

DROIT ET HANDICAP

14/2017 (19 DÉCEMBRE)

Soirée en discothèque? Pas pour un jeune malvoyant

Quand une discrimination du fait d'un prestataire est-elle avérée – lorsque ce dernier agit dans l'intention de discriminer ou lorsque les conséquences de son action sont discriminatoires pour la personne concernée? La jurisprudence n'a pas entièrement répondu à cette question. Le présent article analyse la situation actuelle en Suisse à partir d'un cas issu de la pratique de consultations juridiques du Département Égalité d'Inclusion Handicap. Un jeune ayant un handicap de la vue s'est vu refuser l'accès à une discothèque. Motif: trop dangereux pour lui.

Un vendredi soir, Marcel (nom modifié), âgé de 18 ans, a envie de passer la soirée comme beaucoup de jeunes de son âge: il veut sortir s'amuser en compagnie de son frère ainsi que de ses amis et amies. Le groupe se rend dans une discothèque en ville de Genève et paye l'entrée.

Or, une mauvaise surprise l'attend à l'entrée: Marcel se voit refuser l'accès au motif qu'il se trouverait sous l'influence de l'alcool. Son frère explique au portier que Marcel a un handicap de la vue. L'agent de sécurité insiste sur le refus à l'encontre de Marcel en disant que les locaux de la discothèque sont aménagés de sorte à pouvoir présenter un danger pour lui – en particulier quand la discothèque est pleine après 2h00 du matin. Le responsable de la sécurité maintient sa décision même lorsqu'une amie de Marcel propose de rester sans cesse à ses côtés dans les locaux de la discothèque. C'est le désenchantement pour le groupe d'amis qui désiraient s'amuser pen-

dant quelques heures: ils retournent à la maison sans même avoir pu poser un seul pied sur la piste de danse. Quelques jours plus tard, la mère de Marcel contacte le Service juridique du Département Égalité d'Inclusion Handicap.

Quelles sont les bases juridiques applicables?

En ratifiant la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) en 2014, la Suisse s'est engagée à permettre aux personnes en situation de handicap de participer de manière autonome à la vie en société. La CDPH interdit les discriminations fondées sur le handicap (art. 5 al. 2 CDPH) et oblige la Suisse à prendre des mesures appropriées pour assurer aux personnes handicapées l'accès aux services ouverts au public (art. 9 al. 1 CDPH).

L'art. 9 al. 2 let. b CDPH prévoit qu'il s'agit en particulier de faire en sorte que les orga-

nismes privés offrant de tels services prennent en compte tous les aspects de l'accessibilité par les personnes handicapées. Jusqu'à présent, une violation de l'art. 9 CDPH par des prestataires privés a été reconnue par le Comité de l'ONU compétent dans un cas contre la Hongrie¹, portant sur une banque disposant de distributeurs de billets inaccessibles pour les personnes handicapées de la vue.

Dans le cadre de l'examen des rapports nationaux, le Comité a d'ores et déjà épinglé plusieurs États n'ayant protégé qu'insuffisamment les personnes handicapées contre les inégalités dans l'accès aux prestations fournies par des particuliers².

La loi sur l'égalité des personnes handicapées (LHand; RS 151.3) s'applique elle aussi aux prestations accessibles au public qui sont fournies par des particuliers (art. 3 let. e LHand). L'art. 6 LHand prévoit que les particuliers qui fournissent des prestations au public ne doivent pas traiter une personne handicapée de façon discriminatoire du fait de son handicap. L'ordonnance sur l'égalité des personnes handicapées (OHand; RS 151.31) définit la discrimination comme toute différence de traitement particulièrement marquée et gravement inégalitaire qui a pour intention ou pour conséquence de déprécier une personne handicapée ou de la marginaliser (art. 2 let. d OHand).

Lorsqu'une telle discrimination est avérée, la personne handicapée concernée peut demander au tribunal, en vertu de l'art. 8 al. 3 LHand, le versement d'une indemnité. Celle-

ci est de 5000 CHF au maximum (art. 11 al. 2 LHand).

Jurisprudence actuelle: Qu'est-ce qui compte, l'intention ou les conséquences?

Depuis l'entrée en vigueur de la LHand, la portée de la protection en cas de discriminations du fait de prestataires privés n'a encore pratiquement pas été examinée par la jurisprudence. Dans son unique jugement³ rendu jusqu'à présent au sujet de l'art. 6 LHand, le Tribunal fédéral a émis une interprétation étroite de l'interdiction de la discrimination: dans un cas concernant un cinéma ayant refusé l'accès à une personne en fauteuil roulant pour des motifs de sécurité, le Tribunal fédéral n'a pas admis l'existence d'une discrimination.

Pour juger de la question de savoir s'il y a discrimination, il n'a pris en compte que les motifs du prestataire particulier, et non pas les conséquences pour la personne handicapée. Le Tribunal fédéral a estimé que la crainte du prestataire de s'attirer des reproches si un accident devait se produire était compréhensible. C'est pourquoi le refus d'accès ne pouvait être considéré comme particulièrement choquant, en a-t-il conclu. Selon lui, cela ne traduit ni un manque de tolérance ni une intention d'exclure les personnes en fauteuil roulant⁴.

Dans son Rapport alternatif sur la CDPH, Inclusion Handicap a attiré l'attention sur l'incompatibilité de cette jurisprudence avec la Convention. Cette jurisprudence est en outre en contradiction avec celle établie par la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH)

¹ Comité CDPH, Information 1/2010, *Nuysti et Takács* du 11 mars 2010.

² Cf. par exemple Comité CDPH, Observations finales Allemagne (2015), CRPD/C/DEU/CO/1, N 21.

³ ATF 138 I 475 consid. 3.3.2 p. 480 et suiv. Également MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, *Behindertengleichstellungsrecht*, Bern 2014, p. 298 et suiv.

⁴ ATF 138 I 475 consid. 3.3.1 p. 481.

et ignore le fait que les discriminations sont très souvent fondées sur des motifs matériels et en aucun cas sur de mauvaises intentions ([cf. cadre en fin d'article](#)). C'est dans les *conséquences* marginalisantes de la différence de traitement, qui part peut-être même d'une bonne intention, que réside la discrimination. Inclusion Handicap avait par conséquent porté le cas concernant le cinéma devant la CrEDH. Le jugement n'a pas encore été rendu.

Le premier jugement intervenu en Suisse qui admet l'existence d'une discrimination au sens de l'art. 6 LHand a été rendu par le Tribunal cantonal d'Appenzell Rhodes-Extérieures en mars 2017 (cf. à ce sujet [Handicap et droit 08/2017](#) et [Handicap et droit 01/2017](#)). Le Tribunal devait juger si le refus d'accès à une station thermale ouverte au public, prononcé à l'encontre de cinq enfants handicapés mentaux et physiques, ainsi que la motivation écrite de ce refus d'accès – ces enfants gêneraient les autres clients – énoncée dans une lettre de la direction de la station thermale, constituent une discrimination au sens de l'art. 6 LHand. Le Tribunal cantonal a admis en tous points le recours des organisations de personnes handicapées. Dans son jugement historique, il a clairement statué que l'interdiction de la discrimination au sens de l'art. 6 LHand n'englobait pas seulement les inégalités dont l'intention est de déprécier ou de marginaliser une personne handicapée, mais aussi celles ayant des conséquences discriminatoires, et ce même lorsque ces inégalités ne résultent p. ex. pas d'une intention en soi discriminante resp. d'un motif en soi discriminant.

Application au cas de Marcel

Marcel s'est vu refuser l'accès à une discothèque en raison de son handicap de la vue. La personne compétente a motivé le refus par des préoccupations d'ordre sécuritaire. Les parents de Marcel ont par la suite demandé par écrit à la direction de la discothèque de

faire connaître sa position. Dans sa lettre de réponse, celle-ci a réitéré des arguments concernant la sécurité de Marcel. Eu égard au droit de l'égalité des personnes handicapées, il s'agit par conséquent de répondre à la question de savoir si le refus d'accès constitue une discrimination au sens de l'art. 6 LHand. À la lumière du droit international (CDPH et CEDH) ainsi que du jugement du Tribunal cantonal d'Appenzell Rhodes-Extérieures, il convient de relever qu'il peut également y avoir discrimination en l'absence d'une intention de porter atteinte à la dignité de la personne concernée ou de la marginaliser.

Dans le présent cas, l'inégalité faite à Marcel réside dans les conséquences qui résultent du refus d'accès: celui-ci lui rend impossible de passer une soirée en discothèque de manière autonome en compagnie de ses amis; il est de fait marginalisé. C'est pourquoi il faut examiner la question de savoir dans quelle mesure la sécurité de Marcel, invoquée comme motif du refus d'accès, saurait justifier l'inégalité qu'il a subie. Une interprétation conforme à la Constitution de l'art. 6 LHand a pour conséquence la nécessité d'une justification qualifiée: il est en l'occurrence tout à fait insuffisant d'invoquer des idées stéréotypées sur les conséquences possibles d'un handicap.

Une telle justification qualifiée est absente dans le présent cas: au moment de l'incident, le personnel a opposé un refus d'accès à la discothèque basé sur des conceptions générales et paternalistes sur les situations de danger pour les personnes ayant un handicap de la vue. La personne compétente n'a pas pris en compte les arguments de Marcel, de son frère et de son amie. Ceux-ci ont tenté en vain de montrer que les préoccupations d'ordre sécuritaire étaient sans fondement. La vue de Marcel est par exemple meilleure dans l'obscurité que par une luminosité vive. De plus, son amie serait restée près de lui.

Actuellement, des négociations sont en cours entre la famille de Marcel et la discothèque,

avec le soutien d'Inclusion Handicap. Par la suite, il sera décidé d'un éventuel recours à la voie juridique. Le cas de Marcel n'est pas une exception dans la pratique de consultation du Département Égalité d'Inclusion Handicap.

Ces derniers mois, plusieurs personnes ayant un handicap de la vue se sont adressées à nos services après s'être vu refuser l'accès à une prestation pour des motifs de sécurité ou – en lien avec un chien d'aveugle – d'hygiène.

Jurisprudence de la CrEDH

Le jugement du Tribunal fédéral a été porté devant la CrEDH en 2013. Recours du 27 août 2013, n° 40477/13. La partie recourante y fait valoir que la Suisse, suite à l'interprétation étroite de l'art. 6 LHand par le Tribunal fédéral, n'a pas respecté ses engagements au sens de l'art. 14 CEDH en liaison avec les art. 8 et 10 CEDH qui consiste à protéger les personnes en situation de handicap contre les discriminations. Selon elle, les circonstances n'affectent pas la portée de l'art. 8 CEDH du fait que le jugement du Tribunal fédéral a créé un précédent qui déploie ses effets sur l'ensemble des prestataires privés fournissant des services ouverts au public. L'influence de la jurisprudence du Tribunal fédéral, estime-t-elle, s'étend par conséquent à un nombre significatif d'actes quotidiens qui, considérés dans leur ensemble, sont décisifs quant à la question de la participation autonome des personnes handicapées à la vie en société, telle qu'également protégée par l'art. 8 CEDH.

Au même titre que les jugements de la CrEDH *Botta vs. Italy*, 153/1996/772/973 (1998) ainsi que *Zehnalová and Zenal vs. Czech Republic*, 38621/97 (2002), le recours contre la Suisse soulève la question de la portée de l'obligation qui incombe à l'État au sens de l'art. 8 CEDH d'intervenir dans les rapports entre particuliers. À la différence de ces deux jugements, le recours contre la Suisse ne poursuit pas le but de contraindre des particuliers à procéder à des adaptations architecturales. Il s'agit bien davantage d'interroger, à la lumière de l'art. 8 en liaison avec l'art. 14 CEDH, l'attitude d'un prestataire particulier ainsi que la jurisprudence y relative du Tribunal fédéral qui conclut à l'absence de discrimination.

Impressum

Auteure: Caroline Hess-Klein, Dr. iur., Responsable Département Égalité

Éditrice: **Inclusion Handicap** | Mühlemattstr. 14a | 3007 Bern

Tel.: 031 370 08 30 | info@inclusion-handicap.ch | www.inclusion-handicap.ch