

Résumé et commentaire**Proposition de citation :**

Aline Bonard, La jurisprudence rendue en matière pénale et la CEDH : les travailistes doivent-ils s'en soucier ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_673/2019, Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2020

**Art. 3, 8 et 14 CEDH, 177,
180, 181 et 261^{bis} CP**

La jurisprudence rendue en matière pénale et la CEDH : les travailistes doivent-ils s'en soucier ? ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_673/2019

Aline Bonard, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt, rendu par la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral, évoque un cas de harcèlement homophobe d'un employé par ses collègues sur la place de travail, sous l'angle du droit pénal, à la lumière des garanties découlant de la CEDH.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. était serveur dans un restaurant, dans lequel officiaient à tout le moins quatre collègues, contre lesquels A. a déposé plainte pénale. En substance, A. se plaignait du fait que ses collègues avaient, à plusieurs reprises, émis des commentaires déplacés quant à ses manières jugées « efféminées », avaient proféré des insultes homophobes à son encontre, le traitant notamment de « folle » et, pour l'un, s'était montré agressif en menaçant de lui « buter la gueule ». A. exposait avoir ressenti un isolement et une profonde injustice du fait qu'il était homosexuel.

Le Ministère public genevois avait refusé d'entrer en matière sur la plainte déposée, position confirmée par la seconde instance cantonale. Le Tribunal fédéral admet le recours.

B. Le droit

Auprès du Tribunal fédéral, le recourant se plaint essentiellement de la violation de procéder à une enquête effective découlant des art. 8 et 14 CEDH.

Dans ce cadre, après des considérants à notre sens assez généraux qui lui permettent de considérer le recours comme recevable (consid. 1.1. et 1.2), notre Haute Cour rappelle que, lorsqu'un individu se plaint d'avoir subi un harcèlement (injures répétées, menace) à caractère discriminatoire, il y a lieu de tenir compte, dans l'application du principe « *in dubio pro*

durioire » qui préside en droit pénal au stade de l’instruction, des principes dégagés par la jurisprudence de la CourEDH en lien avec les art. 8 et 14 CEDH.

Au regard de l’art. 8 CEDH, le Tribunal fédéral retient qu’un traitement qui n’est pas suffisamment grave pour relever de l’art. 3 CEDH (interdiction de la torture) peut néanmoins nuire à l’intégrité physique et morale d’un individu au point d’enfreindre l’art. 8 CEDH sous son volet relatif à la vie privée¹. Il en découle une obligation d’instruction particulière, à la charge des Etats, lorsqu’une personne soutient de manière défendable qu’elle a subi un harcèlement à caractère raciste ou dans lequel des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l’origine ethnique ont pu jouer un rôle².

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que l’orientation sexuelle relève des domaines protégés par l’art. 14 CEDH, de sorte qu’insulter ou ridiculiser quelqu’un en raison de son orientation sexuelle, en l’occurrence son homosexualité, constitue une discrimination aussi grave que celles fondées sur la race, l’origine ou la couleur.

Le Tribunal fédéral examine ensuite les éléments constitutifs des infractions d’injure, réprimée par l’art. 177 CP, de menace (art. 180 CP) et de contrainte (art. 181 CP ; sous la forme de « *stalking* », persécution obsessionnelle durable). Il retient notamment qu’au regard de la législation en vigueur et conformément à l’avis exprimé par la doctrine³, les expressions, gestes ou images dépréciatifs portant sur l’orientation sexuelle peuvent être constitutifs d’injure dans la mesure où ils expriment le mépris.

En substance, le Tribunal fédéral rappelle alors que ce n’est ainsi que s’il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies que le Ministère public peut prononcer un classement ou une non-entrée en matière (art. 310 al. 1 CPP). Le Tribunal fédéral a jugé en l’espèce que le Ministère public eût dû entrer en matière sur la plainte déposée par l’employé, dans le contexte particulier d’un harcèlement discriminatoire, potentiellement attentatoire à des droits garantis par la CEDH, dans la mesure où des déclarations contradictoires s’opposaient et qu’il était dès lors nécessaire d’instruire.

III. Analyse

On notera tout d’abord que cet arrêt a été rendu après la décision parlementaire du 14 décembre 2018 relative à l’extension de la norme 261^{bis} CP aux discriminations fondées sur l’orientation sexuelle, qui trouve un appui certain dans la jurisprudence de la CourEDH⁴, extension ayant été entérinée par votation populaire après référendum le 9 février dernier.

Ainsi, dès l’entrée en vigueur de la norme étendue, qui n’a pas encore été fixée à ce jour par le Conseil fédéral, l’homophobie ne sera plus une opinion, mais un délit, et un concours idéal sera assurément possible entre les infractions réprimées par les art. 177 et 261^{bis} étendu CP, lorsque l’auteur s’adressera au lésé de manière méprisante, en lien avec son orientation sexuelle, en cherchant l’attention d’un public, par exemple sur le lieu de travail. En effet, doit être considéré comme public au sens de l’art. 261^{bis} CP, dans sa teneur actuelle et, à notre sens, future, tout ce qui n’est pas privé. Selon la jurisprudence, seuls peuvent être considérés

¹ Voir en particulier Arrêt de la CourEDH Khan c. Allemagne du 23 avril 2015, § 35.

² Voir notamment Arrêt de la CourEDH R. B. c. Hongrie du 12 avril 2016, § 83.

³ ALEXANDRE CURCHOD, Droit pénal, *in* : Droit LGBT, 2^e éd., 2015, pp. 664 s.

⁴ Voir par exemple Arrêt de la CourEDH Vedjeland et autre c. Suède du 9 février 2012, § 55.

comme privés les propos qui ont lieu dans un cercle familial ou amical ou dans un environnement de relations personnelles ou de confiance particulière⁵.

Par ailleurs, cet arrêt, on l'a vu, a été rendu dans un contexte pénal, ensuite d'une ordonnance de non-entrée en matière rendue par Ministère public genevois sur plainte d'un employé contre quatre de ses collègues. Il traite cependant d'une problématique de difficultés interpersonnelles au travail, de sorte qu'il nous paraît intéressant pour le juriste travailliste. En effet, en l'occurrence, il ressort de l'état de fait de la décision commentée que le travailleur avait démissionné et n'a ainsi apparemment pas fait valoir de prétentions contre son employeur. Le travailleur aurait cependant pu également s'en prendre, sur le plan civil, à son employeur et requérir que sa personnalité soit respectée, sous l'angle de l'art. 328 CO, ce d'autant plus que l'état de fait retient que le directeur n'avait certes pas participé au harcèlement homophobe subi par le travailleur, mais n'avait néanmoins rien fait pour que cette situation cesse, alors qu'il la connaissait. Dans le cadre d'un conflit civil, il nous paraît que le juge aurait également dû se référer à la jurisprudence rendue par la CourEDH en lien avec les art. 8 et 14 CEDH pour admettre une nécessaire intervention de l'employeur dans un but de protection de l'employé, respectivement sanctionner l'inaction de l'employeur. Nous devons cependant admettre n'avoir pas trouvé de jurisprudence fédérale traitant spécifiquement d'une violation de la protection de la personnalité ou d'un congé discriminatoire fondé sur l'homosexualité. Le Tribunal fédéral a ainsi uniquement mentionné à l'occasion de certaines décisions qu'un congé fondé sur l'homosexualité serait discriminatoire au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (raison inhérente à la personnalité)⁶, sans n'avoir jamais eu à traiter d'une situation concrète. A nos yeux, un tel congé devrait également être considéré abusif sous l'angle de l'art. 336 al. 1 let. b CO (exercice d'un droit constitutionnel), dans la mesure où l'orientation sexuelle, notamment le fait de vivre ouvertement son homosexualité, est protégée par les art. 8 al. 2 Cst. (interdiction générale de discriminer), 8 et 14 CEDH.

Il nous paraît ainsi que le juriste confronté à une situation d'irrespect de l'orientation sexuelle, des croyances, de l'appartenance syndicale ou de la vie familiale d'un travailleur sur son lieu de travail, soit tout climat d'hostilité à caractère discriminatoire sur le lieu de travail, devra se fonder non seulement sur les dispositions du CO, et cas échéant de la LEg et/ou de la LTr et ses dispositions d'application, mais aussi penser à se prévaloir en particulier des art. 6 (droit à un procès équitable), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)⁷, 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression), 11 (liberté de réunion et d'association)⁸ et 14 (interdiction de discrimination) CEDH. On rappellera à cet égard que ces dispositions, protectrices des droits de l'homme, sont non seulement directement applicables en Suisse mais l'emportent au besoin sur les lois fédérales contraires⁹. Sous l'angle du droit interne, il conviendra de garder à l'esprit que le Tribunal fédéral, se ralliant à la doctrine majoritaire, a désormais tranché, depuis mai 2019, qu'une discrimination liée à l'homosexualité ne relève

⁵ ATF 130 IV 111 consid. 5.2.1 = JdT 2005 IV 292.

⁶ Par exemple TF 4A_60/2009 du 3 avril 2009, consid. 3.1 ou ATF 130 III 699, consid. 4.1.

⁷ Cf. pour un exemple récent : Arrêt de la CourEDH Lopez Ribalda et autres c. Espagne du 17.10.2019, en lien avec la vidéosurveillance sur le lieu de travail.

⁸ En lien avec les art. 10 et 11 CEDH dans le contexte de la liberté syndicale : Arrêt de la CourEDH Vellutini et Michel c. France du 6 octobre 2011, cité parmi d'autres par le TF 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019, consid. 5.1.3.

⁹ Jurisprudence PKK : ATF 125 II 417, consid. 4d.

en principe pas du champ d'application de la Loi sur l'égalité, qui traite des discriminations liées au sexe et non à l'orientation sexuelle¹⁰. Par contre, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'évoquer que, dans la vie économique, il n'est pas possible de ne collaborer qu'avec des individus qui conviennent personnellement et que, dans une entreprise, cette nécessité de passer outre aux réticences personnelles s'impose en principe à tous les travailleurs dans leurs rapports entre eux car l'employeur est en droit d'exiger une collaboration conforme à l'organisation qu'il a adoptée, sur la base de l'art. 321d CO¹¹. Les travailleurs ont ainsi l'obligation, non seulement entre eux mais également vis-à-vis de l'employeur, de respecter la personnalité de leurs collègues¹², qui nous paraît assurément comprendre leur orientation sexuelle et ses éventuelles manifestations visibles.

En conclusion, à nos yeux, cet arrêt rappelle la nécessité, même dans un conflit purement interne, de penser régulièrement à puiser dans les normes de droit international, CEDH mais aussi parfois Pacte ONU II (en particulier art. 14 et 17 à 22) ou Conventions fondamentales de l'OIT¹³, pour défendre au mieux les droits d'un employeur ou d'un travailleur, dès l'amorce d'un litige. Il y aura lieu de se prévaloir de la violation de ces normes internationales au plus tard devant la dernière instance cantonale. En effet, pour respecter le principe d'unité de la procédure, les griefs invocables devant la Cour européenne des droits de l'homme doivent être examinés en amont par le Tribunal fédéral et les griefs qui peuvent être vérifiés par ce dernier doivent l'être par les instances inférieures¹⁴.

L'arrêt commenté ici corrobore en outre l'opportunité, même pour le pur travailliste, de consulter parfois des décisions rendues par d'autres Cours du Tribunal fédéral que la seule I^e Cour de droit civil, tant les points de rencontre entre le droit du travail et, notamment, le droit pénal sont en réalité fréquents en pratique. On pensera notamment à des situations de grève¹⁵ ou manifestations syndicales, ou à de nombreux cas de licenciements avec effet immédiat, jugés justifiés ou non¹⁶.

¹⁰ ATF 145 II 153, consid. 4.3.6, 4.5.1 et 4.5.2 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019, pp. 1111s.

¹¹ TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, consid. 3.

¹² Idem, *ibidem* ; WYLER/HEINZER, op. cit., pp. 117s.

¹³ Voire pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, pouvant servir à l'interprétation du droit suisse : TF 4A_64/2018 du 17 décembre 2018, consid. 5.3.3.2 in fine.

¹⁴ ATF 137 I 296 consid. 4.3.4 ; TF 1C_595/2015 du 19 novembre 2015, consid. 1.2.4.

¹⁵ A titre d'exemple, difficultés dans le paysage hospitalier neuchâtelois : TF 4A_644/2018 du 17 décembre 2018 (civil : licenciements pour justes motifs, grève) et 6B_1020/2018 du 1^{er} juillet 2019 (pénal : violation de domicile, diffamation).

¹⁶ A titre d'exemples, TF 4C.431/2005 du 31 janvier 2006, consid. 2.1 (actes d'ordre sexuels, sans lien avec le travail) ou 4C.435/2004 du 2 février 2005 (injure sur le lieu de travail).