

Cyril Mizrahi, avocat, Inclusion Handicap

La discrimination à l'embauche des personnes sourdes et malentendantes

Plan de l'exposé

- Les présentations
- La Convention de l'ONU
- La Constitution
- La protection dans le secteur public
- La protection dans le secteur privé
- Analyse critique
- Procédure

Qui suis-je? Brève présentation

- Personne concernée
- Formation en droit
- Avocat indépendant
- Avocat au sein du Département Égalité d'Inclusion Handicap
- Engagement associatif et politique

Inclusion Handicap

- Organisation faîtière du domaine du handicap défendant les 1,8 mio de PH (25 org. membres)
- Inclusion Handicap se bat pour faire progresser les droits des personnes handicapés et mettre en œuvre la Convention de l'ONU (action collective)
- Inclusion Handicap aide les personnes concernées à se défendre (soutien individuel)
 - Egalité: bureau de Genève: Avenue Vibert 9, Carouge GE, 022 552 97 97, cyril.mizrahi@inclusion-handicap.ch
 - Assurances sociales: bureau de Lausanne: Place Grand-Jean-Jean 1, 021 323 33 52, info@inclusion-handicap.ch

Convention de l'ONU (CDPH)

- Entrée en vigueur le 15 mai 2014
- Sur le site de l'administration: RS 0.109
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20122488/>
- **Art. 5 al. 1:** interdit de manière **générale** toutes les discriminations fondées sur le handicap
- Droit **justiciable** (Message CDPH, FF 2013 601, p. 613)
- Peut être invoqué **indépendamment d'une autre disposition de la convention**
- S'applique tant à l'Etat qu'aux particuliers (cf. art. 4 al. 1 lettre e)

Art. 2 CDPH Définitions

- **«discrimination fondée sur le handicap»**: toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a ***pour objet ou pour effet*** de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres.
- comprend toutes les formes de discrimination, **y compris le refus d'aménagement raisonnable**

Art. 27 CDPH

1. Les Etats Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à la **possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts**, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment:

a) **interdire la discrimination fondée sur le handicap** dans tout ce qui a trait à l'emploi sous toutes ses formes, notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail; (...)

La Constitution : art. 8 Cst.

- 1 Tous les êtres humains sont égaux (*gleich*) devant la loi.
- 2 **Nul ne doit subir de discrimination** du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni **du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.**

Portée selon la Constitution

Art. 35 Cst.:

- 1 Les droits fondamentaux (et donc l'interdiction de discrimination) doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.
- 2 **Quiconque assume une tâche de l'Etat** est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.
- 3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les **relations qui lient les particuliers entre eux.**

Portée selon la Constitution



État



Citoyen/ne

Protection dans le secteur public

- **En général:** art. 8 Cst. (rapport initial de la Suisse concernant la CDPH, <https://www.inclusion-handicap.ch/fr/themes/cdph/rapport-etatique-147.html>, § 166)
- **Confédération:** « En sa qualité d'employeur, la Confédération utilise tous les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées. Elle prend les mesures propres à mettre en œuvre la présente loi dans les rapports de travail à tous les échelons, en particulier lors de l'engagement de son personnel.» (art. 13 loi fédérale sur l'égalité pour les personnes handicapées)

Protection dans le secteur privé

- On applique l'interdiction de discrimination de manière « indirecte », via les dispositions du **droit civil** (cf. rapport initial de la Suisse, § 167)
- Art. 28 CC: protection de la personnalité en général
- **Art. 328 CO**: Protection de la personnalité et de la santé au travail
- Selon le CF, pas de protection si un **motif justificatif** peut être invoqué
- La personne doit **prouver** que c'est en raison de son handicap qu'elle n'a pas été engagée

Protection dans le secteur privé: jurisprudence

- Sans la mentionner, le CF peut s'appuyer sur une **rare jurisprudence** de 2005 qui n'a fait l'objet d'aucun recours (arrêt du 1^{er} juin 2005 publié in JAR 2006 531)
- le Tribunal des Prud'hommes de Lausanne a ainsi condamné un EMS privé à verser une **indemnité de 5 000 francs à une femme qui n'avait pas été engagée en raison de sa couleur de peau.**
- Selon le Tribunal, qui cite différents auteurs, «l'employeur doit s'abstenir d'opérer des discriminations non objectives entre les candidats, fondées notamment sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'existence d'une maladie telle que la séropositivité.»

Protection dans le secteur privé: limites

- L'art. 328 CO interdit donc la discrimination à l'embauche d'une personne handicapée (Cyril Mizrahi, Introduction au droit de l'égalité des personnes handicapées, in Michel hottelier/Maya hertig randall/alexandre Flückiger (éds), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève / Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes, p. 240)
- Karine Lempen (L'égalité des personnes handicapées en droit du travail, in Bellanger/Tanquerel, *L'égalité des personnes handicapées*, p. 144), citant d'autres auteurs, semble estimer plutôt que c'est l'art. 28 CC qui s'applique
- En pratique, à mon avis, seule une **difficulté objective majeure** pour le poste en question (malgré des aménagements raisonnables) peut constituer un motif justificatif pour ne pas engager
- Une personne malvoyante ne peut pas devenir pilote, mais une personne atteinte de SEP sans symptômes peut entrer dans la police. Quid d'une personne malentendante qui postule comme contrôleur du stationnement, ou encore comme serveur?)

Analyse critique

- Critiques dans le rapport alternatif d'IH sur la mise en œuvre de la CDPH (https://www.inclusion-handicap.ch/fr/themes/cdph/rapport-alternatif_o-257.html)
- Pas de réglementation spécifique dans la LHand, sauf pour la Confédération
- Cantons et communes: art. 8 Cst. Disposition peu précise, contrairement à la loi sur l'égalité hommes-femmes (LEg)
- Idem en droit privé, dispositions encore plus générales
- Très insuffisant par rapport aux exigences de la CDPH, qui ne s'applique pas seulement en droit public
- Pas d'allègement du fardeau de la preuve
- On peut douter que bcp d'employeurs soient simplement au courant de leurs obligations
- Les personnes qui ont un travail, y compris en atelier, se sentent chanceuses. Elles ne songent en général même pas à se plaindre en cas de discrimination

Procédure

- On peut d'abord essayer de **convaincre**, de sensibiliser
- Si on y arrive pas, **difficile de contraindre** à un engagement
- Au mieux, on obtiendra une **indemnité**, de quelques milliers de francs à plusieurs mois de salaire
- **En droit public**, il faut avoir une décision administrative, pour pouvoir faire recours
- **En droit privé**, il faut faire une requête. La juridiction des prud'hommes (tribunaux du travail, dans le Jura Conseil de prud'hommes) est en principe compétente selon la jurisprudence, même si un contrat de travail n'a pas encore été conclu (art. 343 CO, arrêt vaudois publié in JAR 2006 531, p. 533 et les références)