 494, n^o 11 ad Art. 36; MAHON (note 8), p. 323, n^o 7 ad Art. 36.

140 Voir, en premier lieu, l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, série A, n^o 30, § 47.

141 Arrêt *Kruslin c. France* du 24 avril 1990, série A, n^o 176-A, § 29.

142 Art. 2 al. 1 let. d CEDR ou 2 let. e CEDEF, par exemple.

mental dans les relations entre particuliers est très claire et que la protection de la dignité humaine est en jeu.

- L'atteinte en apparence importante à la liberté individuelle en cause du fait de la règle prétorienne peut parfois être (re)qualifiée de *non grave* voire être niée, en particulier lorsque la liberté est invoquée pour légitimer un comportement discriminatoire portant gravement atteinte à la dignité humaine. Selon les cas, le besoin de protection de la personne discriminée est plus important que le besoin de liberté de la personne ayant discriminé.
- Il faut enfin réserver, d'une manière générale, l'art. 2 CC, tant à l'égard de la personne qui se prévaut du défaut de base légale que de celle qui demande au juge de poser une règle prétorienne.

gg. L'ampleur des carences?

Les carences de l'ordre juridique auxquelles sont confrontés les juges n'impliquent pas toutes la même intervention de sa part. Dans certains cas, les juges peuvent se contenter de poser une règle peu importante. Dans d'autres cependant, les juges peuvent être conduits à définir plusieurs règles importantes en se basant sur un droit fondamental¹⁴³. L'ampleur des carences influe sur la durée du délai raisonnable dont doit disposer le législateur avant que le droit prétorien entre en ligne de compte¹⁴⁴.

Dans le cas où toutes les limites susmentionnées sont respectées, mais que les règles requises sont *importantes*, le juge civil peut-il renoncer à prononcer selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur? En pratique, il faut sans doute s'attendre à ce qu'il soit tenté d'y renoncer en se retranchant derrière la séparation des pouvoirs et la retenue traditionnellement attachée au pouvoir judiciaire¹⁴⁵. Cette retenue existe tout particulièrement lorsque des questions de principe se posent¹⁴⁶, lorsqu'une évaluation politique de la question s'impose¹⁴⁷, lorsqu'un principe peut être mis en œuvre de différentes manières¹⁴⁸, lorsque la matière à régler est complexe¹⁴⁹ ou encore lorsque les enjeux financiers sont importants¹⁵⁰.

Ces limites visent aussi bien le juge constitutionnel que le juge civil. Une abstention *systématique* du juge civil dès que les règles prétoriennes qu'il devrait adopter revêtent une certaine importance serait regrettable et critiquable

143 Voir déjà JÖRG PAUL MÜLLER, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne 1983, p. 90; voir également SCHWEIZER (note 9), p. 111, n° 56 ad Art. 8.

144 Voir *supra* D. III.3.c.cc.

145 Voir notamment HAUSHEER/JAUN (note 53), pp. 82–83, n°s 225 et 227 ad Art. 1; KRAMER (note 53), p. 262 et les références doctrinales.

146 ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 6b.

147 ATF 129 II 193 *H.*, consid. 4.2.4; ATF 120 Ia 329 *X*, consid. 3, SJ 1995, 761.

148 ATF 130 I 113 *A.*, consid. 3.3; ATF 129 II 193 *H.*, consid. 4.2.4.

149 ATF 117 V 318 *Staatliche Pensionskasse SO*, consid. 5b.

150 ATF 119 V 277 *Caisse de pensions de l'Etat de Vaud*, consid. 4b.

car elle reviendrait à ajouter à la démission du législateur celle des juges. Une diffusion effective des droits fondamentaux dans l'ordre juridique et, au-delà de celui-ci, dans la société suppose précisément que les juges prennent *le relais du législateur* lorsque celui-ci est défaillant¹⁵¹. Du reste, le Tribunal fédéral n'a pas hésité, à de nombreuses reprises, à poser des règles souvent importantes dans des domaines aussi sensibles que les droits fondamentaux (reconnaissance de libertés non écrites), le droit fiscal (interdiction de la double imposition intercantonale), le droit international privé ou encore la responsabilité civile¹⁵². Aussi des règles importantes peuvent-elles être prétoriennes¹⁵³.

La retenue imposée aux juges repose généralement sur l'idée qu'il ne leur appartient pas de procéder à *des choix politiques*, du fait qu'ils ne jouissent pas de la même légitimité que le législateur ordinaire et que la procédure législative est plus exigeante et légitimante que celle menant à une décision judiciaire¹⁵⁴. Le mandat de l'art. 35 al. 3 Cst. féd. ne laisse cependant pas le choix aux autorités étatiques de veiller ou non à la réalisation des droits fondamentaux dans les relations entre particuliers. Sous réserve du choix des moyens, le seul élément d'appréciation – qui n'est certes pas mince – porte sur les termes «dans la mesure où ils s'y prêtent». Or cet élément implique d'interpréter les droits fondamentaux – tâche traditionnelle des tribunaux, dont ils se sont faits une spécialité et que personne ne leur conteste. Certes, la pesée des intérêts peut s'avérer plus complexe dans les relations horizontales – encore que cela reste à démontrer – parce qu'elle implique de tenir tout particulièrement compte de l'autonomie privée. Les juges sont cependant rompus à l'exercice qui consiste à peser des intérêts divergents.

En somme, le législateur, en refusant de choisir les moyens, ne saurait entraver indéfiniment la fin voulue par le constituant, déterminée le cas échéant après mise en balance de divers droits fondamentaux. Cela dit, une certaine retenue se justifie lors du *choix des moyens* par le juge civil. En règle générale, il se contentera de poser les règles essentielles et indispensables à la réalisation du droit fondamental en question, règles qu'il définira en s'inspirant des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence¹⁵⁵ et en examinant les solutions développées en droit comparé. En reconnaissant un tel pouvoir au juge civil, celui-ci devient *un aiguillon du législateur*. Cet aiguillon n'est aucunement mortifère; au contraire, il nous semble très vivifiant. L'inaction, quand existe une obligation de mise en œuvre législative, n'est, autrement dit, pas une option à moyen et long termes pour le législateur. On nous rétorquera

151 Voir également BIAGGINI (note 77), notamment p. 467, let. h.

152 MÜLLER (note 67), pp. 120–125; KRAMER (note 53), pp. 208–210.

153 Voir, par analogie, DÜRR (note 118), p. 366, n° 416 ad Art. 1 CC.

154 Voir notamment MEIER-HAYOZ (note 103), pp. 421–422; KRAMER (note 53), pp. 259–261.

155 Art. 1^{er} al. 3 CC.

qu'il est parfois préférable que le législateur fédéral ordinaire s'abstienne de légiférer, plutôt qu'il fasse une mauvaise loi immunisée par l'art. 190 Cst. féd. En faisant une telle loi, le législateur prend cependant le risque de la voir rejetée par le peuple en cas d'aboutissement d'une demande de référendum¹⁵⁶. Bref, le peuple peut s'opposer à l'action du législateur et les juges peuvent, dans certains cas, remédier à l'inaction de celui-ci.

d. L'effet horizontal prétorien des droits fondamentaux

Ainsi les droits fondamentaux peuvent-ils produire, à notre avis, un effet horizontal particulier complétant leurs effets direct – quand il est admis – et indirect bien connus¹⁵⁷. Nous parlerons d'effet horizontal *prétorien*, parce que le particulier ne tire pas son droit subjectif directement du droit fondamental en cause¹⁵⁸, mais de *la règle prétorienne* préalablement posée ou, par anticipation, de *la règle qu'il demande au juge de poser* en se¹⁵⁹ mettant dans la peau du législateur, conformément à l'art. 1^{er} al. 2 CC. Autrement dit, *une mise en œuvre par des règles* demeure nécessaire; ces règles émanent toutefois du juge civil, en raison de l'inaction des autorités politiques. A titre d'exemple, une règle prétorienne se justifierait dans une cause telle que celle mentionnée au début du présent article, qui remplit toutes les conditions susmentionnées. La distinction entre l'effet direct et l'effet prétorien n'est pas purement dogmatique. En effet, la règle prétorienne – posée après une pesée attentive des intérêts et influencée par la mesure dans laquelle un droit fondamental se prête à une réalisation dans les relations entre particuliers – peut *différer* de la garantie fondamentale très large figurant dans la Constitution fédérale ou un traité international.

156 Art. 141 let. a Cst. féd.

157 Les travaux préparatoires n'excluent pas une troisième voie (voir en particulier BO [tiré à part sur la réforme de la Cst. féd.] 1998 CE 53 [DICK MARTY], CN 238 [ARNOLD KOLLER, Conseiller fédéral]). Certes, la dichotomie traditionnelle entre l'effet direct et l'effet indirect des droits fondamentaux apparaît notamment dans le message du Conseil fédéral (FF 1997 I 195). Le CF et l'AF n'ont toutefois pas envisagé l'hypothèse où le législateur demeure inactif alors qu'une obligation de légiférer existe. Rien ne laisse supposer qu'il s'agisse d'un silence qualifié de leur part, excluant toute mise en œuvre par les juges. SAMANTHA BESSON fonde cette «troisième voie» sur l'évolution de la pénétration des droits de l'homme dans les relations interindividuelles ainsi que sur l'indivisibilité d'un noyau intangible de droits fondamentaux dont la validité s'étend de manière subsidiaire à l'ensemble de l'ordre juridique (note 15, pp. 254–255, n^{os} 1006–1007). Ce fondement est critiqué par WALDMANN (note 17), p. 494, note 45.

158 Pour une approche différente, voir BESSON (note 15), pp. 254–255, n^{os} 1005 et 1007; voir aussi SCHEFER (note 41), notamment pp. 319–322.

159 Le juge et non pas le particulier!

E. Une réforme nécessaire, mais délicate

Tel que nous le préconisons, l'accroissement du rôle du juge *de lege lata* n'est qu'un *pis-aller*, dû à la nécessité de répondre à un besoin de justice, et ne saurait masquer le fait que le droit actuel n'offre pas des réponses suffisantes aux discriminations pratiquées par des employeurs, des tenanciers d'établissements publics ou encore des bailleurs et leurs représentants¹⁶⁰. L'interdiction de la discrimination n'est en effet que partiellement réalisée dans les relations interindividuelles¹⁶¹. Les éventuelles règles prétoriennes ne représenteraient aucunement des oreillers de paresse pour *les autorités politiques*. Au contraire, ces dernières demeurent responsables en la matière et ne sauraient laisser aux seuls tribunaux le soin de veiller à la réalisation de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers. Au reste, les tribunaux n'interviennent qu'après l'éclosion d'un litige. La jurisprudence recèle certes aussi des vertus préventives, mais la régulation des comportements sociaux discriminatoires passe par l'adoption de règles de droit. En un mot comme en cent, le constituant ou le législateur ne sauraient *se défausser*. L'art de la réforme est toutefois délicat. Diverses difficultés surgissent en ce qui concerne la protection contre les discriminations.

Premièrement, il est relativement facile de *soutenir* qu'un choix effectué par un particulier entre deux individus se fonde sur leurs caractéristiques personnelles respectives. Concrètement, un candidat évincé – d'un emploi, d'un logement, etc. – comparera aisément ses propres caractéristiques personnelles à celles du candidat retenu, isolera une caractéristique distincte – l'âge, le sexe, la race, la situation sociale, etc. – et prétendra que cette caractéristique a été décisive alors qu'elle n'aurait dû jouer aucun rôle. Or il est souvent difficile, pour un juge, de trier d'emblée le bon grain de l'ivraie, d'où la deuxième difficulté.

Deuxièmement, confronté à une distinction reposant potentiellement sur une caractéristique personnelle non pertinente pour le choix effectué, le juge saisi de la cause aura effectivement souvent de *la difficulté* à d'emblée écarter les cas qui ne sont pas constitutifs de discrimination pour ne retenir que ceux qui le sont. Ainsi, par exemple, des limites en matière d'âge ou d'expérience dans une offre d'emploi peuvent être justifiées par le cahier des charges du poste à repourvoir ou, à l'inverse, s'avérer discriminatoires. Aussi s'agit-il d'analyser le poste en question, d'entendre des témoins, voire de procéder à une comparaison avec d'autres postes.

160 Voir, à propos des discriminations raciales, FRÖHLICHER-STINES/MENNEL (note 116), pp. 45–48; voir aussi ROSITA FIBBI, Mesures de lutte contre les discriminations à l'embauche, Etude n° 40 du Swiss Forum for Migration and Population Studies, Neuchâtel 2005, pp. 59 ss.

161 Voir *supra* D. I. Voir récemment WALDMANN (note 17), p. 392.

Troisièmement, s'il est relativement facile d'établir une apparence de discrimination, il est nettement plus difficile de *prouver* de manière irréfutable son existence¹⁶². En réalité, le point essentiel s'agissant de la discrimination – plus important, à certains égards, que sa définition même – se rapporte à la répartition du fardeau de la preuve et à son éventuel allègement¹⁶³. Exiger d'une personne qu'elle prouve la discrimination dont elle est victime fait souvent peser sur ses épaules un fardeau très lourd et même insupportable.

Quatrièmement, l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers peut pousser à l'*hypocrisie* et au *chantage*. Les particuliers ayant compris les limites et le potentiel de cette interdiction sont en partie armés, soit pour la contourner, soit pour la dévoyer. Ils la contourneront en mettant en avant des motifs neutres à l'appui de leurs décisions, alors que celles-ci sont en réalité discriminatoires. Le jugement mentionné au début de l'article signifie malheureusement aussi – si l'on en fait une lecture malsaine et perverse – qu'il vaut mieux donner un motif neutre, passe-partout lorsque l'on éconduit un candidat. L'interdiction sera dévoyée lorsque un particulier ouvre action ou menace de le faire en mettant l'accent sur quelques éléments, pris hors contextes, susceptibles de créer un doute dans l'esprit des juges quant à l'existence d'une discrimination. L'autre particulier, s'il est très attaché à sa réputation, s'il redoute toute médiatisation ou s'il veut s'épargner le coût d'un procès, sera parfois tenté de céder, alors même que son comportement n'était aucunement discriminatoire.

Cinquièmement, chacun fait *des choix* dans sa vie, dont certains sont dictés par des considérations plus ou moins discriminatoires. Choisir un colocataire en fonction de son sexe ou un conjoint en fonction de ses convictions – les exemples sont évidemment innombrables – sont des comportements, à certains égards, discriminatoires. Les juges doivent-ils pour autant être en mesure d'examiner potentiellement *tous* ces choix?

F. L'adoption d'une garantie constitutionnelle?

I. L'idée

Une garantie générale de l'égalité dans les relations entre particuliers reviendrait pratiquement à placer potentiellement un juge, voire un policier, derrière tous les choix que les particuliers effectuent dans leurs relations sociales. N'oublions pas l'avertissement de TOCQUEVILLE: le goût pour l'égalité réduit parfois «les hommes à préférer l'égalité dans la servitude à l'inégalité dans la

162 FF 1992 III 286, à propos de la discrimination raciale.

163 Voir l'art. 6 LEg. Sur la portée de cette disposition, voir ATF 130 III 145 X. SA, consid. 4.2 et 5.2. et les références.

liberté»¹⁶⁴! Aussi la reconnaissance d'un droit fondamental – général et justiciable – à l'égalité dans les relations entre particuliers nous paraît-elle peu opportune¹⁶⁵. En revanche, un de ses aspects particuliers semble mieux se prêter à une réalisation dans de telles relations. Il s'agit de *l'interdiction des discriminations* fondées sur des critères tels que ceux qui sont énumérés à *l'art. 8 al. 2 Cst. féd.* Réduite à sa plus simple expression, une solution pourrait consister à conférer *un effet horizontal direct* à la seule interdiction de la discrimination figurant à *l'art. 8 al. 2 Cst. féd.*¹⁶⁶.

II. Les avantages, les risques et les inconvénients

Une garantie constitutionnelle représenterait *un symbole* très fort. En acceptant une révision constitutionnelle conférant un effet horizontal direct à l'interdiction de la discrimination, le constituant enverrait un message très fort à l'ensemble de la société. Une telle interdiction peut receler *des vertus intégratives* puisqu'elle signifierait que des discriminations ne sont désormais plus acceptables dans les relations entre particuliers, conduisant peut-être à terme à une éradication de ces discriminations et, par là même, à une meilleure intégration de tous les individus dans la société¹⁶⁷. La constitutionnalisation formelle de cet effet horizontal direct lui conférerait *une légitimité* très élevée, contribuant sinon à couper court, du moins à répondre aux contestations en la matière. La solution constitutionnelle présente enfin l'avantage de *la simplicité*.

Au-delà des difficultés identifiées plus haut¹⁶⁸, conférer un effet horizontal direct à l'interdiction de la discrimination dans toutes les relations entre particuliers redéfinirait sensiblement les contours de l'autonomie privée¹⁶⁹. Elle conduirait peut-être, à terme, à *une judiciarisation* encore plus marquée de la vie en société, avec *un accroissement du contentieux*. Du moment que les tribunaux sont déjà très chargés et que les retards à statuer sont toujours plus nombreux, *une réforme de la justice civile*, couplée à une augmentation substantielle de son budget et de sa dotation en personnel, serait inévitable.

164 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, tome I, première partie, chapitre III *in fine* (nouvelle édition, Paris 1996, p. 104).

165 Dans le même sens, voir récemment, parmi de nombreux auteurs, KRAMER (note 53), p. 92.

166 Pour une proposition en ce sens, voir BESSON (note 15), p. 482, n° 1842.

167 Sur la fonction d'intégration de l'interdiction des discriminations, voir MARTENET (note 10), p. 524, n° 1173, à propos de l'ALCP. Comp. MARTIN NETTESHEIM in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, p. 411, à propos de la lutte contre les discriminations dans l'Union européenne: «*Der Diskriminierungsschutz hat vertikale, nicht aber horizontale Funktion.*»; cf. également GABRIELE BRITZ in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, p. 431. A notre sens, la fonction est double, à la fois horizontale et verticale.

168 Voir *supra* E.

169 Voir, parmi de nombreux auteurs, MÜLLER (note 15), n° 22.

En outre, une garantie constitutionnelle générale peut conduire le législateur à s'abstenir de légiférer, arguant de la justiciabilité de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers. Or la lutte contre les discriminations entre particuliers requiert aussi *une action politique*¹⁷⁰, laquelle relève principalement du législateur et non des juges¹⁷¹. De plus, il ne faudrait pas que, suite à la reconnaissance d'un effet horizontal direct à un droit fondamental, l'effet vertical de celui-ci perde de sa substance. Il s'agit de se montrer très vigilant sur ce point, afin d'éviter *un nivellement par le bas* de la protection. En d'autres termes, l'effet vertical d'un droit fondamental peut parfaitement demeurer plus intense que son éventuel effet horizontal.

Enfin et surtout, le fait qu'un droit fondamental ne soit pas réalisé dans les relations entre particuliers ne justifie pas encore *une révision de la Constitution fédérale*. L'adoption ou la modification d'une loi fédérale est en principe suffisante en tant que sont concernées des relations entre particuliers¹⁷², et ce pour plusieurs motifs:

- Une intervention au niveau de la Constitution fédérale pourrait éventuellement se justifier – encore que cela serait fort discutable – si un tribunal ou une autre autorité d'application du droit était en mesure d'écarter la loi fédérale au profit de la Constitution fédérale. En Suisse cependant, l'application de la loi fédérale est prescrite par l'art. 190 Cst. féd. On nous rétorquera que le principe de l'interprétation conforme à la Constitution fédérale permet tout de même d'atténuer la portée d'une disposition légale. Pour éviter cet écueil, il suffit au législateur d'adopter des règles précises limitant la marge d'interprétation des tribunaux et autres autorités d'application du droit. Au demeurant, une norme constitutionnelle dotée d'un effet horizontal direct se trouverait, elle aussi, en tension avec d'autres garanties constitutionnelles, conduisant les juges à la tempérer dans le cadre de la recherche d'une concordance pratique.
- On nous opposera aussi le fait que le législateur fédéral pourrait défaire par une nouvelle loi ce qu'il aurait préalablement fait dans une loi destinée à lutter contre les discriminations entre particuliers. Or, à notre sens, cette nouvelle loi irait à l'encontre du mandat découlant de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst. féd. combiné aux art. 7 et 8 al. 2 Cst. féd. La volonté de renforcer les libertés individuelles ne justifie pas le rétablissement d'un ordre juridique ne protégeant pas la dignité humaine. Cela signifie que même si la protection contre les discriminations émanant des particuliers relevait essentiellement de la législation ordinaire, elle jouirait d'une certaine protection constitutionnelle. Au surplus, en raison de l'art. 190 Cst. féd., le fait de conférer un effet horizontal direct à l'art. 8 al. 2 Cst. féd. ne permettrait pas

170 BRITZ (note 17), pp. 384 et 397–398.

171 Comp. AUBERT (note 111), p. 134, n° 250.

172 Voir, pour la doctrine allemande, JESTAEDT (note 122), pp. 332–333.

d'empêcher que soit adoptée, puis appliquée une loi fédérale contraire, plus récente et précise.

- Une garantie constitutionnelle ne suffirait de toute façon pas. Des règles sur la procédure, les preuves et les sanctions seraient, par exemple, nécessaires. Aussi est-il exclu de faire l'économie d'une loi, ce qui soulève la question de l'opportunité d'une garantie constitutionnelle, sachant qu'elle serait rejetée dans l'ombre une fois la loi en vigueur¹⁷³ et que le législateur fédéral est – aujourd'hui déjà – compétent¹⁷⁴.

Une révision de la Constitution fédérale n'étant pas nécessaire, il ne se justifie pas de lancer une telle procédure et de courir inutilement le risque d'un rejet par le peuple et les cantons, avec le message très négatif qui s'ensuivrait pour la lutte contre les discriminations. Faut-il alors se contenter de conférer, dans la Constitution fédérale, un effet horizontal direct *ciblé* à l'interdiction de la discrimination, limité à certains critères ou domaines? Restreindre la portée d'une garantie affecte la pureté et la netteté du message qu'elle recèle. Délimiter une garantie fondamentale est une opération fort délicate requérant, presque inévitablement, des ajustements ultérieurs. Or la procédure constitutionnelle n'est pas adaptée. Certes, si la révision subséquente étend une garantie initialement trop limitée, elle envoie un signal plutôt positif. Dans le cas contraire toutefois, elle donne un message inquiétant, puisqu'elle indique que la protection des droits fondamentaux régresse au niveau de la Constitution fédérale.

G. La modification du cadre légal?

I. L'idée

Le droit comparé nous enseigne que la lutte contre les discriminations passe souvent par l'adoption d'*actes normatifs de rang législatif*¹⁷⁵. Au niveau de l'Union européenne, plusieurs directives luttent contre les discriminations entre femmes et hommes. Deux directives, adoptées en 2000 sur la base de l'art. 13 TCE, ont considérablement élargi cette lutte: la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre de l'égalité de traite-

173 Voir *supra* C, à propos de la relation entre l'art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst. féd. et la LEg.

174 Voir *infra* G. II.

175 L'Allemagne s'est orientée, à reculons, contrainte par les directives européennes, vers une solution législative (voir les rapports précités de JESTAEDT [note 122] et de BRITZ [note 17]). Le *Bundesrat* a rejeté, le 8 juillet 2005, un projet de loi préalablement approuvé par le *Bundestag*. Une nouvelle loi (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) a finalement été adoptée cet été et est entrée en vigueur le 18 août 2006, sans qu'il ait été question de réviser la Loi fondamentale du 23 mai 1949. Pour une analyse différente, voir BESSON (note 15), pp. 396–399 et 477, n^{os} 1558–1571 et 1834, qui se fonde sur les droits américain, canadien et anglais. Cependant, la solution retenue aux Etats-Unis est plutôt législative, et l'Angleterre ne connaît pas de constitution formelle.

ment entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁷⁶ et la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁷⁷. Ces deux directives s'appliquent «à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé»¹⁷⁸. La Cour de justice des Communautés européennes a d'ores et déjà jugé que ces directives peuvent être invoquées dans des litiges entre particuliers, alors même qu'elles n'ont pas encore été transposées en droit interne ou ne l'ont été qu'incorrectement¹⁷⁹. Il n'en demeure pas moins que ces directives sont ou seront généralement transposées au plan national par *des lois* et non par le biais de révisions constitutionnelles.

Une grande loi combattant les discriminations entre particuliers supposerait une réflexion d'ensemble et impliquerait d'aborder la problématique de manière globale et ambitieuse, tout en laissant certaines questions momentanément ouvertes si cela s'avère nécessaire ou opportun. Plus prosaïquement, une telle loi permettrait d'éviter les redites et les incohérences qui ne manqueraient pas d'apparaître en cas de dispersion de la matière en plusieurs lois. La Suisse est toutefois habituée à *la politique des petits pas*, ce qu'on peut regretter. Si le législateur fédéral accepte de légiférer de façon à mettre en œuvre l'interdiction de la discrimination dans les relations interindividuelles, il sera très vraisemblablement tenté de procéder *par étapes* et *de manière ponctuelle*, en adoptant ou en modifiant divers actes normatifs¹⁸⁰. A notre sens, la seule révision des codes et lois existants ne suffira pas. En droit privé, la tendance est, de toute façon, aux lois spéciales et à la décodification. Par quoi faut-il alors commencer? Les Conventions sur l'élimination des discriminations raciales et de celles à l'égard des femmes sont en vigueur en Suisse respectivement depuis le 29 décembre 1994 et le 26 avril 1997. De telles discriminations existent, aujourd'hui encore, dans notre société. Il serait illusoire de croire que le législateur peut, à lui seul, y remédier. Cela ne le dispense pas de tout mettre en œuvre à cette fin. Or tel n'a pas été le cas jusqu'à présent¹⁸¹.

II. La compétence de la Confédération

La législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération¹⁸². Il en va de même de la législation en matière

176 JOCE L 180 du 19.7.2000, pp. 22–26.

177 JOCE L 303 du 2.12.2000, pp. 16–22.

178 Art. 3 al. 1 *in initio* de chacune des directives.

179 CJCE, arrêt *Mangold* du 22 novembre 2005, aff. C-144/04, point 78.

180 Voir aussi WALDMANN (note 17), p. 407.

181 Pour un même constat en Allemagne, voir BRUN-OTTO BRYDE in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, p. 426.

182 Art. 122 al. 1 Cst. féd. (version en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2007).

de droit pénal et de procédure pénale¹⁸³. Les art. 8 al. 2 et 35 Cst. féd. ne fondent pas, quant à eux, des compétences fédérales. Néanmoins, ces deux normes, *couplées* aux art. 122 al. 1 et 123 al. 1 Cst. féd., contribuent à légitimer une mise en œuvre de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers par le biais de normes relevant du droit privé¹⁸⁴ ou du droit pénal, du droit de fond ou du droit de procédure.

Ainsi, l'adoption d'une ou de plusieurs lois fédérales dans ce domaine *ne nécessite pas* une révision préalable de la Constitution fédérale, en tant que sont visées les discriminations entre particuliers. Le seul moyen de contrer cette conclusion consisterait à soutenir que les normes destinées à lutter contre de telles discriminations relèvent en réalité du droit public. Une telle argumentation serait cependant erronée. En effet, diverses normes de droit privé contribuent, aujourd'hui déjà, à lutter contre des comportements discriminatoires. Il en va notamment ainsi des art. 28 ss CC ainsi que 328 et 336 CO. De plus, d'autres normes, comme les art. 27 CC, 19 al. 2 et 20 CO, restreignent considérablement la liberté contractuelle. De telles normes sont proches, de par leur nature, de celles qui offriraient une protection contre les discriminations entre particuliers. Même l'obligation de contracter n'est pas étrangère au droit privé et ne requiert pas une base constitutionnelle expresse¹⁸⁵. Au surplus, le contentieux actuel en matière d'égalité entre hommes et femmes est considéré comme *civil* lorsqu'est en cause une relation entre deux particuliers¹⁸⁶.

Certes, le constituant a jugé nécessaire d'adopter deux normes expresses relatives, d'une part, à l'égalité entre femmes et hommes¹⁸⁷ et, d'autre part, à l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées¹⁸⁸. Faut-il en déduire *a contrario* que toute législation fédérale mettant en œuvre l'interdiction de la discrimination est exclue dans d'autres domaines? Une réponse négative s'impose, à notre avis, pour diverses raisons:

- La présence de ces dispositions dans la Constitution fédérale résulte avant tout de revendications politiques particulières – au demeurant légitimes –, desquelles l'on ne saurait déduire qu'une base constitutionnelle est systématiquement requise pour permettre au législateur de légiférer.
- L'élimination des inégalités frappant les handicapés suppose des règles relativement contraignantes à l'égard des collectivités publiques, y compris des cantons¹⁸⁹. Ce constat a pu justifier l'adoption d'une norme constitu-

183 Art. 123 al. 1 Cst. féd.

184 Voir également PULVER (note 17), p. 321, n° 406; WALDMANN (note 17), p. 393.

185 ATF 129 III 35 *La Poste suisse*, consid. 6.3, JT 2003 I 127.

186 Voir, par exemple, ATF 130 III 145 *X. SA*; ATF 127 III 207 *K.* (recours en réforme). La loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005, ne changera rien sur ce point (recours en matière civile: art. 72 ss LTF).

187 Art. 8 al. 3 Cst. féd.

188 Art. 8 al. 4 Cst. féd.

189 Voir art. 5 al. 1 LHand, qui vise expressément la Confédération et les cantons.

tionnelle légitimant l'adoption de telles règles, en particulier celles entraînant des dépenses importantes pour les cantons et les communes. La lutte générale contre les comportements discriminatoires entre particuliers ne soulève pas les mêmes difficultés.

- Les dispositions de la LHand qui visent les rapports entre particuliers trouvent leur base dans l'art. 122 al. 1 Cst. féd.¹⁹⁰. Le fondement est identique pour les dispositions de la LEg se rapportant aux rapports de travail de droit privé¹⁹¹ ainsi que pour la nouvelle loi sur le partenariat enregistré¹⁹². Cela montre bien qu'une réforme substantielle du droit privé dans une perspective égalitaire ne requiert pas une base constitutionnelle expresse.

III. Les avantages, les risques et les inconvénients

En accueillant des règles de droit mettant en œuvre l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers, une ou plusieurs lois fédérales enverraient *un signal clair* à la société civile. Une loi fédérale marie, à nos yeux, de façon optimale l'exigence de *légitimité* et celle de *souplesse* lorsqu'une problématique est complexe et évolutive. La procédure est plus légère que celle de la révision constitutionnelle.

Une loi fédérale permet aussi un meilleur degré de *précision* que celui offert par une garantie constitutionnelle. Au niveau de l'Union européenne, il est intéressant de relever que les deux directives de l'an 2000 n'ont pas le même champ d'application, celui de la directive contre les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique étant plus étendu que celui de la seconde directive¹⁹³. Une ou plusieurs lois fédérales permettent une réponse normative *modulée*, voire *par étapes*, en fonction du degré de priorité de la lutte contre certaines discriminations. Une ou plusieurs lois fédérales pourraient aussi contenir des présomptions ainsi que des normes procédurales, les unes et les autres contribuant à rendre *efficace* et *effective* la protection contre les discriminations émanant de particuliers. Enfin, une loi fédérale offre une *sécurité juridique* plus élevée que d'éventuelles règles prétoriennes posées par des tribunaux en l'absence de toute loi.

Composées de nombreuses règles dont certaines seraient, par hypothèse, complexes, une ou plusieurs lois fédérales feraient courir à la lutte contre les discriminations dans les relations entre particuliers le risque d'*une perte de lisibilité* et de *visibilité*. La «solution législative» risque aussi d'aboutir à une protection à *géométrie variable* de l'interdiction de la discrimination entre les particuliers. Cependant, les Nations Unies elles-mêmes ont notamment mis

190 FF 2001, p. 1711.

191 FF 1993 I 1237.

192 Message du 29 novembre 2002: FF 2003, pp. 1192–1304, 1269.

193 Comp. l'art. 3 de la Directive 2000/43/CE à l'art. 3 de la Directive 2000/78/CE.

l'accent sur les discriminations raciales et celles à l'égard des femmes¹⁹⁴. Au niveau de l'Union européenne, la protection est modulée en fonction des critères et des domaines en cause. Enfin, l'élaboration d'une loi mettant en œuvre l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers risquerait de provoquer des débats *conflictuels*, voire *malsains*. Cependant, le législateur doit affronter la réalité sociale et crever l'abcès en la matière, même si d'aucuns en ressentiront des douleurs. En fin de compte, les avantages l'emportent sur les inconvénients.

IV. Quelques points à traiter

1. La notion de discrimination

Définir la notion de discrimination est une opération très délicate. Il faut éviter deux écueils. En premier lieu, le Tribunal fédéral fait, jusqu'à présent, grand cas de l'élément *dépréciatif* inhérent, selon lui, à la notion de discrimination¹⁹⁵. S'il est vrai que discrimination et dépréciation vont souvent de pair, il est, à notre sens, erroné d'exiger systématiquement qu'une personne soit dépréciée et surtout qu'elle prouve ce point. La jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme est plus satisfaisante à cet égard car elle n'intègre pas la notion de dépréciation dans celle de discrimination¹⁹⁶. En second lieu, toute distinction fondée sur une caractéristique personnelle n'est pas nécessairement discriminatoire; un particulier conserve la faculté de la justifier, à certaines conditions. Le droit ordinaire devrait, du reste, largement se référer aux notions développées par les juges constitutionnels¹⁹⁷.

Par ailleurs, la notion de discrimination se double parfois d'éléments propres à une caractéristique personnelle. Ainsi, le harcèlement sexuel est généralement considéré, à juste titre, comme un comportement discriminatoire¹⁹⁸. La discrimination raciale est justement définie de manière très large et n'exige pas nécessairement qu'une personne soit dépréciée¹⁹⁹. Les distinctions fondées sur l'âge sont, en revanche, plus difficiles à appréhender et sont, pour certaines, parfaitement admissibles²⁰⁰. En somme, le législateur devrait définir la notion de discrimination en ayant toujours à l'esprit *les comportements* qu'il veut interdire. Cela peut conduire à une protection plus ou moins

194 Voir *supra* B. III.

195 Voir notamment ATF 130 I 26 VSAO, *Section Zurich*, consid. 6.3.3.4 et les références.

196 Cf. par ex. l'arrêt *Sommerfeld c. Allemagne* du 8 juillet 2003 (GC), n° 31871/96, Rec. 2003-VIII, §§ 92-93.

197 Voir aussi WALDMANN (note 17), p. 412.

198 Art. 4 LEg.

199 Voir art. 1^{er} CEDR.

200 Dans l'Union européenne, la Directive 2000/78/CE précitée contient une disposition spécifique sur la justification des différences de traitement fondées sur l'âge (art. 6).

étendue, selon les caractéristiques personnelles et les domaines en cause. Enfin, la législation devrait viser aussi bien les discriminations *directes* que les discriminations *indirectes*, selon la dichotomie bien connue.

2. *Le champ d'application*

S'agissant du champ d'application *personnel* d'une législation luttant contre les discriminations, il nous semble que la protection devrait bénéficier à tous les individus et non pas seulement aux membres de groupes minoritaires ou traditionnellement discriminés²⁰¹. Concrètement, un jeune comme une personne plus âgée, un catholique comme un musulman, une femme comme un homme peuvent être discriminés²⁰².

S'agissant du champ d'application *matériel*, deux axes peuvent être esquissés, permettant de moduler la protection. Le premier axe serait formé par *les caractéristiques personnelles* – au sens large, y compris les convictions par exemple – visées par la législation. Une protection différenciée pourrait en résulter. Concrètement, renoncer à attribuer un logement à un candidat en raison de la couleur de sa peau heurte de plein fouet le sentiment de justice et porte atteinte à la dignité du candidat éconduit. En revanche, un bailleur qui choisit, parmi différents candidats solvables, celui qui présente les meilleures garanties en la matière ne porte pas atteinte à la dignité humaine – ou, à tout le moins, pas dans une mesure comparable –, même si son choix prend en compte, d'une certaine manière, la situation sociale des différents candidats.

Le second axe se rapporterait *aux domaines* visés par l'interdiction de la discrimination. Le travail, le logement ou encore l'accès aux biens et services sont des domaines dans lesquels une intervention prioritaire semble se justifier. Il n'est pas exclu que, dans d'autres domaines, la régulation sociale suffise. Une modulation est possible en fonction des formes de discrimination²⁰³. Ainsi, par exemple, l'accès aux boîtes de nuit donne souvent lieu à des discriminations raciales ainsi qu'à des discriminations fondées sur le sexe – en faveur des femmes – ou sur l'âge, indépendamment des limites fixées à 16 ou 18 ans. Interdire les premières n'implique pas nécessairement de prohiber les autres.

Cela dit, certains critères ne sauraient, *en aucun cas*, légitimer une discrimination. Sont avant tout visées la race ainsi que l'origine ethnique, et ce à juste titre de notre point de vue. La prudence est cependant de mise s'agissant de décisions *strictement personnelles*. Un refus de se marier avec sa compagne

201 Sur ce point, voir spécialement MARTENET (note 10), pp. 424–457, nos 948–1018.

202 Le TF n'a récemment pas hésité à examiner de manière très poussée le grief de discrimination invoqué par *un homme* à propos d'une nomination universitaire (ATF 131 II 361 *Balmelli*, consid. 7.7).

203 Dans le même sens, WALDMANN (note 17), p. 406.

pour des motifs raciaux entraînera-t-il un jour une sanction allant jusqu'à l'obligation de se marier? D'autres critères jugés très sensibles, comme ceux du sexe, des convictions ou du mode de vie, s'avèrent difficiles à manier dans certains cas. Un étudiant qui cherche un colocataire doit-il être condamné si son annonce indique expressément que seules les candidatures masculines ou féminines sont prises en compte²⁰⁴? Qu'en est-il d'une personne très conservatrice et dévote qui préfère louer l'appartement se trouvant dans sa propre maison, au-dessus de celui qu'elle occupe, à un couple marié plutôt qu'à des concubins? Bref, la mise en œuvre de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers requiert beaucoup de doigté, notamment lorsque sont en cause des critères sensibles, et commande d'éviter les solutions à l'emporte-pièce.

3. *Le fardeau de la preuve, la procédure et les sanctions*

La lutte contre les discriminations passe souvent par un allègement, voire un renversement, du fardeau de la preuve. Il s'agit véritablement du nerf de la guerre au plan civil²⁰⁵. Diverses modulations sont parfaitement possibles. En revanche, l'allègement ou le renversement ne devrait pas viser les procédures pénales. D'autres aménagements de la procédure sont envisageables, en prévoyant, par exemple, une tentative de conciliation obligatoire, la gratuité et la rapidité de la procédure ou encore la qualité pour agir d'organisations²⁰⁶. Les sanctions civiles peuvent être variées, allant du paiement d'une indemnité à une obligation de contracter. S'agissant de cette dernière, il paraît délicat de l'imposer dans tous les cas. Le législateur fédéral y a renoncé en matière de congé abusif dans une relation de travail²⁰⁷. A notre sens, les tribunaux sont mieux à même de définir, dans chaque cas, les sanctions civiles qui leur paraissent appropriées²⁰⁸. Des sanctions pénales peuvent, dans certains cas, compléter les sanctions civiles²⁰⁹. L'accent devrait cependant être mis sur ces dernières²¹⁰.

4. *La promotion de l'égalité*

Des mesures de promotion de l'égalité et de sensibilisation pourraient être prescrites par la législation fédérale²¹¹. Cette promotion se traduirait notam-

204 Voir les illustrations données par MICHAEL SACHS in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, p. 420.

205 Voir notamment GABRIELE BRITZ in VVDStRL n° 64, Berlin 2005, p. 428.

206 Voir également WALDMANN (note 17), pp. 420–421; CAPLAZI/NAGUIB (note 59), nos 80 ss.

207 Art. 336a CO.

208 Pour une approche plus contraignante, voir BESSON (note 15), p. 482, n° 1842; cf. également WALDMANN (note 17), pp. 419–420.

209 Sur cette problématique, voir WALDMANN (note 17), pp. 409–410 et 418.

210 Encore plus affirmative sur ce point, BESSON (note 15), p. 475, n° 1830.

211 Voir l'ordonnance du Conseil fédéral, du 27 juin 2001, sur l'aide aux projets de sensibilisation et de prévention en faveur des droits de l'homme et de la lutte contre l'antisémitisme, le racisme et la xénophobie (RS 151.21). Voir PULVER (note 17), pp. 334 ss, nos 421 ss.

ment par une politique d'information et de conseil. Une autorité indépendante pourrait même être créée, le cas échéant chargée de contrôles préventifs. Au plan fédéral, un élargissement de la norme du droit des marchés publics sur l'interdiction de la discrimination serait aussi concevable, afin qu'elle ne porte pas uniquement sur l'égalité entre femmes et hommes comme c'est le cas actuellement²¹². On pourrait même imaginer, mais cela est évidemment très controversé²¹³, que le fait d'employer une certaine proportion de personnes faisant partie de groupes traditionnellement discriminés soit considéré comme *un plus* lors de l'attribution de marchés publics. Des *quotas*, imposés aux entreprises, sont plus délicats à appréhender d'un point de vue constitutionnel, notamment sous l'angle de la liberté économique. L'art. 8 al. 3, 2^e phrase, et 4 Cst. féd. peut néanmoins légitimer certaines mesures visant les femmes ou les personnes handicapées, si ces mesures conservent une certaine souplesse. En revanche, une exigence analogue à la récente règle norvégienne contraignant les sociétés commerciales importantes à réserver 40% des sièges de leur conseil d'administration à des femmes²¹⁴ est sujette à caution en raison de sa rigidité et de son ampleur.

H. Conclusion

Dans le domaine de la lutte contre les discriminations, comme dans d'autres, la réflexion passe par une approche fondée sur *le décroisement des domaines du droit*. A cet égard, il est erroné d'opposer systématiquement le droit public et l'intérêt public, d'une part, au droit privé et aux intérêts privés, d'autre part. Il existe bien plus une interrelation entre les uns et les autres ainsi qu'une forme de *complémentarité* puisqu'ils s'inscrivent dans un même système de valeurs, tout en étant mis en œuvre de manière différenciée²¹⁵.

L'existence de discriminations dans les relations entre particuliers conduit aussi à s'interroger sur les rôles respectifs du *législateur* et du *juge*. Dans le domaine des droits fondamentaux, *les juges* censurent certes parfois les autres autorités étatiques. Il leur appartient aussi de prendre le relais d'un législateur défaillant ou d'ouvrir un dialogue avec celui-ci. Peut-être faudra-

212 Art. 8 al. 1 let. c de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1).

213 La Cour suprême américaine est désormais hostile à des mesures préférentielles d'une certaine ampleur en la matière (voir *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200 [1995]).

214 Voir notamment le lien Internet suivant: <<http://www.norvege.no/policy/gender/politics/policies.htm>>.

215 PIERRE MOOR, L'opposition entre droit public et droit privé: un état de la question, in: Peter Hänni (éd.), *L'homme et l'Etat – Mélanges pour Thomas Fleiner*, Fribourg 2003, pp. 639–658, 658.

t-il un jour remplacer les termes de «séparation des pouvoirs» par ceux de «coopération ou complémentarité des pouvoirs»?

Le législateur conserve cependant la responsabilité de la mise en œuvre normative de la protection contre les discriminations émanant de particuliers. Or, jusqu'à présent, il se désintéresse largement de cette question. Il joue toutefois avec le feu. En effet, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale risque de considérer, un jour, que la Suisse n'a pas rempli diverses obligations positives résultant de la Convention du 21 décembre 1965. De plus, la Suisse s'éloigne des pays de l'Union européenne, tous tenus de transposer, dans leur ordre juridique plusieurs directives sur la lutte contre les discriminations, y compris dans les relations entre particuliers. Un jour viendra – s'il n'est pas déjà venu – où le *Sonderfall* suisse ne suscitera plus aucune sympathie.

Résumé

Les autorités étatiques ne sauraient fermer les yeux sur les discriminations existant dans les relations entre particuliers. L'article 35 al. 1 et 3 Cst. féd. ainsi que plusieurs normes internationales liant la Suisse les contraignent, en effet, à veiller à la réalisation de l'interdiction de la discrimination dans les relations interindividuelles. Le législateur fédéral, compétent en la matière, se désintéresse cependant largement de cette question, si bien que l'ordre juridique suisse présente des carences en ce domaine. Pour autant que diverses conditions soient réunies, le juge civil est habilité à remédier à de telles carences, en se fondant cumulativement sur l'article 1^{er} al. 2 CC, d'une part, et l'article 35 al. 1 et 3 Cst. féd. ou une norme internationale ayant une portée horizontale, d'autre part. Cet *effet horizontal prétorien* des droits fondamentaux se distingue des effets direct – quand il est admis – et indirect de ces derniers. Le droit prétorien ne représente cependant qu'un pis-aller et ne dispense aucunement les autorités politiques, de légiférer. Une législation en bonne et due forme reste nécessaire pour offrir aux particuliers dans des limites à définir, une *protection effective* contre les discriminations émanant de leurs semblables.

Zusammenfassung

Die staatlichen Behörden dürfen die Augen vor Diskriminierungen unter Privaten nicht verschliessen. Art. 35 Abs. 1 und 3 BV und mehrere die Schweiz bindende internationale Normen verpflichten sie in der Tat, dafür zu sorgen, dass das Diskriminierungsverbot unter Privaten verwirklicht wird. Der Bundesgesetzgeber, welcher hiefür zuständig ist, zeigt für dieses Problem jedoch weitestgehend kein Interesse, so dass die schweizerische Rechtsordnung in diesem Bereich mangelhaft ist. Sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Zivilrichter berechtigt, diesen Mängeln unter Berufung auf Art. 1 Abs. 2 ZGB sowie Art. 35 Abs. 1 und 3 BV oder eine internationale Vorschrift mit horizontaler Tragweite Abhilfe zu schaffen. Diese *horizontale richterrechtliche Wirkung* von Grundrechten unterscheidet sich von deren direkten – wenn sie angenommen ist – und indirekten Wirkung. Das Richterrecht stellt jedoch nur einen Notbehelf dar und befreit die politischen Behörden daher keinesfalls von der Pflicht, Gesetze zu erlassen. Eine formgerechte Gesetzgebung bleibt notwendig, um Privatpersonen in zu definierenden Grenzen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen durch ihresgleichen zu gewähren.