

DISCRIMINATION A L'EMBAUCHE

Tarek Naguib

Je n'ai pas été engagé

- *parce que je suis originaire d'un certain pays ou d'une certaine région*
- *parce que j'ai la peau foncée*
- *à cause de mon ethnie*
- *en raison de mon appartenance religieuse*

Une étude du Forum suisse des migrations est arrivée à la conclusion que les jeunes immigrants issus de la deuxième génération ont moins de chances d'obtenir un emploi qu'un jeune suisse ayant fréquenté les mêmes écoles et terminé le même apprentissage.

On parle dans ce contexte de discrimination à l'embauche. Celle-ci peut avoir lieu aussi bien lors du premier contact entre le candidat/la candidate et l'employeur que lors de l'évaluation ou de la sélection des candidats. Lorsqu'une l'interview a eu lieu, il arrive que des préjugés racistes aboutissent au non-engagement d'un candidat ou d'une candidate appartenant à un groupe minoritaire.

La discrimination à l'embauche ne touche pas seulement les jeunes mais toutes les classes d'âge.

I. Contexte juridique

Remarque préliminaire: Comme il n'existe pas encore de jurisprudence relative à ce thème, les conseils qui suivent sont à prendre avec précaution.

En règle générale, un employeur privé est libre d'engager ou de refuser un candidat sans qu'il y ait des suites juridiques. Le fondement est notre ordre juridique libéral qui postule le principe de liberté contractuelle et d'autonomie des personnes. Les organisations et les entreprises décident librement d'établir ou non un rapport de travail avec tel ou tel candidat, même si cela se passe de façon subjective ou injuste. Personne ne peut être forcé à engager un collaborateur en particulier.

Cette liberté comporte cependant certaines limites. La question se pose de savoir si ces limites sont dépassées lors d'un refus d'embauche sous motifs de discrimination raciale. Cette question n'a pas fait l'objet d'une réelle jurisprudence. L'on peut néanmoins se baser sur les dispositions juridiques suivantes:

- L'Art. 28 du Code civil (CC) protège les droits de la personnalité des individus, et également les droits de la personnalité des candidats postulant pour un emploi.
- L'Art. 328 du Code suisse des obligations (CO) protège la personnalité des employés durant la durée de leur rapport de travail.
- L'Art. 2 al. 1 du Code civil demande aux employeurs d'exercer leurs droits selon la règle de la bonne foi, c'est-à-dire de se comporter avec sincérité vis-à-vis de leurs employés et de ne pas porter atteinte à la confiance des personnes recherchant un emploi. Dans le cadre d'un processus d'engagement, les employeurs ont le devoir de respecter et protéger la personnalité du candidat.
- L'utilisation de données personnelles qui ne servent pas à déterminer les qualifications du candidat (par ex. son origine ethnique ou religieuse) est contraire à la Loi sur la protection des données (voir aussi Art. 328b CO).

Ces quatre dispositions juridiques protègent le candidat contre l'atteinte à la personnalité lors du processus d'engagement. Outre des commentaires à caractère raciste durant un entretien d'embauche, ou un traitement inégalitaire dans le cadre d'un processus d'"assessment", la protection de la personnalité intervient lorsqu'une personne se voit refuser un emploi pour des motifs de discrimination raciale. Dans deux décisions de première instance, le tribunal a jugé que le refus d'engagement d'un candidat en raison de sa race était une atteinte à la personnalité et les employeurs ayant pratiqué la discrimination raciale à l'embauche ont été soumis à une amende de fr. 5'000.--.

Ci-après, nous approfondissons la notion de la protection de la personnalité.

a) **Protection générale de la personnalité (Art. 28 du CC)**

L'Art. 28 al 1 et 2 du Code civil (CC) déclarent:

1 Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

2 Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Le refus d'embaucher une personne uniquement basé sur la couleur de sa peau, son ethnie, son origine nationale ou régionale, ou son appartenance religieuse représente une atteinte à la personnalité, car la personne touchée se voit exclue en raison d'une caractéristique qui fait intégralement partie de son individualité.

Une atteinte à la personnalité est néanmoins illicite, que si la victime n'a pas donné son consentement, ou parce qu'elle n'est justifiée par aucun intérêt prépondérant de

l'employeur. Voici un certain nombre de situations dans lesquelles l'atteinte à la personnalité est admise légalement.

Le consentement de la victime qui accepte le motif raciste du refus d'embauche.

Attention! Même si la personne touchée accepte sur le moment le refus d'embauche, elle peut ultérieurement, par exemple après mûre réflexion, néanmoins invoquer une atteinte à la personnalité. Car conformément à l'Art. 27 al 2 du CC, nul ne peut renoncer à la protection de sa personnalité.

Le libre choix d'engagement de l'employeur. Les employeurs, comme il est dit plus haut, ne sont pas obligés de sélectionner leurs employés selon des critères objectifs. Le libre choix du partenaire contractuel autorise également des motifs subjectifs lors d'une décision de sélection. L'interdiction de la discrimination stipulée dans l'Art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale pose des limites à cette liberté. Dans chaque situation, il y a lieu d'établir une pesée des intérêts.

L'interdiction de discriminer, comme limitée à la liberté contractuelle est absolue du point de vue de l'employeur. Lors de contrats de travail à caractère non commercial, la liberté de l'employeur pèse cependant plus lourd dans la balance. Un exemple serait un emploi dans une maison privée, pour les soins personnels d'une personne handicapée. Plus un emploi est de nature privée, plus la liberté contractuelle prévaut.

Il y a également des situations dans lesquelles la couleur de la peau, l'origine ethnique, nationale ou régionale a un impact sur la performance de l'employé. On peut trouver des exemples dans le domaine de la culture ou du divertissement. Par exemple un numéro de cirque qui doit être présenté par trois artistes, une blanche, une asiatique et une noire, et qu'il ne reste la place de l'artiste blanche à attribuer. L'origine ethnique de la personne engagée a ici une importance pour la réussite du numéro. Idem dans un film sur la période de l'esclavage où le rôle de l'esclave ne peut être joué que par un noir, tandis que l'esclavagiste doit être joué par un blanc.

Intérêts économiques de l'employeur. Il se peut que dans certaines situations l'employeur soit mis sous pression par sa clientèle. Les clients peuvent par exemple menacer de ne plus fréquenter le commerce si une personne avec certaines caractéristiques était engagée. Il se peut également que les employés s'opposent à l'engagement d'une personne présentant telle ou telle caractéristique et que l'employeur puisse craindre des conflits entre les employés. Dans ces situations, un employeur cherche à protéger ses intérêts économiques par un refus d'engagement.

Ces justifications ne sont acceptées que dans des cas extrêmes. L'employeur est tenu de faire tout son possible pour résoudre le problème. Par exemple, si un conflit menace entre les employés, l'employeur doit s'en expliquer avec ses collaborateurs. C'est seulement si il a épuisé tous les moyens en sa possession et s'il peut prouver que l'engagement d'une

certaines personnes auraient des conséquences négatives sur le plan économique, qu'une atteinte à la personnalité peut se trouver justifiée.

En conséquence, le refus d'engagement basé uniquement sur la race, l'ethnie ou l'appartenance religieuse est contraire au droit, tant que les employeurs ne peuvent pas invoquer de motif objectif à ce refus. Des motifs objectifs sont en premier lieu les compétences sociales et techniques nécessaires pour effectuer les tâches demandées avec compétence. Des exemples sont:

- Des compétences linguistiques comme collaboratrice administrative ou vendeuse.
- Des compétences techniques
- Des compétences sociales et la facilité à entrer en relation avec certains groupes de la population.

Si la raison du non engagement réside dans la compétence technique ou sociale, et si une personne a été sélectionnée parce que l'employeur estimait que ses compétences étaient supérieures, le refus d'engager est évidemment licite. Il est souvent difficile voire impossible de déterminer si un motif objectif ou un motif à caractère raciste est à l'origine du non-engagement d'un candidat.

b) **La protection de la personnalité et la relation de travail (art 328 CO)**

L'Art 328 al. 1 du Code suisse des obligations (CO) déclare la chose suivante:

1 L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (...)

Il est discutable de savoir si l'Art. 328 CO s'applique également lors d'un refus d'engager. Dans tous les cas, il est recommandé, dans le cadre d'une plainte, de s'appuyer sur la protection de la personnalité.

c) **Règle de la bonne foi (Art. 2 al.1 du CC)**

1 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

Le refus d'engager sur la base de la couleur de la peau, de la nationalité ou de l'origine régionale enfreint l'Art. 2 al. 1 du CC, tant qu'il n'existe pas un autre motif objectif. Les

mêmes remarques valent ici que pour l'article général sur la protection de la personnalité, Art. 28 CC.

d) Questions relatives à l'origine ethnique et culturelle

En cas de question durant la procédure d'engagement portant sur l'appartenance religieuse, l'origine nationale ou régionale ou l'ethnie, on peut se référer au [document sur l'appartenance religieuse](#).

II. Que faire lorsque l'on reçoit un salaire inférieur en raison d'une discrimination raciale?

Vous avez la possibilité de faire valoir vos droits devant le tribunal. La procédure à suivre est la suivante:

1. Vous vous adressez à un service de conseil agréé

Adressez-vous à un service de conseil professionnel qui peut vous soutenir dans vos démarches. Vous trouverez les références de ces services dans le guide au chapitre "services de conseil". Le [Schweizerischer Beobachter](#) a également publié une série de guides qui donnent des conseils utiles en matière de droit du travail.. Adressez-vous également à un syndicat ou à une [association d'employeurs](#).

2. Vous cherchez d'abord à régler la situation sans employer les moyens juridiques

En règle générale, on considère qu'un refus d'engagement est définitif, qu'il est peu probable que l'employeur revienne sur sa décision, et qu'une autre personne a peut-être déjà été engagée dans l'intervalle. Mais il se peut également que le non-engagement soit dû à un malentendu, ou que dans certains cas, l'employeur soit néanmoins disposé à engager la personne. Pour conserver ouverte cette petite chance, la personne à l'encontre de laquelle s'exerce la discrimination devrait tenter de discuter avec l'employeur avec l'aide d'un service de conseil. Procédez de la manière suivante:

- Collectez les indices ou les preuves qui indiquent concrètement que l'engagement a été refusé pour des raisons de discrimination raciale.
- Rendez l'employeur attentif à ce facteur et demandez une justification écrite du refus. Rappelez encore une fois votre intérêt pour ce poste.
- Collectez les preuves suivantes:

- Vérifiez si le poste est remis au concours. Si c'est le cas, mettez l'annonce dans votre dossier. Cela pourrait être un indice que le non engagement était dû à des motifs à caractère raciste.
- Cherchez à obtenir des informations sur l'entreprise. Vous trouverez peut-être des indices qui prouvent que précédemment d'autres étrangers ou personnes de race ou d'origine différente n'ont pas été engagés.

Lorsque vous aurez la justification écrite de l'employeur en main et que vous aurez collecté des preuves et des indices de discrimination, confrontez encore une fois l'employeur, téléphoniquement cette fois, pour lui demander pourquoi il ne vous a pas engagé. Mentionnez votre intérêt pour ce poste et donnez- lui des raisons objectives de vous engager.

3. Vous avez la possibilité de porter le cas devant le Tribunal

Si vous ne voyez aucune chance de trouver une solution à l'amiable, vous avez la possibilité de vous adresser à un tribunal. Vous devez vous adresser au tribunal de votre domicile, du lieu de travail ou du siège social de l'entreprise (Art 24 § 1 loi sur les fors LFors). A ce stade, il est recommandé de s'adresser à un avocat ou à une avocate. Sur le site de [l'association suisse des avocats](#) ou des [juristes](#) vous trouverez un grand nombre d'avocats et d'avocates dans votre région qui sont spécialisés en droit du travail.

Dans tous les cas vous devriez encore une fois informer poliment et par écrit l'employeur que vous n'acceptez pas le refus d'engagement.

III. Difficultés et dangers d'une procédure juridique

Celui qui est prêt à emprunter la voie de droit doit être au clair sur les difficultés qui peuvent surgir et sur les conséquences négatives d'une action en justice. Vous trouverez donc exposés ci-après certains des principaux problèmes susceptibles de se poser.

a) Problème du fardeau de la preuve

Le plaignant doit pouvoir prouver que le refus d'engager est motivé par la couleur de sa peau, son origine ethnique, nationale ou régionale. La personne lésée doit en premier lieu prouver qu'il y avait un motif raciste, et en second lieu prouver que ce motif était déterminant dans le refus d'engagement. Il est dans la plupart des cas difficile de donner une véritable preuve d'une attitude raciste de l'employeur dans les faits. La personne lésée, si une preuve stricte d'intention raciste était demandée, se trouverait dans l'impossibilité de la donner et l'efficacité des mesures de protection de la personnalité serait remise en cause. Les tribunaux tiennent généralement compte (il n'y a pas encore de jurisprudence) d'un degré

élevé de probabilité en cette matière, ce qui réduit légèrement le fardeau de la preuve reposant sur le plaignant, tant pour le motif invoqué que pour l'établissement du lien de causalité.

Dans la plupart des cas, l'employeur ne donnera jamais la véritable raison du refus d'engager, mais invoquera un autre motif. Il est donc difficile de donner des preuves de discrimination raciale.

➡ **Conseil!** Collecter les preuves. Vous pouvez le faire en demander une motivation écrite à l'employeur sur les motifs du refus d'embauche. Peut-être existe-t-il d'autres indices ou des témoins qui peuvent étayer le motif discriminatoire du refus d'engager. Peut-être l'employeur est-il connu pour ses opinions xénophobes.

Si cette preuve peut être établie, l'employeur doit alors justifier qu'il avait un motif objectif de refuser l'emploi à ce candidat et de l'attribuer à une autre personne.

b) Réduction des chances d'un accord à l'amiable

Un plaignant se fait forcément mal voir de la personne visée par la plainte (dans ce cas l'employeur), c'est-à-dire qu'il diminue aussi ses chances d'obtenir une solution à l'amiable. Le plaignant ne peut donc plus guère compter sur un éventuel changement d'attitude de l'employeur.

➡ **Conseil!** Commencez toujours par tenter de régler le problème sans emprunter la voie de droit.

c) Le risque financier

Celui ou celle qui perd devant un tribunal doit supporter les coûts afférents. Ces coûts comprennent les frais d'avocats ou de conseil propres, les coûts de procédure ainsi que les frais d'avocat et de défense de la partie adverse.

Le problème des coûts est cependant limité pour les montants litigieux ne dépassant pas 30'000 francs. Tant que vous n'exigez pas un montant litigieux supérieur à frs. 30'000.— le plaignant n'encourt aucun frais de justice. **Attention!** Il reste cependant les frais de procès des parties, à savoir que le plaignant doit néanmoins payer partiellement ou entièrement ses propres frais de défense, ainsi que ceux de la partie adverse s'ils lui sont attribués par le tribunal.

Ces coûts sont cependant adaptés à la situation financière du plaignant. Il existe même la possibilité d'une réduction de coûts et dans le meilleur des cas une juridiction gracieuse.

➡ **Conseil!** Avant d'aller devant le tribunal, vous devez absolument évaluer les chances de succès de votre action. Pour cela, il vous faut un conseiller juridique professionnel.

d) Le facteur stress

Un plaignant s'expose à différents désagréments et complications. Cela représente un stress supplémentaire. Il s'agit de réunir des preuves, de rédiger des lettres. Il y a également la peur de perdre le procès et de devoir supporter les coûts. Tout cela peut avoir des répercussions sur la vie quotidienne.

➔ **Conseil!** Laissez-vous conseiller par un service spécialisé. Il peut vous éviter beaucoup de travail, vous soutenir dans la rédaction de votre correspondance et solliciter des aides financières. D'autre part, le fait d'avoir un interlocuteur compétent avec qui discuter permet de réduire le stress.

e) Le risque de se retrouver « sous les feux de la rampe »

Un plaignant doit être conscient qu'un procès peut éveiller l'intérêt du public et en particulier des médias. Racisme et discrimination sont des sujets brûlants qui intéressent les médias et la société en général. Les procès sont généralement publics, à savoir que les médias et d'autres personnes ont le droit d'assister aux audiences. Des déclarations volontaires ou involontaires de la partie adverse peuvent parvenir aux oreilles du public. Cela peut signifier dans le cas le plus extrême que le plaignant se retrouve sans le vouloir « sous les feux de la rampe ». Cette situation a des conséquences aussi bien positives que négatives. Cela peut stimuler d'autres réactions racistes ou propos discriminatoires dans la population si le cas est débattu dans les médias. D'un autre côté, cela peut également influencer de manière positive sur le procès.

➔ **Conseil aux services de conseil!** Réfléchissez aux effets potentiels négatifs et positifs d'une médiatisation du cas. Informez-en la personne concernée et cherchez ensemble une solution. Tâchez dans la mesure du possible de protéger le plaignant.

IV. La procédure juridique

Une procédure judiciaire est un mécanisme complexe, pas toujours aisé à comprendre, et qui peut s'avérer astreignant. Vous trouverez décrites ci-dessous les principales étapes de cette procédure.

Les parties concernées

Si un litige est porté devant le tribunal, on se retrouve en présence d'une partie plaignante et d'une partie défenderesse. Les deux parties sont représentées par leurs avocats respectifs. Toutefois ce n'est pas une obligation absolue. Il se peut que le plaignant ne puisse pas engager les services d'un avocat pour des raisons financières. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'ait aucune chance. Les juges présents ont l'obligation de l'informer sur les

possibilités existantes. Il est cependant hautement recommandable de se faire représenter par une personne connaissant bien le droit.

Déroulement de la procédure

La procédure s'ouvre dès lors qu'une plainte est déposée. La plainte doit comporter le nom, l'adresse et le lieu de domicile de la partie défenderesse (ici l'entreprise); une description factuelle du cas; les raisons de la plainte ainsi que la date, le lieu et la signature du plaignant. Si le plaignant se fait représenter par un avocat, la plainte doit être accompagnée d'une procuration.

La plainte est transmise à la défenderesse, lui demandant de prendre position par rapport au cas jusqu'à une date limite.

Si la défenderesse conteste les circonstances ou le caractère illégal du refus d'engager, il faut une décision judiciaire. Cette décision est prise par le tribunal. Les divers points et requêtes faites par le plaignant doivent alors être portés devant le tribunal. Le tribunal rend un jugement sur le cas. Si le montant litigieux ne dépasse pas frs. 30'000.--, la procédure sera simple et rapide selon l'Art 343 §2 par voie écrite. Dans ce cas de figure, le juge – contrairement à une procédure ordinaire – établit d'office les faits et apprécie librement les preuves selon l'Art. 343 §4. Le juge doit examiner les faits. Cela ne signifie pas que les parties doivent rester les bras croisés. Les parties ont l'obligation de porter à la connaissance du juge les faits importants. La différence dans une procédure accélérée est de trois ordres: d'une part le juge a le devoir de poser des questions, d'autre part il peut amener de nouveaux éléments dans le procès qui n'ont été cités par personne auparavant. Troisièmement, le juge peut prendre en compte des preuves qui n'avaient été mises en avant par aucune des parties. Il doit donc conduire sa propre enquête pour déterminer les faits. Ceci est un allègement pour les parties en conflit.

Dans les procédures judiciaires, qu'elles soient ordinaires ou accélérées, la partie plaignante est en devoir de prouver que, dans le cas qui nous occupe, l'emploi lui a été refusé exclusivement ou principalement à cause de son origine ethnique et culturelle. Cette preuve n'a pas besoin d'être absolue.

Finalement le jugement détermine la nature du tors, entier ou partiel, ou alors prononce l'acquittement. Les coûts sont reportés sur les parties selon l'issue du jugement.

V. Quelles sont les conséquences d'un jugement?

Cas général: réparation pour atteinte à la personnalité

Art. 28a al 3 ch.3 CC déclare:

Sont réservés les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (...)

Art. 49 al.1 CO déclare:

Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

Conformément aux dispositions ci-dessus, les personnes touchées par la discrimination ont droit à une certaine somme à titre de réparation, si le tribunal donne raison au plaignant.

Attention! Le tribunal n'accorde pas forcément une réparation dans tous les cas d'atteinte à la personnalité, mais seulement lors d'atteintes jugées graves. L'atteinte à la personnalité pour des motifs racistes est cependant suffisamment importante, pour justifier une réparation, car la personne est mise en cause en tant que telle, éprouve une humiliation, alors que le travail correspond à la satisfaction d'un besoin élémentaire.

Le montant de cette réparation est fixé par le tribunal en se basant sur les dispositions ci-après:

Art. 42 al. 2 du CO déclare

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Art. 44 al. 1 CO déclare:

Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

Le montant est fixé en fonction des circonstances concrètes. Déterminant pour les circonstances sont les critères suivants:

- Gravité de l'atteinte à la personnalité
- Gravité de la faute
- Situation financière de la personne discriminée
- Situation financière de l'employeur

En 2005, deux tribunaux de première instance à Lausanne et à Zurich ont accordés tous deux aux lésés une réparation d'un montant de frs. 5'000.--. (Voir cas d'exemples)

Exception: le devoir d'engager

L'Art 28a al.1 ch. 2 du CC déclare:

Le demandeur peut requérir le juge de faire cesser une atteinte si elle dure encore.

Imposer juridiquement le devoir d'engager une personne ne peut se concevoir que dans des cas exceptionnels, car ce devoir est évidemment restreint par la liberté de l'employeur de donner le congé. Un tel devoir ne peut pas être imposé par exemple dans le cas d'une petite entreprise où la collaboration est très étroite et où une mesure de ce type conduirait à la rupture des rapports de travail. Le patron d'une menuiserie ne peut pas, par exemple, être forcé d'employer un noir s'il ne le désire pas. Mais il serait envisageable qu'une plus grande entreprise soit obligée de le faire. **Attention!** Il n'y a pas encore de jurisprudence établie dans ce domaine. En outre, la personne qui postule doit être consciente des conséquences possibles.

VI. Coûts de procédure

Celui qui perd devant le tribunal doit payer les frais de procédure. Ces frais englobent les frais d'avocat et de conseil juridique propre, les frais de procédure, les frais d'avocat et les autres frais de défense de la partie adverse. Ces frais tiennent cependant compte de la situation financière de la partie plaignante. Il existe également la possibilité d'une réduction des coûts et dans le meilleur cas d'une juridiction gracieuse.

Le problème des coûts de procédure est réduit dans les cas où la valeur litigieuse ne dépasse pas frs. 30'000.-. Dans ce cas de figure, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires. Mais attention, car les coûts ne sont pas pour autant nuls: à savoir que le plaignant doit de toute façon payer tout ou partie de ses frais de défense propre et éventuellement supporter tout ou partie des frais encourus par la partie adverse.

VII. Recommandations pour les services de conseil

Lorsqu'une personne vient vous consulter pour inégalité de traitement dans une procédure de sélection de candidats, il est recommandé de vérifier les points suivants, si vous prévoyez d'emprunter la voie judiciaire:

- Récoltez rapidement les preuves disponibles. Plus il y en a, plus les chances du plaignant sont grandes auprès du tribunal.

- Analysez le cas et évaluez avec une personne juridiquement compétente si la voie de droit est bien celle qui répondra le mieux à la problématique de la personne concernée.
- Si vous vous engagez dans une procédure juridique, consultez une personne juridiquement compétente qui pourra vous soutenir.
- Déposez une demande de juridiction gracieuse.
- Posez-vous la question de savoir s'il est judicieux d'informer les médias.
- Soutenez activement la personne concernée, car une procédure juridique la rend encore plus vulnérable qu'elle ne l'est.

En songez-y chaque fois: la voie de droit n'est que l'une des possibilités à disposition pour résoudre le problème.

VIII. Cas d'exemple

Cas 1: (refus d'engager une Macédonienne dans une entreprise de nettoyage)

Exposé des faits: Une Suissesse de 40 ans, arrivée en Suisse en 1990 de Macédoine, a été rendue attentive à une offre d'emploi pour un poste de nettoyeuse par l'Office régional de placement de Zurich. Un jour après que la candidate ait postulé, l'Office de placement recevait l'e-mail suivant de la part de l'entreprise APS Reinigungen GmbH.

"Bonjour M. le collaborateur de l'ORP. Nous n'engageons pas de personnes des Balkans et mon entreprise ne supporte pas ces gens, et nous tous en Suisse pas non plus. Je suis employeur et je ne finance pas un peuple en fuite. J'ai tout essayé avec ceux-là. Les foulards, les musulmans etc. n'ont rien à faire ici! Nous sommes des Confédérés et non pas un centre d'accueil pour toute la planète. Je suis vraiment énervé que vous ne sachiez pas lire que nous n'engageons pas les femmes portant le foulard. Avec nos meilleures salutations."

Décision du tribunal: Le cas a été porté devant le tribunal des Prud'Hommes de Zurich. Le jugement du 13 janvier 2006 a condamné l'entreprise de nettoyage en vertu de la clause de responsabilité "culpa in contrahendo" à frs. 5'000 de dédommagement. Il n'y avait pas de frais de justice car le montant litigieux était inférieur à frs. 30'000.-. L'accusé a dû en outre verser à la plaignante des frais de procès de frs. 1'076.- (SFR. 1'000 + TVA 7,6%) Voir aussi le document [Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis](#) de Kurt Pärli.

Cas 2: (Refus d'engager une femme noire du Sénégal dans un établissement médico-social privé):

Exposé des faits: Une jeune soignante hautement qualifiée originaire du Sénégal s'est présentée comme soignante dans un établissement médico-social haut de gamme. Elle a été invitée à se présenter sur la base de ses excellentes qualifications. Lorsque la directrice de l'institution s'est rendue compte qu'il s'agissait d'une africaine, elle a réagi par un refus. Elle ne pouvait pas l'engager malgré ses bonnes qualifications car elle craignait que les patients soient choqués par son visage noir, spécialement de nuit. Voir aussi le document de Kurt Pärli [Anstellungsdisriminierungen](#).

Décision du tribunal: Le cas a été porté devant le tribunal des Prud'Hommes de Lausanne. Dans le jugement l'établissement médico-social a été condamné à une amende de frs. 5'000.-. Il n'y a pas eu de frais de justice car le montant litigieux était inférieur à frs. 30'000.-. L'accusé a en outre du payer les frais de procès de la plaignante d'une valeur de xx

Ce jugement a été rendu sur la base de l'Art. 328 CO sur la protection spécifique de la personnalité du travailleur dans les rapports de travail.

Cas 3: (Non renouvellement du contrat de travail de mineurs sud-africains)

Exposé des faits: Des mineurs noirs d'Afrique du Sud on vu leur contrat de travail non renouvelé par une entreprise suisse. Il n'était pas clair si le contrat de travail n'avait pas été renouvelé en raison du salaire demandé, du programme de construction ou du manque d'intégration des travailleurs sud-africains.

Décision du tribunal: L'autorité pénale d'enquête a suspendu la plainte contre l'entreprise, parce que l'Art. 261 bis du CP n'est pas applicable dans le contexte privé. Des prestations comme par exemple des annonces d'emploi, des annonces de location d'appartement ou des invitations pour pénétrer dans des clubs privés ne sont pas véritablement "à usage public" au sens de l'Art. 261bis al. 5 du CP, car le message ne vise de toute façon qu'un échantillon de la population.

Le plaignant, l'association "A", a fait recours contre la décision de l'autorité pénale d'enquête.

La première instance n'est pas entrée en matière, parce que l'association n'était pas la personne lésée et donc n'était pas habilitée à déposer plainte. Le droit de plainte pour des associations dans l'intérêt de leurs membres a été refusé.

IX Bibliographie sur le thème

- Pärli Kurt, compte-rendu du Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne. Arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) et du Tribunal des Prud-Hommes de Zurich, 2 Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 du 13 janvier 2006, Anstellungsdiskriminierungen, ARV 206, S. 23-26.
- Pärli, Kurt, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, S. 225