

Liberté d'association et égalité de traitement: une dialectique difficile

Une comparaison des modèles théoriques américain et suisse

SAMANTHA BESSON*

«Equality of resources [...] licenses partiality. We might put this point another way: under equality of resources there is a division of labor between the political and the private perspectives. [...] Of course this division of labor must not be taken to mean that private individuals have no concern with distributive justice, that they are entitled to them indifferent to the demands of others who have less, as if distributive justice were always someone else's business. It would be incredible, for example, that a theory of justice should make no private demands on citizens living in great affluence in an unjust society.»

RONALD DWORKIN, *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*,
Cambridge Mass./Londres 2000, p. 280 s.

Introduction

Les Suisses, comme les Américains qu'étudiait Tocqueville¹, n'ont de cesse de former des associations et ce dans des domaines très variés. Il est donc naturel d'attendre de la philosophie politique et *a fortiori* de la théorie du droit qu'elles s'y intéressent. Pourtant, cet intérêt théorique s'est fait discret aussi bien au sein de la doctrine suisse qu'en philosophie américaine². Cela est d'autant plus surprenant que la liberté d'association privée³ joue non seulement un rôle dans la promotion de certaines valeurs individuelles comme la

* Dr. iur. (Fribourg), M. Jur. (Oxon.). En ce moment: Senior Research Associate, Balliol College, Oxford.

1 Cf. A. TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, New York 1969, p. 513 ss, 522: «In no country in the world has the principle of association been more successfully used or applied to a greater multitude of objects, than in America».

2 Cf. A. GUTMANN, *Freedom of Association: An Introductory Essay*, in: A. Gutmann (éd.), *Freedom of Association*, Princeton 1998, p. 3 ss. Cf. aussi W. GALSTON, *Two concepts of liberalism*, *Ethics* 105, 1995, p. 516 ss. Pour un regard purement socio-politique sur le déclin de la tendance associative américaine, cf. R. PUTNAM, *Bowling Alone: Democracy in America at the End of the Twentieth Century*, *Journal of Democracy* 6: 1, 1995, p. 67 ss.

3 Sauf indication contraire, la liberté d'association traitée dans cet article est la liberté d'association *privée*.

liberté d'expression, mais est aussi essentielle, en tant que moteur de la société civile, à nombre d'activités humaines politiques ou civiques⁴. D'où certainement son surnom suisse d'«école de la démocratie»⁵.

Il serait prétentieux d'imaginer pouvoir dans un seul article traiter de l'ensemble des questions théoriques qui se rattachent à la valeur et au rôle de la liberté d'association. Je me contenterai donc d'examiner cette question sous l'angle de la *relation*, souvent antithétique, entre les deux valeurs essentielles à la démocratie libérale⁶ que sont la liberté d'association privée (ci-dessous, «liberté d'association») et l'égalité de traitement entre particuliers (ci-dessous, «égalité horizontale»⁷).

La vie et l'autonomie associatives sont dignes d'être encouragées dans une démocratie libérale; elles créent en effet des liens de solidarité et de confiance importants. Pourtant, une association peut aussi heurter d'autres valeurs centrales à la vie démocratique, comme la dignité humaine notamment⁸. Une association qui pratique des discriminations arbitraires, par exemple en vertu de différences raciales comme certains groupes néo-nazis, n'encourage en effet en rien la réciprocité nécessaire à la vie commune dans des sociétés multiculturelles⁹.

Confrontée à ce problème et à la question du bien-fondé de la cohérence entre sphères et principes publics et privés, la philosophie politique libérale n'offre que peu de réponses. Elle reconnaît en principe une *large autonomie* aux associations pour autant que celles-là garantissent un droit d'*adhésion* et de *sortie* à qui le souhaite. Ces deux conditions constituent précisément les deux points les plus sensibles de la vie associative dans les conditions d'extrême diversité et d'affirmation identitaire qui règnent dans nos sociétés civiles; en effet, toutes les associations ne sont pas nécessairement volontaires et la notion de choix personnel et éclairé de leurs membres demeure difficile à évaluer.

L'élaboration de *critères* de délimitation plus précis, ainsi que d'un *modèle théorique* s'avèrent donc nécessaires. Même si la liberté d'association est en soi dotée d'une valeur intrinsèque qui n'est pas relative à la justice de ses

conséquences, tout exercice de cette liberté ne peut se voir reconnaître la force prédominante d'un droit fondamental moral ou constitutionnel absolu face à d'autres droits tout aussi fondamentaux¹⁰. L'interdiction de la discrimination deviendrait en effet une vaine illusion si toutes les associations en étaient exemptes¹¹. Ainsi est-il généralement admis qu'une association «intime» (*intimate association*), «expressive» (*expressive association*) ou religieuse peut faire valoir des motifs justificatifs d'une discrimination plus dignes de protection, lorsqu'ils sont directement liés à son objectif, qu'une association purement commerciale ou récréative. De même reconnaît-on qu'une association, dont les activités discriminatoires portent atteinte à la dignité humaine d'autres individus ou mettent en cause leur accès à des biens économiquement et socialement importants, peut voir son autonomie organisationnelle restreinte¹².

La question à laquelle je m'efforcerai par conséquent de répondre dans cet article est la suivante: quels sont les critères qui permettent d'établir la primauté de la liberté des associations, qui sont en prise avec le public, de s'associer ou de ne pas s'associer avec qui elles le souhaitent, et donc parfois de discriminer certaines personnes en vertu de leur (non-)appartenance à certains groupes, en dépit de l'existence de règles anti-discriminatoires l'interdisant?

La discussion et la mise sur pied de ces critères de délimitation peuvent s'inspirer avec profit de la *comparaison* entre des ordres juridiques très différents comme les systèmes américain et suisse¹³. La jurisprudence américaine a en effet progressivement développé dès les années 80, et à nouveau dans une décision récente¹⁴, certains critères de délimitation entre la liberté d'association privée¹⁵ et l'égalité de traitement entre particuliers. En Suisse, au contraire, la jurisprudence ne semble avoir eu ni véritablement ni souvent maille à partir avec le point qui nous occupe. Par ailleurs, la solution offerte en doctrine, même si elle est assez uniforme, est peu détaillée dans ses critères.

10 Cf. GUTMANN (note 2), p. 7.

11 Cf. GUTMANN (note 2), p. 31.

12 Cf. GUTMANN (note 2), p. 8.

13 Un *caveat* s'impose toutefois quant aux dangers de transposition incongrue que comporte l'usage de la méthode comparative en droit. Cf. O. KAHN-FREUND, On Uses and Misuses of Comparative Law, *Modern Law Review* 37, 1974, p. 1 ss.

14 Cf. la décision non publiée de la Cour suprême du 28 juin 2000, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US (2000): <http://supct.law.cornell.edu/supct/hermes.search.html>.

15 Voir principalement les décisions *Bob Jones University v. United States*, 461 US 574 (1983); *Roberts, Acting Commissioner, Minnesota Department of Human Rights, et al. v. United States Jaycees*, 468 US 609 (1984); *Boards of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 US 537 (1987); *New York State Club Association v. City of New York*, 487 US 1 (1988); *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group*, 515 US 557 (1995).

4 Cf. sur la valeur civique, et non seulement individuelle de la liberté d'association, GUTMANN (note 2), p. 18 ss. D'où certainement sa protection généreuse en droit suisse: M. PEDRAZZINI et N. OBERHOLZER, *Grundriss des Personenrechts*, 5^e éd., Berne 1995, p. 225.

5 Cf. H.-M. RIEMER, *Vereine*, Art. 60–79 CC, *Berner Kommentar*, I/3/2, 3^e éd., Berne 1990, ST, p. 276.

6 Cf. W. MARSHALL, *Discrimination and the Right of Association*, *North Western University Law Review* 81, 1986, p. 68 ss, 69.

7 Voir sur cette dénomination: S. BESSON, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg 1999.

8 Cf. PUTNAM (note 2), p. 67.

9 Cf. GUTMANN (note 2), p. 5 s.

Cette approche devrait nous permettre de voir, d'une part, en quoi la protection de la liberté d'association suisse peut être considérée comme très étendue lorsqu'elle est comparée à la protection américaine. D'autre part, elle pourrait aussi démontrer que la relation de la liberté d'association avec le respect de l'égalité horizontale n'est pas traitée de manière aussi élaborée en Suisse qu'aux Etats-Unis en raison principalement du peu de garanties uniformes de l'égalité horizontale en droit suisse. *De lege ferenda*, par conséquent, l'étude comparative du régime théorique de la relation entre la liberté d'association et l'égalité horizontale devrait nous en apprendre davantage sur les besoins du droit suisse en matière de protection de l'égalité horizontale, ainsi que sur la nécessité d'élaborer des critères plus précis de pesée des intérêts lors de conflits entre l'égalité horizontale et la liberté d'association.

Cet article est composé de trois parties. La première partie décrit le régime de la liberté d'association privée en droits suisse et américain (I.). La seconde traite de la protection de l'égalité horizontale dans les deux ordres juridiques cités (II.) et la dernière de la limitation de la liberté d'association par le droit anti-discriminatoire dans ces deux systèmes (III.).

I. Le régime de la liberté d'association privée

1. En droit américain

Contrairement à bien d'autres ordres juridiques, le droit américain ne contient pas de garantie expresse et exhaustive de la liberté d'association¹⁶. La jurisprudence américaine distingue pourtant entre la liberté d'association *intime* et la liberté d'association *expressive*. La raison d'être de cette distinction est liée au fondement constitutionnel de la garantie de la liberté d'association en droit américain qui, en l'absence de règle expresse, est ordinairement rattachée à deux autres droits fondamentaux.

Le premier fondement de la liberté d'association est le 14^e Amendement dont l'une des interprétations est la protection de la *sphère privée* en vertu de la clause de *due process*¹⁷; cette clause interdit de priver une personne de sa

vie, de sa liberté ou de sa propriété sans base légale. Dans la mesure où les associations accroissent le foisonnement des idées et la diversité humaine, ces relations personnelles méritent d'être protégées, jusqu'à un certain degré du moins, d'une interférence étatique¹⁸.

Le deuxième fondement de la liberté d'association est le Premier Amendement qui protège la *liberté d'expression* et de religion, ainsi que le droit de s'assembler pacifiquement et de s'adresser à l'Etat pour le redressement de ses torts. Cette protection ne s'adresse pas particulièrement aux associations intimes, mais plutôt aux associations religieuses ou expressives qui font office d'instrument lors de l'exercice des libertés de religion ou d'expression.

Aucun de ces deux fondements constitutionnels ne garantit une liberté *générale et absolue*¹⁹ d'association à l'encontre de l'intervention étatique²⁰. Ainsi, bien que la liberté d'association implique par définition la liberté d'exclusion, et par conséquent limite la liberté d'adhésion²¹, il convient dans chaque cas d'examiner la *nature* et l'*objectif* principal de l'association pour pouvoir apprécier le niveau de protection qui lui revient. Cette appréciation se fait suivant, d'une part, le niveau d'intimité ou la part d'expressivité dans l'activité principale d'une association²² et, d'autre part, le degré de relation entre l'activité en cause et l'objectif principal d'une association dite intime ou expressive.

Afin de déterminer si une intervention étatique dans la structure interne d'une association est justifiée, le droit américain prescrit encore qu'il faut examiner les motifs de cette intervention et les *mettre en balance* avec l'intérêt de l'association à l'absence d'intrusion²³. Il convient en effet dans chaque cas d'établir un *intérêt étatique dominant* à l'élimination de la discrimination

18 Cf. M. GOODMAN, A scout is morally straight, brave, clean, trustworthy... and heterosexual? Gays in the boy scouts of America, Hofstra Law Review 27, 1999, p. 825 ss, 838.

19 Cf. G. KATEB, The Value of Association, in: A. Gutmann (éd.), Freedom of Association, Princeton 1998, p. 35 ss: «Freedom of association is integral to a free human life, to being a free person. Picking one's company is part of living as one likes: living as one likes (provided one does not injure the vital claims of others) is what being free means».

20 Le droit de s'associer ne veut pas dire «that in every setting in which individuals exercise some discrimination in choosing associates, their selective process of inclusion and exclusion is protected by the Constitution.»: Club Association, p. 13. Voir aussi Norwood v. Harrison, 413 US 455, 470 (1973). Cf. GUTMANN (note 2), p. 17.

21 Voir Brennan dans Roberts, p. 623: «There can be no clearer example of an intrusion into the internal structure or affairs of an association than a regulation that forces the group to accept members it does not desire. [...] Freedom of association [...] plainly presupposes a freedom not to associate.» (mis en italique par l'auteure). Cf. aussi Douglas dans Moose Lodge No 107 v. Irvis, 407 US 163, 179 (1972): «The associational rights which our system honours permit all white, all black, all brown and all yellow clubs to be formed. They also permit all Catholic, all Jewish, or all agnostic clubs to be established. Government may not tell a man who his or her associates must be.» (mis en italique par l'auteure).

22 Cf. VARELA (note 16), p. 925 sur la variété des intérêts couverts par le Premier Amendement.

23 Cf. GUTMANN (note 2), p. 11 sur ce *balancing test*.

16 Voir NAACP v. Button, 371 US 415, 430 (1963) et P. VARELA, A scout is friendly: freedom of association and the state effort to end private discrimination, William and Mary Law Review 30, 1989, p. 919 ss, 922 ss avec de nombreuses références. Voir pourtant Goldberg dans Bell v. Maryland, 378 US 226, 313 (1964): «Prejudice and bigotry in any form are regrettable, but it is the constitutional right of every person to close his home or club to any person or to choose his social intimates and business partners solely on the basis of personal prejudices including race. These and other rights pertaining to privacy and private association are themselves constitutionally protected liberties».

17 Voir Roberts, p. 619.

qui doit pouvoir l'emporter sur la liberté d'association (*compelling state interest*)²⁴. Cet intérêt peut être, d'après la jurisprudence américaine, la protection de la dignité humaine des victimes d'une discrimination, ou encore l'assurance d'un accès égal à des biens et services économiquement et socialement importants. En outre, la restriction de la liberté d'association par le droit ne se justifie que si ce droit est un moyen *proportionnel* de mettre en œuvre l'intérêt étatique à l'élimination de la discrimination, à savoir un moyen qui est *propre à atteindre le but visé* et qui est le moyen *le moins restrictif possible* de le faire²⁵.

Par ailleurs, la doctrine américaine distingue entre la justification *morale* absolue d'une conduite et l'absence de règle *juridique* en la matière²⁶. Les principes démocratiques et libéraux ne peuvent insister sur la cohérence absolue entre l'interdiction de la discrimination étatique et les règles qui régissent l'autonomie de toutes les associations privées²⁷, et ce en raison de ses conséquences parfois plus regrettables que le dommage que l'on tente par-là de réparer. Il conviendra donc toujours de mesurer l'intérêt à appliquer certains principes libéraux aux relations interindividuelles à celui qui consiste à protéger la sphère privée de ce genre d'influence de droit public selon le type d'association en cause²⁸.

2. En droit suisse

En droit suisse, l'association privée est une *société de personnes* à but idéal, dont la structure est centrée sur les individus qui en sont membres²⁹. L'adhésion à une association se fait par contrat et est donc soumise aux art. 1 ss du Code des Obligations (ci-dessous, «CO»)³⁰.

Premièrement, la libre formation des associations est garantie par la *liberté d'association générale* (*Vereinsfreiheit*) de l'art. 23 de la Constitution fédérale suisse (ci-dessous, «Cst.») et de l'art. 11 de la Convention Européenne

des Droits de l'Homme (ci-dessous, «CEDH»), selon laquelle les citoyens ont le droit de former toute association et d'établir à cette fin les statuts qu'ils désirent³¹.

Dans son aspect *positif*, la liberté d'association permet aux particuliers de créer des associations, d'en devenir membres, d'exercer en leur sein des activités et de les dissoudre. Dans son aspect *négatif*, par contraste, elle garantit le droit de ne pas être obligé de faire partie d'une association, ou de la quitter³². Notons encore que la liberté de s'associer avec qui l'on veut implique la liberté de ne pas s'associer avec qui l'on ne veut pas. Là réside le nœud du problème dans la relation entre la liberté d'association et l'égalité de traitement qui oppose la liberté d'une association de ne pas accepter un nouveau membre à la liberté égale de s'associer de celui-là. L'opposition entre ces deux droits est d'autant plus complexe que la personne discriminée se voit non seulement privée de son droit à être traitée en égale, mais aussi refuser l'exercice de son droit égal à l'association³³.

Deuxièmement, l'*autonomie d'association* ou l'*autonomie organisationnelle*³⁴ (art. 63 du Code Civil [ci-dessous, «CC»]; *Vereinsautonomie* par opposition à la liberté d'association générale [*Vereinsfreiheit*]³⁵) est une concrétisation entre particuliers de la liberté (verticale) d'association générale (art. 23 Cst.). Elle permet à l'individu d'organiser librement ses associations avec autrui dans les limites de la loi et des bonnes mœurs³⁶. Elle se trouve mise en œuvre en particulier par la liberté de l'association d'adopter les statuts qui lui conviennent.

En dépit de certaines restrictions, notamment en matière d'exclusion discriminatoire d'associations liées à une relation de travail ou au refus d'association abusif, cette autonomie organisationnelle reste importante³⁷. C'est d'ailleurs une particularité du droit suisse qu'il ménage une grande latitude à la liberté d'association³⁸; la loi se limite en effet à établir les principes les plus

24 Cf. GUTMANN (note 2), p. 13.

25 Voir Roberts, p. 623.

26 Cf. K. GREENAWALT, Freedom of Association and Religious Association, in: A. Gutmann (éd.), Freedom of Association, Princeton 1998, p. 109 ss; GUTMANN (note 2), p. 16 s.

27 Cf. N. ROSENBLUM, Compelled Association: Public Standing, Self-Respect, and the Dynamic of Exclusion, in: A. Gutmann (éd.), Freedom of Association, Princeton 1998, p. 75 ss.

28 Cf. GREENAWALT (note 26), p. 109 ss pour une discussion détaillée de différents critères et exemples de distinction.

29 Cf. H. TRACHSLER, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – ein funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, St Gall 1991, p. 162; RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 275; BESSON (note 7), n. 827 ss.

30 Cf. TRACHSLER (note 29), p. 204; RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 42; PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 229.

31 A. HEINI, in: H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser (éd.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, BaKomm. I, Art. 1–359 ZGB, Bâle/Genève/Munich 1996, Vorbem. zu Art. 60–79 CC, n. 3 ss.

32 Cf. ATF 110 Ia 36, 42 = JdT 1985 I 229.

33 Cf. L. TRIBE, American Constitutional Law, 2^e éd., New York 1988, § 15–17. Cf. aussi BESSON (note 7), n. 727.

34 Sur cette expression: J.-F. PERRIN, Droit civil V, Droit de l'association (art. 60–79 CC), Fribourg 1992, p. 40 note 22.

35 Sur cette distinction, cf. RIEMER (note 5), ST, n. 278. Cf. aussi ATF 70 II 63, 67 = JdT 1944 I 409; 73 II 1, 2 = JdT 1947 I 233; 97 II 108, 113 = JdT 1972 I 648 (résumé).

36 Cf. notamment W. BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2^e éd., Zurich 1944, p. 17 ss; HEINI (note 31), II, n. 7; RIEMER (note 5), Art. 63 CC n. 43 ss.

37 Cf. notamment TRACHSLER (note 29), p. 229; RIEMER (note 5), Art. 63 CC n. 44; BESSON (note 7), n. 823.

38 Cf. PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 225.

importants et laisse aux statuts particuliers le soin de régler le reste. La liberté d'association privée du droit suisse est toutefois *limitée*, comme nous le verrons plus bas, puisque les associations ne doivent contenir rien d'*illicite* ou de *dangereux* pour l'Etat dans leur *but* ou les *moyens* employés.

Il est possible de distinguer trois niveaux dans l'exercice et la protection de la liberté d'association.

Premièrement, il faut souligner la liberté essentielle d'une association de déterminer quel est son *but principal* lors de sa phase de constitution (*Ausgestaltungsfreiheit* ou *Abschlussfreiheit*). Ce but sera généralement exprimé dans les statuts de l'association, mais il peut aussi être déduit de ses activités principales. Durant la phase de constitution, la liberté d'association est très vaste, notamment pour ce qui est de la sélection des membres de l'association. Ses seules limites sont la *loi* et les *bonnes mœurs* en vigueur en Suisse à ce moment-là³⁹.

Deuxièmement, suite à son usage dans la phase de constitution, la liberté d'association peut être exercée dans la *gestion des activités journalières* (*Anwendungsfreiheit*) de l'association.

Troisièmement, la liberté d'association peut aussi être invoquée à des fins d'*exclusion* de certains membres ou de *dissolution*.

La liberté d'association est dans ces deux dernières phases plus limitée qu'en phase de constitution, avant tout en raison du *principe d'égalité de traitement* des associés, mais aussi, bien que dans une moindre mesure, des tiers. Dans cette phase, la liberté d'association n'est plus seulement restreinte par la loi et les mœurs en vigueur, mais aussi par les statuts de l'association et le but qu'elle s'est fixé durant la phase de constitution⁴⁰.

II. La protection de l'égalité de traitement entre particuliers

1. En droit américain

L'essentiel du droit anti-discriminatoire américain actuel, aussi bien aux niveaux législatif que judiciaire⁴¹, s'est développé en réponse aux discriminations institutionnalisées du 19^e siècle⁴². Outre le droit anti-discriminatoire d'origine étatique, un droit analogue et souvent plus avancé s'est constitué au

niveau *fédéral*, en particulier dès les années 60. Un des statuts les plus importants interdit la discrimination intentionnelle, fondée sur la race, la religion, le sexe ou l'origine nationale, sur le lieu de travail; il est connu sous le nom de Titre VII du *Civil Rights Act 1964* (modifié en 1972). Le Titre II du même acte interdit la discrimination dans les lieux ouverts au public.

Le Titre VII et l'*Equal Protection Clause* du 14^e Amendement de la Constitution constituent le fondement du développement doctrinal et jurisprudentiel de la théorie anti-discriminatoire américaine. Aujourd'hui, le principe d'égalité de traitement constitue un principe de droit constitutionnel autonome⁴³. Alors que le Titre VII interdit la discrimination raciale au sein d'une relation *privée* de travail, l'*Equal Protection Clause* ne restreint que la discrimination d'origine *étatique*, garantissant l'égalité dans et devant la loi⁴⁴. Il n'existe pas par conséquent en droit américain de *clause constitutionnelle* garantissant une interdiction *générale* de discriminer entre particuliers⁴⁵.

La théorie dite de *state actions*, développée progressivement par la Cour suprême américaine⁴⁶, a permis toutefois de considérer que les relations «quasi-publiques» entre particuliers, soit dans le type de tâches déléguées soit dans le type de relation en cause, sont soumises à la garantie des droits fondamentaux opposables à l'Etat, et notamment au principe d'égalité de traitement⁴⁷. Il convient de noter à cet égard que le droit américain ne connaît pas une séparation aussi marquée que les ordres juridiques de droit civil entre *sphères privée et publique*⁴⁸.

Cette jurisprudence a étendu les restrictions fondées sur l'interdiction verticale de la discrimination aux activités «quasi-étatiques», à savoir à celles qui se situent dans la *zone grise* qui sépare la sphère intime⁴⁹ de la sphère publique, comme celles des théâtres, des bibliothèques ou des piscines⁵⁰. Selon

39 Cf. RIEMER (note 5), Art. 63 CC n. 45.

40 Cf. RIEMER (note 5), Art. 63 CC n. 45.

41 Cf. Brown v. Board of Education, 394 US 294 (1954); United States v. Virginia, 116 SCt 2263 (1996). Cf. aussi la jurisprudence antérieure dite de «laisser-faire» et le cas Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).

42 Pour une présentation historique: C. McCrudden (éd.), Anti-discrimination Law, Aldershot 1991, p. xi.

43 Cf. TRIBE (note 33), p. 1437 avec références. Cf. notamment la célèbre «Footnote 4» de la décision rompant avec l'ère dite de *due process* et du cas Lochner, à savoir la décision US v. Carolene Products Co., 304 US 144 (1938).

44 Cf. les cas Griggs v. Duke Power Co., 401 US 424, 91 SCt 849, 28 LEd 2d 158 (1971), Wards Cove Packing Company Inc v. Atonio, 490 US 642, 109 SCt 2115, 104 LEd 2d 733 (1989) et Washington v. Davis, 426 US 229, 96 SCt 2040, 48 LEd 2d 597 (1976).

45 Dans le même sens TRACHSLER (note 29), p. 65; BESSON (note 7), n. 1564.

46 Cf. notamment 109 US 13, 17 (1883).

47 Cf. L. TRIBE, Constitutional Choices, Cambridge Mass. 1985, p. 246 ss. Cf. notamment pour un cas d'application de l'égalité verticale à une relation entre particuliers: Shelley v. Kraemer, 344 US 1 (1948).

48 Cf. notamment TRACHSLER (note 29), p. 48; BESSON (note 7), n. 1563.

49 Cf. L. WILDHABER, Réflexions sur la discrimination raciale, l'égalité devant la loi et la *Dritt-wirkung* en droit suisse, RDH 4, 1971 p. 341 ss, 347.

50 Cf. WILDHABER (note 49), p. 346 s. Cf. aussi les affaires Johnson v. Virginia, 373 US 61 (1963); Wright v. Georgia, 373 US 248 (1963); Brown v. Louisiana, 383 US 131 (1966).

cette jurisprudence, un certain degré de partialité peut être toléré dans la vie privée et intime, mais non dans les domaines plus sociaux touchant aux intérêts de la communauté. *L'autonomie privée ne règle en effet que les relations entre individus égaux*⁵¹.

L'interdiction de toute discrimination arbitraire entre particuliers⁵² trouve son expression principale⁵³ dans le droit dit de *public accommodation*, à savoir le droit qui interdit aux établissements offrant leurs prestations de biens ou de services courants au public de manière dominante de le faire de façon discriminatoire⁵⁴. Ce type de droit restreint naturellement l'autonomie privée et en particulier la liberté de s'associer avec qui on le souhaite⁵⁵.

Paradoxalement, le droit *étatique* en la matière est beaucoup plus efficace que le droit fédéral (Titre II du *Civil Rights Act* de 1964⁵⁶) qui se limite, d'une part, comme nous l'avons vu, à la discrimination raciale et, d'autre part, à des établissements publics traditionnels, comme les restaurants et les hôtels⁵⁷. L'évolution récente de la jurisprudence et l'extension de la protection du droit étatique ont amené à l'intégration de nombreuses associations et clubs privés dans la notion d'établissement de prestation au public, suite notamment à la décision *Club Association*⁵⁸.

Indépendamment des spécificités propres à chaque loi anti-discriminatoire et à chaque Etat, la qualité d'établissement de *public accommodation* implique principalement la réunion de trois conditions⁵⁹. Premièrement, il convient d'examiner si une association constitue véritablement un établissement offrant des services au public, à savoir si elle possède un *établissement* relativement fixe et si le *public* qu'elle vise est important et hétérogène. Deuxièmement, il faut encore s'assurer de son rôle de *source dominante* des biens offerts, même s'il n'est pas nécessaire qu'elle en soit la source exclusive. Finalement, les biens offerts au public par l'association doivent pouvoir être

considérés comme *vitaux*, comme par exemple l'accès aux mêmes possibilités éducatives et économiques.

2. En droit suisse

En droit suisse, la garantie de l'égalité de traitement est ancrée à l'art. 8 Cst. Elle ne possède en principe aucun effet horizontal direct⁶⁰ excepté pour ce qui est de l'égalité de salaire entre hommes et femmes de l'art. 8 al. 3 Cst. Seul son effet horizontal indirect lors de l'application et de l'interprétation de règles de droit privé est généralement reconnu⁶¹.

L'égalité de traitement entre particuliers est pourtant déjà partiellement consacrée *de lege lata* en droit privé suisse. Par ailleurs, la Suisse est liée par des engagements internationaux qui consacrent une garantie minimale et uniforme de l'interdiction de discriminer entre particuliers. La mise en œuvre de ces interdictions en droit national demeure toutefois insuffisante; elle met en danger la sécurité et l'unité juridiques, ainsi que la protection octroyée par le droit fondamental à l'égalité de traitement.

Le défaut des garanties nationales tient à leur fragmentation et cela avant tout pour deux raisons. Premièrement, la protection de l'égalité horizontale n'est garantie expressément que pour *certaines critères* de discrimination, comme la discrimination en raison de la race (art. 261^{bis} du Code Pénal [ci-dessous, «CP»]) ou du sexe (art. 8 al. 3 Cst.; art. 3 de la Loi fédérale sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes [ci-dessous, «LEg.»]). Deuxièmement, cette garantie repose sur des *modes de protection divers* et souvent incohérents. En effet, la protection diffère, d'une part, *en fonction des critères* de discrimination, puisque le sexe bénéficie d'une protection constitutionnelle et législative (art. 8 al. 3 Cst.; art. 3 LEg.), la race d'une protection pénale (art. 261^{bis} CP) et le handicap d'une récente protection constitutionnelle (art. 8 al. 4 Cst.). Elle diffère aussi, d'autre part, *en fonction du domaine* en cause, puisque chacun des fondements écrits de l'égalité horizontale dispose d'un champ d'application et de moyens différents.

Partant, il est nécessaire de consacrer une garantie *unique et expresse* de l'égalité horizontale en droit suisse⁶². En raison de l'envergure du droit à l'égalité horizontale, un fondement purement *législatif* n'aurait pas toujours

51 Cf. WILDHABER (note 49), p. 347.

52 Je laisse à dessein de côté le droit qui régit les relations d'égalité entre citoyens et Etat. Cf. BESSON (note 7), n. 1559 ss.

53 Voir sur l'évolution de la protection en droit américain, BESSON (note 7), n. 1559 ss.

54 Cf. WILDHABER (note 49), p. 347 s.; cas 373 US 267, 274–283 (1963).

55 Sur cette relation, voir notamment VARELA (note 16), p. 919 et GOODMAN (note 18), p. 825 avec références.

56 «All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, colour, religion or national origin».

57 Cf. VARELA (note 16), p. 932 ss avec références. Voir aussi GOODMAN (note 18), p. 828 ss.

58 New York State Club Association v. City of New York, 487 US 1 (1988). Cf. VARELA (note 16), p. 936.

59 Cf. GUTMANN (note 2).

60 Cf. sur ce sujet BESSON (note 7), n. 982 ss, 1000 ss avec références.

61 Cf. BESSON (note 7), n. 993 ss avec références.

62 Je défends cet argument plus longuement dans ma thèse de doctorat: BESSON (note 7).

une portée suffisante. Il est, à mon avis, préférable d'ancrer la garantie de l'égalité horizontale *expressément* dans la *Constitution*⁶³.

Le principe d'égalité horizontale tel qu'il est proposé ici interdit toute discrimination arbitraire. Il s'agit de toute *différence de traitement* entre des personnes se trouvant dans une *situation comparable* sur la base de *critères objectivement injustifiés*. Ainsi, une différence de traitement entre deux candidats à la qualité de membre d'une association commerciale, dont les qualifications sont égales mais qui sont traités différemment en raison de leur sexe, peut être considérée comme une discrimination à moins d'être objectivement justifiable en fonction du but de l'association, dans les cas où le critère de discrimination s'y prête.

La disposition constitutionnelle proposée permet de fonder de manière générale le principe d'égalité horizontale qui s'applique déjà partiellement *de lege lata*. Elle étend toutefois son champ d'application à la phase d'exécution et de résiliation de toute relation entre particuliers qui remplit les critères généraux définis: la prestation doit couvrir un *besoin courant* et être *offerte au public*. En phase de formation du contrat, l'existence d'une obligation de contracter exige en outre l'abus d'une *position de puissance privée*.

Dans ces conditions, la théorie américaine de *public accommodation*, exposée précédemment, est entièrement *transposable en droit suisse*, à savoir dans le cas d'une entreprise privée qui offre ses services professionnels, propres à satisfaire des *besoins courants*, à un public *anonyme*, sans égard à la personne de la partie contractante et sans conclure de contrats durables⁶⁴. Il est difficile de définir précisément et de manière générale chacun des critères d'application du régime proposé ici; leur délimitation se fera donc au fil de la pratique, mais il est possible de dégager les trois principes suivants.

Premièrement, il faut considérer qu'un *bien est essentiel* physiquement et psychiquement s'il permet de satisfaire des besoins considérés comme *courants* dans une société donnée, tels que notamment l'alimentation, le travail, le logement, un compte bancaire, certaines assurances minimales ou certaines manifestations culturelles de base. A noter que la qualité de besoin courant et de bien nécessaire à couvrir un besoin courant est *relative*. Deuxièmement,

l'*offre publique* peut être définie plus largement qu'à l'art. 261^{bis} CP. Offerte non pas de manière personnelle, mais anonyme, la prestation du bien ou du service en cause n'est en effet pas uniquement destinée à l'usage du public; même restreinte à l'usage de particuliers, comme une chambre d'hôtel, il suffit qu'elle ait été offerte à un large public. Troisièmement, la *position de puissance*, par analogie avec le droit de la concurrence et le droit de protection de la partie faible⁶⁵, peut être d'origine sociale, économique, juridique ou politique. Elle est nécessaire à la naissance d'une obligation de contracter pour l'auteur de la discrimination.

Le respect du principe d'égalité horizontale ne peut pas toujours être raisonnablement exigé et n'est par conséquent pas protégé de manière absolue. Cela implique une dialectique entre les deux valeurs concurrentes que sont l'égalité et la liberté; une *pesée des intérêts* en cause s'imposera de cas en cas.

Outre les *limites* qu'impose la *loi*, il faut en effet distinguer les limites qui découlent de la renonciation de la «victime» de la discrimination à sa protection (dans les limites de l'art. 27 CC), de celles qui découlent de la position de l'«auteur» de la discrimination. Celles-là couvrent la *liberté contractuelle* et ses principes dérivés, comme la *liberté d'association*, ainsi que les *circonstances particulières* propres à la situation de l'«auteur» de la discrimination. Les *circonstances particulières*, dans lesquelles le respect de l'égalité horizontale ne peut pas toujours être raisonnablement exigé, englobent la *proximité personnelle*, les risques, les coûts, ainsi que les particularités des organisations à tendance qui ont un *message à exprimer* pour lequel certaines discriminations peuvent être requises.

III. La limitation de la liberté d'association par le respect de l'égalité de traitement

1. En droit américain

Le régime de restriction de la liberté d'association des particuliers par l'obligation de respect du droit anti-discriminatoire s'est progressivement développé au fil de la jurisprudence de la Cour suprême américaine, et ce dès les années 80. Je me limiterai ici à présenter le régime qu'a élaboré la Cour grâce aux différents cas qui lui ont été présentés.

63 De *lege ferenda*, la garantie constitutionnelle de l'égalité horizontale prendrait la forme d'un 5^e alinéa de l'art. 8 Cst.:

⁵ Le principe d'égalité s'applique aussi aux relations des particuliers entre eux. Il interdit toute discrimination arbitraire directe ou indirecte, notamment dans les relations de travail et de bail, ainsi que dans toute autre relation tendant à la prestation de biens ou de services, qui couvre des besoins courants et qui est offerte au public. Dans ce dernier cas, il impose en outre une obligation de contracter à celui qui se trouve en position de puissance. Le respect du principe est limité aux circonstances dans lesquelles il peut être raisonnablement exigé. Sont réservées les mesures complémentaires de droit pénal, public ou privé.

64 Cf. WILDHABER (note 49), p. 348.

65 Cf. ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586, SJ 1998 537. Cf. P. TERCIER, Le prix abusif, Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, DC 3, 1998, p. 71 ss, 78 sur la «gêne»: «La notion se rapporte à une situation individuelle, mais doit être interprétée *largement*, englobant non seulement les données de caractère économique, mais également les pressions d'ordre personnel, familial, politique ou autre.» (mis en italique par l'auteure).

a) *Bob Jones University v. United States*

Dans cette première décision⁶⁶, la Cour suprême américaine a établi que le refus d'accorder une exemption fiscale à l'université religieuse Bob Jones, était justifié sur la base de l'intérêt étatique dominant à mettre en œuvre le droit anti-discriminatoire⁶⁷. Bob Jones avait en effet discriminé certains de ses étudiants en interdisant les rencontres interraciales au nom de son message religieux. *Bob Jones* est un cas intéressant dans la mesure où la liberté d'association religieuse est une des applications les plus étendues de la liberté d'association américaine⁶⁸.

La situation aurait été différente si Bob Jones n'avait pas été une université, mais une église se prévalant de sa liberté religieuse intime. Les universités constituent en effet le seul accès à certaines professions et à d'autres institutions sociales et économiques. Par conséquent, leur liberté d'association religieuse, et par-là leur liberté de discriminer dans certains cas, se trouvent sérieusement limitées par un intérêt étatique dominant à assurer des chances éducatives et économiques égales.

Néanmoins, si l'hypothétique église Bob Jones ne s'était pas contentée de discriminer ses membres, mais aussi les différents employés qu'elle embauchait à des tâches académiques par exemple, l'intérêt étatique à prévenir la discrimination raciale se serait accru et aurait primé la liberté d'association intime et religieuse. En effet, en tant qu'employeurs, une église et son école privée contribuent directement au système de répartition des chances économiques et sociales, comme dans le cas des *Dayton Christian Schools*⁶⁹, et ce de manière souvent suffisamment éloignée du message religieux de l'association pour ne pas être couvertes totalement par la liberté d'association religieuse. Il faut noter, néanmoins, qu'à la différence du cas de l'université Bob Jones qui n'avait pas beaucoup d'institutions concurrentes, une école privée religieuse qui emploie un individu afin d'enseigner des matières courantes et laïques se trouve sur un marché relativement concurrentiel et n'est donc pas ordinairement en position dominante.

Dans tous les cas, ce n'est pas seulement l'impact sur les chances de différents individus qui importe lors de l'évaluation de la limitation de la liberté d'association religieuse, mais aussi la *nature plus ou moins religieuse de l'activité* en cause; une église peut en effet discriminer en fonction de la confession dans le cadre des ses activités spirituelles, mais aussi lors de ses activités laïques. Ainsi, plus l'activité discriminatoire est proche du centre des pratiques spirituelles de l'association religieuse, plus difficile sera sa limitation par le droit anti-discriminatoire⁷⁰.

b) *Roberts, Acting Commissioner, Minnesota Department of Human Rights, et al. v. United States Jaycees*

La décision la plus marquante parmi la série de décisions que la Cour suprême a prise suite à *Bob Jones* est celle qu'elle a rendue en 1984 dans l'affaire *Roberts*⁷¹. C'est dans cette décision que pour la première fois la Cour suprême a établi un *test* de détermination de la violation de la liberté d'association par le respect du droit anti-discriminatoire.

Dans cette affaire, il s'agissait de traiter d'une association civile à buts sociaux, la *National Junior Chamber of Commerce*, communément appelée Jaycees, dont la charte et la politique d'adhésion étaient discriminatoires envers les femmes⁷². Les dirigeants de cette association estimaient que l'obligation de respecter le droit anti-discriminatoire violait leur liberté d'association. Pour la Cour suprême, contraindre les Jaycees à admettre des femmes dans leurs rangs ne violait pas leur liberté d'association, car l'Etat du Minnesota avait un intérêt légitime et supérieur à assurer le respect du droit anti-discriminatoire dans l'accès à la promotion économique offert par la qualité de membre des Jaycees⁷³.

Premièrement, les relations d'association *intime* doivent recevoir une protection analogue à celle qui est octroyée aux familles⁷⁴. Parce qu'elles impliquent de profonds attachements, le droit d'en exclure les autres est le propre

66 *Bob Jones University v. United States*, 461 US 574 (1983).

67 Voir Burger dans *Bob Jones*, p. 574. Du même avis, GALSTON (note 2), p. 532.

68 Sur cette distinction, cf. GREENAWALT (note 26); GUTMANN (note 2), p. 17 s.

69 *Ohio Civil Rights Commission v. Dayton Christian Schools Inc.*, 477 US 619 (1986). Dans ce cas, une école privée intégriste avait décidé de ne pas renouveler le contrat d'une enseignante mariée qui était enceinte pour la raison qu'elle donnait un mauvais exemple en travaillant dans son état. Il est possible de rapprocher ce cas du cas allemand dans lequel une enseignante dans une école catholique privée s'est vue renvoyée pour avoir vécu en concubinage et pour avoir par-là discrédité l'institution du mariage aux yeux de ses élèves. La clef du problème ici est le *type d'enseignement* offert. Dans la mesure où son enseignement est en grande partie religieux, la vie privée de l'enseignant est importante à titre d'*exemple* et l'intérêt religieux de l'école privée plus lourd que dans le cas de la discrimination religieuse à l'embauche d'un conducteur de bus scolaire. Cf. GALSTON (note 2), p. 533.

70 Cf. GREENAWALT (note 26).

71 *Roberts, Acting Commissioner, Minnesota Dept of Human Rights, et al. v. United States Jaycees*, 468 US 609 (1984).

72 Voir le Minnesota Statute 363.01, subd. 18 et 363.03, subd. 3 (1982): «an unfair discriminatory practice [...] [t]o deny any person the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of a place of public accommodation because of race, colour, creed, religion, disability, national origin or sex». La notion de *place of public accommodation* est définie comme «a business, accommodation, refreshment, entertainment, recreation or transportation facility of any kind, whether licensed or not, whose goods, services, facilities, privileges, advantages or accommodations are extended, offered, sold or otherwise made available to the public».

73 Voir O'Connor dans *Roberts*, p. 641.

74 La protection des associations intimes ne se limite pas aux associations familiales. Voir *Roberts*, p. 620 et *Rotary*, p. 545.

de ces relations d'association⁷⁵. Les critères élaborés par la jurisprudence afin de déterminer le degré d'intimité d'une association sur l'échelle de l'attachement personnel vont de la grandeur du groupe (*size*), son degré de sélectivité dans le choix de nouveaux membres (*selectivity*), son exigence de retrait du reste de la société dans ce qui touche aux activités principales de l'association (*policies*) et des objectifs de l'association (*purpose*), à la proximité de ses membres (*congeniality*)⁷⁶.

Dans le cas des Jaycees, la majorité des juges s'accordait pour reconnaître qu'une association de 295 000 membres, dont la qualité de membre (masculin) n'est pas sélective et dont les activités ne sont pas «privées» dans le sens courant du terme et séparées du reste de la société, n'est pas couverte par la protection spéciale octroyée aux associations intimes⁷⁷. Les Jaycees étaient en effet principalement une association dont le but était de promouvoir et de pratiquer l'interaction et le management⁷⁸.

Deuxièmement, le fondement constitutionnel alternatif de protection de la liberté d'association est, comme nous l'avons vu, la protection de l'activité *expressive* d'une association pour autant que celle-ci constitue son objectif principal, qu'elle soit religieuse ou civile. Dans un tel cas, la liberté de sélectionner ses membres conformément au but exprimé est essentielle à l'exercice de la liberté d'expression de chacun des membres à travers leur association⁷⁹. Cette liberté serait violée si le message principal d'un groupe était altéré par l'inclusion forcée d'autres personnes⁸⁰. Cette protection ne vaut toutefois qu'à condition que deux éléments soient réunis.

D'une part, il faut que la procédure de sélection de nouveaux membres ou d'exclusion de membres existants soit *liée de manière évidente* à l'expression des convictions de l'association; alors que ce lien est clair dans le cas d'un groupuscule féministe dont la qualité de membre est liée au sexe, le lien n'est pas aussi évident dans le cas d'un parti d'extrême droite qui userait de la même politique d'adhésion, alors qu'elle le serait peut-être dans ce dernier cas si le critère de distinction était la race⁸¹.

D'autre part, l'expression de certaines convictions doit constituer l'objectif *principal* de l'association; le droit anti-discriminatoire se verrait sinon privé d'efficacité dans le cas d'associations économiques pour lesquelles la

promotion de certaines causes n'est pas entièrement inexistante⁸². Il est bien sûr nécessaire que cet objectif expressif lui-même soit légitime aux yeux du droit anti-discriminatoire. Ce point pose notamment toute la question de la légalité du discours raciste (*hate speech*)⁸³.

Selon la majorité des juges, les Jaycees ne possédaient pas la qualité d'une association dont le but principal est expressif⁸⁴. Même si la promotion de certaines causes publiques et politiques n'était pas étrangère à leurs activités⁸⁵, leur objectif était principalement humaniste et n'était protégé que partiellement par le Premier Amendement. Deuxièmement, même protégé en partie par la liberté d'expression, leur but n'était pas lié clairement à l'exclusivité masculine de la qualité de membre et ne se verrait par conséquent pas mis en cause par l'admission de membres féminins⁸⁶.

En l'absence de protection *absolue* de la liberté d'association d'une association volontaire comme les Jaycees⁸⁷, il convenait pour la Cour suprême d'examiner l'existence d'un *intérêt étatique* à garantir l'absence de discrimination des femmes⁸⁸. Il était donc nécessaire de recourir à une *pesée des intérêts* à la liberté d'association, d'une part, et à l'élimination de la discrimination fondée sur le sexe, d'autre part, et de chercher à déterminer l'existence d'un *intérêt étatique dominant* à limiter les politiques restrictives d'adhésion pratiquées par les Jaycees de manière proportionnée⁸⁹.

82 Cf. GUTMANN (note 2), p. 12.

83 Cette même question a fait l'objet de débats houleux en Suisse lors de l'adoption de l'art. 261^{bis} CP quant à ses conséquences sur la liberté d'expression, notamment sur la liberté de tenir un discours raciste. Cf. Rapport explicatif relatif à un Avant-Projet de modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire en vue de l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, accompagnant l'avant-projet soumis à consultation, DFAE et DFJP, décembre 1989, p. 8: «Entre particuliers, on admet un certain arbitraire, à condition que certaines formes soient respectées et certaines limites ne soient pas dépassées», cité par TRACHSLER (note 29), p. 42. Cf. plus généralement F. RIKLIN, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung [Art. 261 StGB], Medialex 1995, p. 41 ss; P. MUELLER, Die neue Strafbestimmung gegen Rassendiskriminierung – Zensur im Namen der Menschenwürde?, RJB 130, 1994, p. 247 ss; BESSON (note 7), n. 1220 ss. Cf. en droits américain et comparé: S. COLLIVER, Hate Speech Laws: Do They Work?, in: S. Colliver (éd.), Striking a Balance, Londres 1992, p. 363 ss, 374. A noter que la question est plus complexe en cas de restriction non seulement de la liberté d'expression d'une association, mais aussi de sa qualité de parti politique, comme le démontre le débat actuel en Allemagne.

84 Voir Roberts, p. 639.

85 Cf. United States Jaycees v. McClure 709 F. 2d 1560 (8 MCIR, 1983), 1570.

86 Voir Roberts, p. 626 ss.

87 Sur les dangers de cette logique dite de «cohérence» (*congruence*) entre sphères publique et privée, selon laquelle l'Etat peut contraindre des associations à appliquer des principes démocratiques libéraux, voir ROSENBLUM (note 27), p. 75 ss.

88 Voir Roberts, p. 629.

89 Voir Roberts, p. 623.

75 Voir Roberts, p. 619 s.

76 Voir Roberts, p. 620.

77 Voir O'Connor dans Roberts, p. 631.

78 Voir Roberts, p. 639.

79 Voir O'Connor dans Roberts, p. 633: «Protection of the association's right to define its membership derives from the recognition that the formation of an expressive association is the creation of a voice, and the selection of members is the definition of that voice».

80 Voir Roberts, p. 626 ss.

81 Cf. MARSHALL (note 6), p. 104.

L'*Human Rights Act* du Minnesota interdit la discrimination par des associations ou institutions dites de *public accommodation*. Pour la Cour suprême du Minnesota, les Jaycees en remplissaient les conditions d'application; en effet, leur activité principale consistait à vendre certains contacts commerciaux et à promouvoir l'emploi de leurs membres, soit à assurer les chances de *succès économique, social et politique* de leurs membres. Peu importe à cet égard qu'ils n'aient pas été pas la source exclusive de ces biens; il suffisait qu'ils fussent, en vertu de leurs ressources et de leur histoire, l'une des associations *dominantes* en la matière⁹⁰. Par ailleurs, les Jaycees menaient leurs activités depuis des bureaux permanents qui pouvaient dès lors être considérés comme des *établissements*. Finalement, ils pouvaient être assimilés à un établissement *public* dans la mesure où ils recrutaient leurs membres masculins de manière peu sélective⁹¹.

La Cour suprême distingue deux types d'*intérêts étatiques dominants* en matière d'égalité de traitement, qui étaient donnés en l'espèce⁹².

Le premier intérêt étatique dominant est celui qui consiste à assurer l'*égalité d'accès* aux biens et services économiques, éducatifs et sociaux importants; le simple fait pour une association privée de refuser des biens et services non qualifiés au public ne suffit pas en effet à justifier un intérêt étatique dominant à l'élimination de la discrimination⁹³. Lors de l'examen des retombées économiques discriminatoires d'une politique d'adhésion restrictive, il convient de considérer l'effet de propagation de la discrimination privée dans la vie publique (*spillover effect*)⁹⁴. Cette question est difficile, puisque, d'une part, il est vrai qu'il n'y a pas toujours de relation directe entre discriminations privée et publique⁹⁵, mais que, d'autre part, il est difficile de voir en quoi les membres d'une association sont capables de respecter une aussi grande dichotomie entre leurs activités privées et leurs attitudes en public⁹⁶.

Les critiques et les défenseurs des Jaycees étaient unanimes sur l'un de leurs objectifs principaux, qui était la formation au *leadership* en affaires et en matière commerciale. Il n'est pas possible bien entendu de vérifier les re-

tombées économiques qu'a eues cette formation sur les jeunes hommes membres de l'association, et par conséquent sur les femmes qui en étaient exclues. Néanmoins, il est possible de se fier, comme la Cour suprême, à la version que donnaient les Jaycees de leurs propres activités; selon cette version, le recrutement et la vente étaient des activités considérées comme commerciales⁹⁷. Par conséquent, les femmes exclues des Jaycees se voyaient refuser l'accès à des biens intangibles et à des compétences de *leadership*, de promotion professionnelle et à des contacts d'affaires importants pour la vie en société⁹⁸.

Le second intérêt étatique dominant en matière d'élimination de la discrimination sexuelle est celui de la prévention du *tort fait à la dignité* des femmes. Ce tort est encouru par la différenciation des femmes en vertu de politiques d'exclusion fondées sur des présomptions archaïques et exagérées quant aux besoins et capacités relatifs aux deux sexes⁹⁹.

c) *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte*

Le deuxième cas important, soulevé moins de trois ans après *Roberts*, est remarquable pour deux raisons: premièrement, la Cour a reconnu que *Roberts* offre le cadre d'analyse général des droits constitutionnels en cause et l'a appliqué à ce second cas; et, deuxièmement, la Cour a réitéré son attachement à une approche factuelle de chaque cas évitant ainsi toute généralisation quant à certaines familles d'associations¹⁰⁰.

Rotary International est une association à but non-économique composée uniquement d'«hommes d'affaires ou de professionnels»¹⁰¹. En 1977, le club Rotary de Duarte avait admis trois femmes en violation de la charte du Rotary International. Dans l'affaire en cause, le club Rotary Duarte poursuivait Rotary International pour avoir révoqué sa charte d'admission de membres féminins. Pour toute réponse, Rotary International faisait valoir son droit à la liberté d'association et par conséquent de non-association. Pour la Cour suprême, l'application du droit anti-discriminatoire californien ne violait pas les droits à l'association intime ou expressive du Rotary International¹⁰².

Premièrement, la Cour a considéré que le Rotary ne remplissait pas les conditions nécessaires à la protection de la liberté d'association *intime*.

90 Cf. GUTMANN (note 2), p. 15.

91 Voir Brennan dans *Roberts*, p. 621.

92 Cf. GOODMAN (note 18), p. 883 ss.

93 Cf. MARSHALL (note 6), p. 93.

94 Cf. GUTMANN (note 2), p. 14.

95 Cf. ROSENBLUM (note 27).

96 Cf. GREENAWALT (note 26): «Even if the members of [a country club that discriminates against Jews] assure us that they will extend equal respect to Jews in political and commercial life, we must doubt whether most people are capable of such a sharp dichotomy between semiprivate social life and public life. If it is said the state is powerless to change such attitudes, the answer is that bastions of social exclusion perpetuate attitudes within and across generations».

97 Voir O'Connor dans *Roberts*, p. 640.

98 Voir *Roberts*, p. 624 ss.

99 Voir *Roberts*, p. 625.

100 Voir Powell dans *Rotary*, p. 547.

101 Voir *Rotary*, p. 539.

102 *Boards of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 US 537 (1987).

D'une part, il n'existait aucune limite supérieure au nombre de membres admis et, d'autre part, chaque club était encouragé à ouvrir ses portes aux membres d'autres clubs et à se faire connaître du public. Il s'ensuit que le Rotary était ouvert au grand public et qu'il «n'opérait pas dans une atmosphère d'intimité, mais tentait plutôt d'ouvrir ses fenêtres et ses portes sur le monde entier»¹⁰³.

Deuxièmement, quant à la qualité d'association dite *expressive*, la Cour a considéré que les objectifs fondamentaux du Rotary n'étaient pas mis en cause par l'admission de femmes. Par ailleurs, même si la liberté d'association expressive du Rotary était mise en cause par l'application du droit anti-discriminatoire, cette restriction était justifiée par l'intérêt étatique supérieur à éliminer la discrimination sexuelle¹⁰⁴.

d) *Boy Scouts of America v. Dale*

Les *Boy Scouts of America* (ci-dessous, «BSA») ont été mêlés depuis longtemps à divers litiges dans lesquels ils invoquent leur liberté d'association à l'encontre des interdictions imposées par les règles anti-discriminatoires étatiques et fédérales¹⁰⁵. En effet, les BSA se sont toujours prévalu de leur politique d'adhésion dite des «3G», à savoir le refus d'admission des homosexuels (*gays*), des athées (*godless*) et des jeunes filles (*girls*)¹⁰⁶.

Dans une affaire récente, l'affaire *Boy Scouts of America v. Dale*¹⁰⁷, James Dale (ci-dessous, «Dale»), un chef scout d'une vingtaine d'années, s'opposait à son renvoi par les BSA après de nombreuses années passées dans le scoutisme. Ce renvoi était motivé par la déclaration de son homosexualité. Les BSA invoquaient à l'encontre de l'application du droit anti-discriminatoire leurs libertés d'expression et d'association, puisque l'un des messages du scoutisme américain serait la moralité et par conséquent l'exclusion de l'homosexualité.

La Cour suprême a jugé que la liberté d'association expressive des BSA au sens du Premier Amendement primait le droit anti-discriminatoire du New Jersey et le droit de Dale à ne pas être discriminé en raison de sa sexualité. En

s'inspirant fortement de sa décision *Hurley*¹⁰⁸, la Cour a réitéré son attachement à une analyse au cas par cas. Pour reprendre l'analyse des critères développés dans sa décision *Roberts*, la Cour suprême a refusé d'octroyer dans ce cas la protection de la liberté d'association *intime*, mais a reconnu l'objectif d'*expression* morale des BSA.

La protection de la liberté d'association *intime* requiert un attachement mutuel profond des membres de l'association et une haute sélectivité dans leur choix¹⁰⁹. Les BSA étaient beaucoup trop importants en nombre, pas assez sélectifs dans leur politique d'adhésion et trop publics ou peu exclusifs dans la nature de leurs activités et objectifs pour prétendre à l'intimité de leurs relations avec leurs membres¹¹⁰. Par ailleurs, la Cour était tenue en droit par la constatation en droit étatique de la qualité d'établissement de prestation au public des BSA¹¹¹.

Quant à la qualité d'association à but *expressif*, l'analyse de la Cour est plus détaillée. Il découle en effet des trois cas les plus importants des années 80 discutés précédemment que si l'exclusion des femmes avait été *étroitement liée* au message ou à l'*objectif expressif principal* des associations en cause, les restrictions imposées par le droit anti-discriminatoire auraient été moins admissibles, voire exagérées.

Il s'agissait donc de déterminer si les BSA étaient engagés de manière principale dans une forme d'expression et si ce message était en lien étroit avec l'exclusion de membres homosexuels.

Premièrement, pour ce qui est de l'activité expressive des BSA, la mission générale dont les *boy scouts* se disent investis est celle de «donner des valeurs aux jeunes gens»¹¹². Il est indiscutable dès lors qu'une association qui vise à transmettre ces valeurs s'engage dans une activité expressive¹¹³. Les valeurs que les *boy scouts* cherchent à transmettre se trouvent énumérées dans le serment et le droit scouts, qui constituent «un code moral positif».

¹⁰³ Voir Rotary, p. 547.

¹⁰⁴ Voir Rotary, p. 548 s.

¹⁰⁵ Cf. notamment Curran v. Mounts Diablo Council of the Boy Scouts of America, 952 P.2d 218 (Cal. 1998); Richardson v. Chicago Area Council of the Boy Scouts of America, 92-E-80, 1996 WL 734 724. Cf. aussi GOODMAN (note 18), p. 828, 855, 875 avec références jurisprudentielles.

¹⁰⁶ Cf. GOODMAN (note 18), p. 827.

¹⁰⁷ La décision non encore publiée du 28 juin 2000, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US (2000); <http://supct.law.cornell.edu/supct/hermes.search.html>.

¹⁰⁸ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group*, 515 US 557 (1995). Dans cette affaire, la Cour suprême a traité brièvement de la question de la liberté d'association. Le *South Boston Allied War Veterans Council* opposait son droit à la liberté d'association expressive à l'inclusion forcée de l'*Irish American Gay, Lesbian and Bisexual Group* dans une parade. La Cour a distingué l'exclusion du GLIB en tant que groupe paradant sous sa bannière de la possibilité pour ses membres de parader individuellement. Quant à la violation de la liberté d'association, la Cour a jugé que le *Council* avait le droit de refuser la qualité de membre de la parade au GLIB dans la mesure où cette restriction était étroitement liée à son message principal, à savoir un message de vétérans irréconciliable avec des bannières de promotion de l'homosexualité.

¹⁰⁹ Cf. GOODMAN (note 18), p. 876 ss sur l'application de ces critères aux BSA.

¹¹⁰ D'un avis contraire, voir VARELA (note 16), p. 942 s.

¹¹¹ Cf. GOODMAN (note 18), p. 858 ss.

¹¹² Cf. GOODMAN (note 18), p. 850.

¹¹³ Voir même O'Connor dans *Roberts*, p. 636.

Deuxièmement, comme le note le Juge REHNQUIST, il découle de nombre des publications et explications de la politique d'exclusion des homosexuels par les BSA que, bien que les expressions telles que «propre»¹¹⁴ ou «moralement droit»¹¹⁵ ne soient pas des définitions claires de ce qui est requis d'un scout, beaucoup des dirigeants du scoutisme américain les ont interprétées comme signifiant l'opposition à l'homosexualité¹¹⁶. Le fait que l'homosexualité soit de plus en plus reconnue et acceptée dans de nombreux domaines sociaux¹¹⁷ n'est pas, il est vrai, un argument pour refuser la protection de la liberté d'expression à ceux qui rejettent cette conception¹¹⁸. La majorité des juges a par conséquent décidé d'accepter comme objectif expressif de l'association ce qui ressort du dossier et des points de vue des membres des BSA, comme dans sa décision *Jaycees*.

Finalement, la Cour devait encore considérer dans quelle mesure ce message était mis en danger par l'adhésion de membres homosexuels ou le maintien de la qualité d'un membre qui se déclare être homosexuel. Dans le cas *Dale*, les juges ont considéré que le maintien de la qualité de chef de Dale envoyait un message contradictoire aux membres des BSA, un message selon lequel les scouts acceptent dans certains cas l'homosexualité comme une forme exemplaire de comportement¹¹⁹.

114 D'après la loi scout, un scout *propre* «keeps his body and mind fit and clean. He chooses the company of those who live by these same ideas. He helps keep his home and community clean».

115 D'après le Boy Scout Handbook, un scout *moralement droit* doit s'efforcer de suivre les commandements suivants: «be a person of strong character, guide your life with honesty and purity and justice. Respect and defend the rights of all people. Your relationships with others should be honest and open. Be clean in your speech and actions, and faithful in your religious beliefs. The values you follow as a Scout will help you become virtuous and self-reliant».

116 Le site internet des BSA indique que le mouvement scout «must have the right to establish its own standards of membership if it is to continue to instill the values of the Scout oath and law in boys. [...] We believe an avowed homosexual is not a role model for the values espoused in the Scout oath and law».

117 Il est intéressant à cet égard de relever la réaction négative du public lors du renvoi de Dale des BSA, ainsi que les réactions de parents retirant leurs enfants de cette association devenue ouvertement anti-gay. Voir notamment The New York Times, 29.6.2000, A28. Il faut aussi noter que, depuis la décision de la Cour suprême, un mouvement de *boycott civil* s'est progressivement organisé aux États-Unis; ainsi, les différentes autorités locales, desquelles le financement des BSA dépend en grande partie, ont soumis l'octroi de leurs subventions à l'admission de *boy scouts* homosexuels par les BSA.

118 Voir Hurlley, p. 579 cité dans Dale: «While the law is free to promote all sorts of conduct in place of harmful behavior, it is not free to interfere with speech for no better reason than promoting an approved message or discouraging a disfavored one, however enlightened either purpose may strike the government». Cf. aussi très justement Souter dans son désaccord avec la majorité dans Dale.

119 Cf. VARELA (note 16), p. 947 pour une telle conception du rôle expressif du chef scout.

Sans vouloir ni pouvoir véritablement remettre en cause l'analyse factuelle de la décision *Dale*, il me semble qu'elle s'avance trop loin dans la reconnaissance et la protection du message anti-homosexuel des BSA.

Pour le juge STEVENS, qui fait partie des juges en désaccord avec la décision de la majorité, en dépit de l'existence d'objectifs expressifs des *boy scouts*, il n'existe pas pour eux d'objectif principal partagé visant à susciter un certain mode de pensée au sujet de l'homosexualité. Les BSA ne partagent aucun objectif qui soit lésé par l'admission de membres homosexuels et *a fortiori* qui requière leur exclusion; les principaux fondements du droit scout comme la Charte et le serment scouts sont silencieux à ce propos¹²⁰, alors qu'ils ne le sont pas sur la raison d'être de l'exclusion de membres du sexe féminin par exemple. De surcroît, nombre de publications invoquent même la tolérance religieuse ou le respect de la diversité morale et laissent l'éducation sexuelle à d'autres institutions comme l'école ou la famille.

Ainsi, alors que, dans le défilé du cas *Hurley*, les participants exprimaient un message commun incompatible avec un message homosexuel, les BSA sont une organisation nationale qui concentre son énergie et ses ressources dans des activités qui visent au développement physique, moral et spirituel des jeunes gens¹²¹. Par ailleurs, à la différence d'une parade dans laquelle un groupe homosexuel cherche à promouvoir ses positions, la participation de Dale en tant que chef dans les BSA n'avait pas pour but d'exprimer une position particulière au sujet de l'homosexualité, mais bien de participer individuellement à un mouvement dont il partage les principes¹²².

En l'absence de preuve de l'importance d'un véritable message à l'encontre de l'homosexualité dans le mouvement scout, la minorité des juges a estimé que la seule justification que l'on puisse donner à la décision de la majorité serait une différence intrinsèque des personnes homosexuelles. De tels préjugés à l'égard de l'homosexualité ne doivent pas pouvoir se cacher derrière l'écran de la protection constitutionnelle d'un message qui n'existe pas.

Finalement, même si l'on admettait l'extension de la protection de la liberté d'association expressive à l'exclusion de membres homosexuels, le dernier aspect de l'analyse de la protection de la liberté d'association des BSA implique une *mise en balance* de l'intérêt de l'association à sauvegarder l'expression de son message et de celui de l'Etat à éliminer la discrimination arbitraire.

Des deux intérêts étatiques dominants identifiés dans ce domaine par la jurisprudence américaine, seul le second, soit celui du tort qui est fait aux homosexuels par leur différenciation, est pertinent ici. En effet, les BSA ne peu-

120 Cf. GOODMAN (note 18), p. 881.

121 Cf. GOODMAN (note 18), p. 861.

122 Cf. GOODMAN (note 18), p. 875.

vent pas être considérés comme un frein à l'accès égal à des biens et services économiques et éducatifs importants; les BSA n'offrent que peu de biens et de services d'importance sociale et professionnelle en comparaison avec ceux que promettent le Rotary et les Jaycees¹²³.

L'intérêt étatique dominant à la restriction de la liberté d'association des BSA afin de promouvoir l'égalité de traitement des homosexuels est lié, à mes yeux, principalement au tort qui est fait à la dignité des personnes homosexuelles en les différenciant de cette manière. Les BSA excluent les homosexuels sur la base de la présomption archaïque et exagérée selon laquelle l'homosexualité est immorale, voire dangereuse en soi pour les enfants¹²⁴.

2. En droit suisse

a) En général

Comme nous l'avons vu lors de la présentation du régime de droit suisse de la liberté d'association, la liberté de s'associer implique le droit de refuser de s'associer avec un tiers sans devoir pour autant en donner les raisons¹²⁵. Ce droit est par conséquent discriminatoire en soi.

123 Cf. plus généralement MARSHALL (note 6), p. 93: «Even a bridge club in which little is related other than tasteless jokes may occasionally spawn a business arrangement. Yet, as this example illustrates, it surely overstates the equal access interest to characterize it as compelling with respect to every organization».

124 Cf. GOODMAN (note 18), p. 884; VARELA (note 16), p. 955.

125 Je ne traite pas ici des limites à la liberté d'association en phase d'activité ou de dissolution de l'association (*Anwendungsfreiheit*), étant donné que son régime est plus restrictif que celui de la phase de constitution de l'association. Premièrement, le principe d'égalité de traitement des associés, ainsi que tout autre principe prévu dans les statuts, s'appliquent pleinement. Les membres de l'association ont les mêmes droits et devoirs, en vertu du principe fondamental d'égalité des membres d'une corporation (cf. art. 67 al. 1 CC). Deuxièmement, l'exclusion discriminatoire d'un membre, abusive ou sans justes motifs, échappe notamment à la pleine autonomie réservée à l'association par l'art. 72 al. 2 CC. Même dans le cas de la violation par un membre de certaines qualités requises par les statuts, il faut encore considérer dans quelle mesure le but invoqué est légitime et dans quelle mesure l'exclusion est étroitement et objectivement liée à ce but. A cette fin, une pesée des intérêts du type de celle qui s'applique en cas de refus d'association s'impose. Sur ces questions, cf. RIEMER (note 5), Art. 63 CC n. 45, Art. 67 CC n. 8 ss, Art. 70 CC n. 108, 116, 152–153, Art. 78–79 CC n. 45. Cf. notamment Cf. ATF 69 II 246, 248 = JdT 1944 I 45; 86 II 201, 205–206 = JdT 1961 I 182. Cf. toutefois ATF 73 II 65, 73 = JdT 1947 I 11. Cf. PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 235, 243 ss; P. FORSTMOSER et A. MEIER-HAYOZ, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^e éd., Berne 1998, § 20 n. 33. Cf. A. HEINI et H. SCHERRER, in: H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser (éd.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch*, BaKomm. I, Art. 1–359 ZGB, Bâle/Genève/Munich 1996, Art. 67 CC n. 4, Art. 72 CC n. 7.

En principe et d'après le droit suisse, nul n'a un droit propre à devenir membre d'une association¹²⁶; il n'existe donc pas d'obligation de contracter de la part d'une association¹²⁷, excepté dans quelques cas précis comme l'existence d'un droit statutaire à l'admission ou la délégation d'une tâche étatique à une association privée¹²⁸.

A l'exemple du droit américain, pourtant, le droit suisse établit des limites au refus discriminatoire de s'associer au sens large du terme. Mais, contrairement au droit américain, le droit suisse ne dispose pas encore, comme nous l'avons vu, de règles uniques et cohérentes interdisant la discrimination entre particuliers. La jurisprudence n'a donc pas pu développer les critères adéquats pour départager de manière précise la liberté d'association du droit à ne pas être discriminé. Il faut par conséquent se référer au régime élaboré par la doctrine et la jurisprudence sur la base des limites légalement prévues dans le régime de droit privé de l'association et des autres limites du droit anti-discriminatoire qui sont réparties inégalement en droit suisse.

Le droit privé suisse autorise en principe les particuliers, et certaines associations, à se réglementer de manière autonome¹²⁹ (art. 63 CC). Cette autonomie organisationnelle doit s'exercer de manière évidente en conformité avec l'ordre juridique, mais pas nécessairement toujours avec l'égalité horizontale (art. 72 CC)¹³⁰. Néanmoins, le refus de la qualité de membre ne doit pas créer une inégalité claire sur la base de règles statutaires ou de pratiques d'admission discriminatoires¹³¹. Plus largement, la liberté d'association privée du droit suisse est limitée, en ce qu'une association ne doit rien contenir d'illicite, de contraire aux mœurs ou de dangereux pour l'Etat dans son but ou les activités et moyens employés.

La liberté d'association n'est par conséquent garantie que dans les limites du droit existant, notamment du droit anti-discriminatoire, et des bonnes mœurs en vigueur; elle n'est pas protégée de manière absolue et la résolution du conflit entre libre association et égalité ne peut se faire que par une pesée des intérêts de cas en cas. Certaines justifications à l'usage discriminatoire de la liberté d'association peuvent être apportées, comme celle de l'intimité ou de la proximité personnelle d'une relation d'association ou encore de son message expressif dans le cas des «organisations à tendance». Elles n'entrent

126 Cf. RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 56, ST p. 246 avec références. Je ne traite pas ici des associations à but public ou auxquelles des tâches publiques ont été déléguées; elles sont en effet soumises au respect strict du droit constitutionnel.

127 Cf. RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 56; HEINI (note 31), I n. 543, II n. 48; PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 234.

128 Cf. RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 58 ss.

129 Cf. TRACHSLER (note 29), p. 216; BESSON (note 7), n. 822 ss, 827 ss.

130 Cf. RIEMER (note 5), Art. 72 CC n. 40 ss.

131 Cf. RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 68.

toutefois en jeu que sous forme de justification *a posteriori* qu'il convient d'opposer au principe d'égalité de traitement et notamment à sa pertinence en cas d'atteinte à la dignité humaine ou de limitation de l'accès à des biens ou services courants et économiquement importants, conformément à ce qui se passe dans la pesée des intérêts du droit américain.

L'existence des limites mises par la liberté d'association à l'égalité horizontale, et vice-versa, révèle un *renversement des priorités*. En effet, dans une conception libérale, voire libertaire, l'égalité de traitement constitue l'exception à la règle et une *limite* à la liberté individuelle dans certains cas précis, comme semble l'indiquer en droit suisse le système d'application des art. 19 et 20 CO. On ne voit pourtant pas pourquoi le rayonnement horizontal direct des droits fondamentaux, et celui de l'égalité de traitement en particulier, revêtirait le rôle d'une limite, et non d'un élément à part entière d'une *dialectique* entre les demandes *complémentaires* de l'*autonomie* personnelle que sont la liberté et l'égalité¹³². Cette dialectique requiert que l'on recoure dans chaque cas à une *pesée des intérêts* entre deux demandes essentielles et également prioritaires, ainsi qu'à un examen de la *proportionnalité* de la mesure adoptée.

b) Les limites à la constitution de l'association

En cas de refus discriminatoire d'adhésion d'un nouveau membre, il convient de s'interroger sur la relation entre ce refus et le *but* ou les activités principales de l'association¹³³.

D'après l'art. 23 al. 1 Cst., les associations dont le but ou les activités sont illicites ou dangereuses pour l'Etat sont illégales. Durant la phase de constitution de l'association (*Ausgestaltungsfreiheit* ou *Abschlussfreiheit*), l'autonomie organisationnelle est très vaste et n'est pas encore limitée, comme elle le sera plus tard, par des dispositions statutaires et le principe de l'égalité de traitement inhérent à l'ensemble du droit des sociétés¹³⁴. L'illicéité en cause recouvre la violation de toute norme de droit fédéral ou cantonal, ainsi que la

contrariété aux mœurs en vigueur en Suisse, à savoir notamment la violation du droit non-écrit.

Le but et les activités à prendre en compte ne sont pas seulement statutaires, mais peuvent être constitués simplement de pratiques en cours dans l'association¹³⁵. La sélectivité des critères d'admission auprès d'une association en fonction de son but et par conséquent le refus d'associer des personnes ne remplissant pas ces conditions font partie intégrante du but de l'association et sont donc soumises aux mêmes règles et limites¹³⁶. Pour pouvoir être considéré sous l'angle de l'illicéité du but de l'association dans son ensemble, le comportement en cause ne doit toutefois pas être purement passager, mais doit faire l'objet d'une pratique ou d'une règle établie¹³⁷; si la pratique illégale est isolée, seule sa légitimité particulière au vu du droit anti-discriminatoire sera remise en cause, et non pas l'ensemble du but de l'association avec à la clé la nullité de l'association.

Dans le cas où l'illicéité du but ou des activités d'une association survient en cours d'association, l'art. 78 CC prévoit sa dissolution¹³⁸. Si l'illicéité était présente depuis le début de l'association, celle-là est nulle dès ce moment-là et ne peut acquérir la personnalité juridique (art. 53 al. 2 CC)¹³⁹.

Selon le *but* qu'elle vise (défense de certains intérêts ou activités limitées à un cercle déterminé de personnes comme dans le cas d'un club de bridge, par exemple), une association peut être amenée à restreindre ses membres aux personnes détenant certaines qualités¹⁴⁰. La clé de l'existence d'une véritable discrimination reposera dans chaque cas sur, d'une part, la *légitimité de l'objectif* visé par l'association (survivance d'une tradition, défense de droits ou but purement récréatif) et, d'autre part, sa *relation objective* et *nécessaire* avec la différenciation qui est faite.

Premièrement, la *légitimité du but* d'une association se détermine dans les limites du droit existant. Si le but de l'association est illégal, son activité d'exclusion le sera par la même occasion.

Les limites imposées à la liberté de constitution d'une association privée par le droit anti-discriminatoire sont éparpillées, comme nous l'avons vu; en

132 Sur ce concept étendu et complexe de l'autonomie personnelle qui comprend aussi bien la protection de l'égalité que celle de la liberté, cf. principalement J. RAZ, *Morality of Freedom*, Oxford 1985, Ch. 14 et J. GARDNER, *Discrimination as Injustice*, Oxford Journal of Legal Studies 16-3, 1996, p. 353 ss. Sur son application à la question de l'égalité horizontale en droit suisse, cf. BESSON (note 7), n. 369 ss, 638 ss, 1739. Sur la dialectique entre liberté et égalité, voir aussi R. DWORKIN, *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass./Londres 2000, p. 122: «That does not make liberty instrumental to equality any more than it makes the latter instrumental to liberty: the two ideas *merge* in a fuller account of when the law governing the distribution and use of resources treats everyone with equal concern».

133 Cf. M. KICK, *Die verbotene juristische Person*, Fribourg 1993; H.-M. RIEMER, *Vereine mit widerrechtlichem Zweck*, RDS I 1978, p. 81 ss.

134 Cf. RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 56.

135 Cf. RIEMER (note 5), ST, n. 109.

136 Cf. RIEMER (note 5), Art. 76-79 CC n. 45.

137 Cf. RIEMER (note 5), Art. 76-79 CC n. 41; C. HUGUENIN JACOBS, in: H. Honsell, N. P. Vogt et T. Geiser (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, BaKomm. I*, Art. 1-359 ZGB, Bâle/Genève/Munich 1996, Vorbem. zu Art. 52-59 CC.

138 Cf. RIEMER (note 5), Art. 76-79 CC n. 29 ss; PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 209; KICK (note 133), n. 106 s.; R. WEBER, *Juristische Personen, SPR*, Zurich 1999, § 11 II B, n. 201.

139 Cf. PEDRAZZINI et OBERHOLZER (note 4), n. 233.

140 Cf. TRACHSLER (note 29), p. 214; BESSON (note 7), n. 824, 1751; RIEMER (note 5), Art. 79 CC n. 68, Art. 76-79 CC n. 45.

l'état actuel de la *légalisation* suisse, on les trouve aussi bien à l'art. 8 Cst. pour l'interdiction de discriminer les femmes en matière de salaire et les personnes handicapées, qu'à l'art. 261^{bis} CP pour l'interdiction de discriminer en vertu de la race et à l'art. 28 CC pour l'interdiction de discriminer lorsque la discrimination constitue une atteinte à la personnalité d'un individu¹⁴¹. Il est aussi possible de considérer dans certains cas que la violation par des particuliers du principe d'égalité (verticale) de l'art. 8 Cst. ou des droits de la personnalité de la victime est contraire aux bonnes mœurs¹⁴². Cependant, l'existence de pareille contrariété devra être déterminée de cas en cas et l'application actuelle du principe constitutionnel de l'égalité de traitement aux associations privées est beaucoup moins stricte qu'elle ne l'est en droit public¹⁴³. D'où l'intérêt d'établir une réglementation commune à tous les cas de discrimination horizontale, qui regroupe les principaux critères d'application du principe d'égalité de traitement aux relations entre particuliers.

En cas de discrimination *raciale*, l'art. 4 let. b de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale demande aux Etats parties de déclarer illégales et d'interdire les organisations dont le but et/ou les activités sont racistes. Conformément à l'art. 78 CC, l'autorité compétente ou un intéressé pourrait demander au juge de dissoudre une association dont le but est illicite. L'art. 261^{bis} CP rend une association raciste punissable et illicite, et contraire à l'art. 23 Cst.; elle devra donc être dissoute¹⁴⁴.

Deuxièmement, quant à la *relation objective* qui doit exister entre la discrimination et l'objectif légitime de l'association, elle doit pouvoir être établie comme telle.

Cela ne garantit pas pour autant que le refus de s'associer soit aussi objectivement justifiable quant au droit anti-discriminatoire¹⁴⁵ et qu'il ne constitue

pas par conséquent une «discrimination» au sens propre du terme. A titre d'exemple, l'exclusion de personnes homosexuelles d'un groupe, dont l'objectif d'expression d'un message moral est licite, peut y être objectivement liée, tout en étant contraire au droit anti-discriminatoire, parce que ce dernier ne permet pas la justification de la discrimination directe fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle d'une personne, et par conséquent ne pas être objectivement justifiable en ce sens.

Ainsi, autant l'exclusion de membres masculins d'une association de défense des droits de la femme se justifie-t-elle en fonction de l'objectif de *défense* d'un mode de pensée et d'action purement féminin, autant celle de membres d'une association *récréative* d'hommes d'affaires composée uniquement de membres masculins ne se justifie-t-elle pas en relation objective avec le but poursuivi¹⁴⁶, qui est lui-même légitime en soi. Cela d'autant moins que, sous couvert de récréation, c'est le plus souvent au sein de ce genre d'associations masculines que se prennent des décisions économiques et sociales importantes dont les femmes se trouvent par la même occasion exclues¹⁴⁷.

De même est-il possible de douter de la légitimité de l'exclusion des femmes d'une association de musiciens traditionnellement composée uniquement d'hommes qui refuse qu'une femme puisse en devenir membre¹⁴⁸. Le but de cette association n'est pas en relation étroite et objective avec l'exclusion de membres féminins. De plus, même s'il est difficile pour des membres féminins de réconcilier une activité orchestrale intensive avec la maternité, la discrimination directe ou indirecte des femmes n'est pas toujours objectivement justifiable en droit anti-discriminatoire.

Arrivés à ce stade, une constatation s'impose: la liberté d'association n'est protégée que dans les limites de la loi et le droit anti-discriminatoire lui-même n'assure pas une protection absolue puisqu'il admet dans certains cas une justification objective d'une différence de traitement de situations égales. Il convient donc dans chaque cas de recourir à une *pesée des intérêts* en cause conformément à la nature dialectique de la relation qui lie égalité et liberté. De plus, la mesure adoptée devra respecter le principe de la *proportionnalité* en ce qu'elle doit être apte à atteindre le but visé et être la moins restrictive des mesures propres à atteindre ce but.

141 Cf. notamment RSJ 1991, p. 284 ss (TC). Cf. F. WERRO, La définition des biens de la personnalité: une prérogative du juge, in: P. Gauch, F. Werro et J.-B. Zufferey (éd.), La protection de la personnalité, Bilans et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, p. 15 ss, 27, 31.

142 Cf. ATF 80 II 26, 39, 40 = JdT 1955 I 136; 81 II 117, 125 = JdT 1955 I 550.

143 Cette constatation découle notamment de l'ATF du 23.1.1952 reproduit dans WuR 5, 1953, p. 143.

144 Cf. Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 II p. 265 ss, 300.

145 La possibilité d'apporter une justification à une différence de traitement varie d'un ordre juridique à l'autre (aux Etats-Unis, elle est répandue), d'un motif de discrimination à un autre (le sexe est en général mieux protégé que d'autres critères de différenciation) et surtout d'un type de discrimination à un autre (en droit communautaire comme en droit anglais, la discrimination directe n'est en principe pas justifiable, alors qu'en droit américain, et apparemment en droit suisse si l'on se réfère à la nouvelle Loi sur l'égalité entre hommes et femmes, les discriminations directe et indirecte le sont). Cf. à ce sujet BESSON (note 7), n. 1376 ss, 1389 ss.

146 Cf. le cas Rotary et un cas britannique analogue: Charter v. Race Relations Board, [1973] 1 All ER 512, HL.

147 Sur cet argument, voir M. M. BURNS, The Exclusion of Women from Influential Men's Clubs: The Inner Sanctum and the Myth of Full Equality, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Review 18, 1983, p. 321 ss, 406.

148 Cf. l'affaire de la Wiener Philharmonie qui avait menacé de se dissoudre si on la contraignait légalement à admettre des membres féminins; la justification était avant tout celle de la tradition et des paralysies qu'entraînent certaines absences généralement féminines. A noter que la première femme a récemment été admise (Le Temps, 13.2.1999, 42).

La doctrine suisse ne s'étend pas beaucoup sur cette nécessité puisqu'elle semble ne voir que les cas dans lesquels il est clair, d'une part, qu'une différence de traitement est objectivement justifiée au vu de sa relation claire avec le but légitime d'une association¹⁴⁹ et du droit anti-discriminatoire, comme dans le cas de l'exclusion d'un numismate d'une association de philatélistes¹⁵⁰. D'autre part, la doctrine examine les cas dans lesquels il est clair que le droit anti-discriminatoire prime la liberté d'association, comme dans le cas d'une organisation à but éminemment raciste.

Ce que la doctrine suisse semble négliger c'est que l'essentiel des cas qui soulèvent des problèmes dans ce domaine se trouve dans une *zone grise* au sein de laquelle le critère de discrimination est sensible – il s'agit du sexe d'une personne et non de sa qualité de philatéliste – et dans laquelle l'association en cause a une activité expressive ou intime sensible – il s'agit de l'expression d'un message politique, d'affaires personnelles ou de la prestation de biens économiques essentiels et non pas d'échanger des timbres. Dans cette zone, les critères habituels développés par la doctrine suisse, comme la simple relation objective à un but légitime, sont trop grossiers pour saisir toutes les fines-ses d'un cas. Le développement de nouveaux critères, par exemple sur la base du modèle américain, serait donc essentiel. Ainsi, une association économique traditionnellement masculine peut se prévaloir de son but pour objectivement exclure des femmes, mais la justification objective de cette discrimination n'est pas encore donnée puisque par-là certaines femmes peuvent se voir interdire l'accès à des possibilités sociales et économiques fondamentales.

La pesée des intérêts opposera à la libre association la protection offerte par le principe d'égalité de traitement aux cas dans lesquels l'*accès à un bien économiquement important* est limité, d'une part, ou aux cas dans lesquels la *dignité humaine* est mise en jeu, d'autre part. Sont ainsi soumises à des exigences supérieures en matière d'égalité horizontale toutes les associations qui sont liées à un *rapport de travail* ou à l'exercice d'une certaine profession (association de médecins, d'ingénieurs ou même une association sportive professionnelle¹⁵¹), qui procurent à leurs membres de nombreux avantages économiques et sociaux, et ce de manière dominante dans leur domaine¹⁵².

Parallèlement, à l'interdiction de discriminer sera opposée la protection particulière que l'autonomie privée octroie à l'*intimité* et à la *proximité per-*

sonnelle lorsque celles-là qualifient l'activité *principale* de l'association, ainsi que la protection des organisations dites «à tendance» qui ont pour *but principal d'exprimer un message* particulier et dont le message *implique objectivement* la sélection discriminatoire de nouveaux membres. Ainsi, un groupe de lecture masculin qui comprend cinq membres est davantage protégé dans sa liberté de ne pas s'associer à une femme que le Rotary club par exemple. Ou encore, une église qui refuse la qualité de membres à des non-croyants est protégée par la liberté d'association religieuse et intime, alors que la même église qui refuse de fournir un emploi de jardinier à une personne également qualifiée pour la même raison ne l'est pas. Les critères de détermination de l'intimité d'une association vont de sa taille, au degré de sélectivité de ses membres, de séparation de ses activités du reste de la population ou encore à la proximité de ses membres entre eux.

Conclusions

Parmi les conclusions générales qu'il est possible de tirer de cet article, il est utile à mon avis de retenir quelques points du *modèle théorique* commun développé ici, ainsi que les principaux résultats de l'*étude comparative* qui a été menée.

Premièrement, le *modèle théorique*. Il convient d'observer tout d'abord que la protection de la liberté d'association de nombreuses associations privées ne dépend pas de la justice de leurs objectifs. La liberté individuelle et l'autonomie personnelle requièrent un certain niveau d'*autonomie organisationnelle* qui ne dépend aucunement du respect d'autres valeurs.

Cette autonomie n'est toutefois *pas absolue* et peut être limitée afin de respecter d'autres *valeurs démocratiques essentielles qui sont concurrentes*, comme le principe d'interdiction de la discrimination arbitraire entre particuliers. Certaines associations peuvent être exemptes du respect de ces limites, notamment lorsqu'elles sont principalement religieuses, intimes ou expressives dans leurs *objectifs et activités principales*. Il faut cependant que leur *but principal* soit *légitime* et que la discrimination en cause soit *liée objectivement* à leur but.

Généralement, néanmoins, il conviendra de recourir à une *pesée des intérêts* entre la liberté d'association privée et l'égalité de traitement entre particuliers. L'interdiction de la discrimination ne serait en effet qu'une vaine illusion si elle pouvait être contournée par toute association au nom de sa liberté organisationnelle. La pesée des intérêts opposera généralement l'intérêt étatique à assurer la protection de la *dignité humaine* et la protection de l'*accès à des biens économiquement et socialement importants* à l'autonomie privée d'associations principalement *intimes* ou *religieuses* ou d'associations

149 Cf. par exemple RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 68: «sofern nicht ein sachlicher Zusammenhang mit dem Vereinszweck besteht, wie etwa bei einem «Verein alleinerziehender Mütter» oder einer Religionsgemeinschaft, in welchen Fällen nicht eigentlich von «Diskriminierung» gesprochen werden kann».

150 Cf. RIEMER (note 5), Art. 76–79 CC n. 45.

151 Cf. RSJ 1979, p. 77 s. consid. 6; ATF 102 II 211 = JdT 1977 I 126 (résumé).

152 Cf. TRACHSLER (note 29), p. 205; BESSON (note 7), n. 824; RIEMER (note 5), Art. 70 CC n. 69. Cf. notamment ATF 104 II 6, 10 = JdT 1978 I 589 pour le cas de la FMH.

qui ont pour but principal l'*expression* d'un message précis. Pour que chacun de ces intérêts puisse être protégé, certaines conditions précises, qui varient d'intérêt en intérêt, doivent être remplies et, dans chaque cas, le principe de la proportionnalité devra être respecté.

La relation entre les principes de liberté d'association privée et d'égalité de traitement revêt donc toutes les caractéristiques d'une *dialectique difficile*. En effet, l'autonomie personnelle dans son sens le plus large est éminemment complexe et se nourrit nécessairement de liberté tout autant que d'égalité. Cette dialectique s'oppose à ce que l'un des deux principes puisse être considéré comme absolument prioritaire.

Par ailleurs, condamnations morale et juridique ne vont pas toujours de pair et, à nouveau, seule une pesée des intérêts en cause sera à même d'établir la nécessité d'une intervention étatique dans la sphère privée. Il en résulte donc qu'un certain *degré de cohérence* entre sphères et principes publics et privés est nécessaire lorsque la pesée des intérêts en présence penche en faveur de la protection de l'égalité de traitement entre particuliers. En tous les cas, la cohérence absolue de l'application des principes libéraux entre sphères privée et publique n'est pas recommandée, mais la tolérance libérale de toute diversité dans les limites de la garantie de la liberté d'entrée et de sortie des membres d'une association s'avère être un critère de décision trop vague; l'élaboration de critères plus détaillés est par conséquent indispensable.

Deuxièmement, les résultats de l'*étude comparative*. Pour ce qui est de la protection générale de la *liberté d'association privée*, tout d'abord, en Suisse comme aux Etats-Unis, l'autonomie organisationnelle est très largement garantie.

Quant à la protection générale de l'*égalité horizontale*, ensuite, la garantie diffère grandement entre les deux pays. Alors que les Etats-Unis cueillent les fruits d'une importante tradition anti-discriminatoire, aussi bien dans la sphère publique que privée, l'égalité horizontale est peu et surtout très inégalement garantie en droit suisse.

Cette différence de régime explique les variations que l'on observe lorsque l'on étudie, finalement, le régime de la *limitation de la liberté d'association par l'égalité horizontale*. Aux Etats-Unis, même si la jurisprudence a pris un tournant plus conservateur récemment, elle a développé des critères très détaillés afin de trancher de cas en cas la question de la priorité de l'un ou de l'autre principe. En droit suisse, au contraire, la jurisprudence comme la doctrine semblent sous-estimer le nombre des cas dans lesquels le but de l'association est certes légitime, mais la différence de traitement qui lui est parfois objectivement liée est inadmissible au vu du droit anti-discriminatoire et après la pesée de l'intérêt à la liberté d'association qui lui est opposé.

Cet article devrait par conséquent avoir clairement établi dans quelle mesure le droit suisse pourrait profiter utilement de l'élaboration d'un *modèle théorique* plus complexe de la dialectique entre la liberté d'association et l'égalité horizontale, d'une part, et de *critères de délimitation* de la liberté d'association analogues à ceux de la jurisprudence américaine, d'autre part. Il devrait aussi avoir par la même occasion fourni à ceux que le projet de garantir l'égalité de traitement entre particuliers de manière uniforme et expresse n'aurait pas encore convaincus, une raison supplémentaire de se pencher sérieusement sur la question de l'égalité de traitement entre particuliers en droit suisse.