



Discrimination à l'embauche et accord sur la libre circulation des personnes

Certaines offres d'emploi font expressément mention de conditions de postulation n'ayant aucun lien avec les aptitudes ou l'expérience professionnelle de futurs candidats, mais qui concernent leur nationalité et/ou leur domicile. Après consultation de plusieurs sites internet spécialisés dans les recherches d'emploi, nous avons constaté que plusieurs annonces mentionnaient des conditions telles que : « Domicile en Suisse requis » ou « Suisse, en Suisse ou permis C », ou encore « Il est indispensable d'habiter sur le territoire suisse/Suisse et/ou permis C ». Ces conditions de nationalité et de domicile relèvent-elles de la liberté contractuelle ou constituent-elles une discrimination à l'embauche, prohibée notamment par l'Accord conclu entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes ?

L'accord sur la libre circulation des personnes

Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), le 1^{er} juin 2002, les ressortissants suisses et les ressortissants de l'Union européenne (UE) sont expressément protégés par le principe de non-discrimination prévu à l'art. 2 ALCP. En ce qui concerne plus précisément les rapports de travail, l'art. 7 litt. a. ALCP prévoit un droit à l'égalité de traitement des ressortissants de l'UE avec les ressortissants suisses en ce qui concerne l'accès en Suisse à une activité économique et à son exercice, ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. De plus, l'art. 9 al. 1 de l'Annexe 1 ALCP stipule qu'un travailleur ressortissant de l'UE ne peut être, en Suisse, traité différemment des travailleurs suisses en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail en raison de sa nationalité¹. Le paragraphe 4 de cette même disposition prévoit que toute clause de convention collective ou individuelle portant sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires de travail en Suisse à l'égard des travailleurs de l'UE en comparaison avec les travailleurs suisses. L'ALCP prévoit cependant certaines dérogations à ce principe d'égalité de traitement pour des raisons d'ordre, de sécurité et de santé publics. Ainsi, l'ALCP prévoit qu'un ressortissant de l'UE peut se voir refuser le droit d'occuper un emploi dans l'administration publique fédérale suisse ou d'un canton suisse, sans que cela ne soit discriminatoire, pour autant que cet emploi soit, d'une part, lié à l'exercice de la puissance publique et, d'autre part, destiné à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou de la collectivité publique concernée².

Sur la base de ces dispositions, nous pouvons donc déjà conclure que certaines offres d'emploi destinées uniquement à des candidats de nationalité suisse pourraient être contraires au principe de non-discrimination contenu dans l'ALCP, si cette obligation de nationalité n'est justifiée par aucune considération d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

¹ La réciproque est bien entendu également valable

² Art. 5 ALCP et ARg. 10 Annexe 1 ALCP

La discrimination indirecte

Qu'en est-il des offres d'emploi contenant une obligation de domicile en Suisse ?

Comme nous venons de le voir, l'ALCP prohibe toute discrimination fondée sur la nationalité. A priori, cette obligation de domicile en Suisse, de même que l'obligation d'être titulaire d'un permis C (dont le prérequis à sa délivrance implique également une condition de domicile en Suisse) semblent être conformes à l'ALCP, puisqu'elles ne discriminent pas les travailleurs en fonction de leur nationalité, mais de leur domicile.

Toutefois, l'ALCP interdit également les discriminations dites indirectes. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une norme ou une règle qui, a priori, ne semble pas désavantager des groupes spécifiquement protégés contre la discrimination a, en réalité, des effets qui portent un préjudice particulièrement lourd aux personnes appartenant à ces groupes, et sans que cela soit justifié par des motifs objectifs³. Il pourrait y avoir par exemple discrimination indirecte fondée sur le sexe lorsqu'une mesure désavantage les travailleurs à temps partiel, puisque statistiquement plus de femmes que d'hommes travaillent à temps partiel⁴.

Une obligation de domicile, de même que l'obligation de détenir un permis C, sont des conditions qui ont pour corollaire d'exclure des travailleurs domiciliés hors de Suisse et, en particulier, les travailleurs frontaliers. Or, comme statistiquement la plupart des travailleurs habitant en zone frontalière sont des ressortissants de l'UE, cette obligation de domicile exclut de fait ces travailleurs de l'UE d'un possible emploi en Suisse (sauf à consentir à un déménagement en Suisse).

Une obligation de domicile en Suisse, en l'absence de motifs justificatifs, pourrait donc être constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité et interdite par l'ALCP.

En droit interne suisse

Qu'en est-il sous l'angle du droit interne suisse ?

Le droit privé suisse ne contient pas de principe général imposant une égalité de traitement dans les rapports contractuels entre des particuliers. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine ont déduit de l'obligation qui incombe à l'employeur de protéger la personnalité de son employé (art. 328 CO), ainsi que des règles sur la protection de la personnalité (art. 28 CC), un droit général à l'égalité de traitement dans les rapports de travail.

Le principe d'égalité de traitement dans les rapports de travail interdit à l'employeur de placer arbitrairement ou sans motif justifié certains travailleurs dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable. Dans cette hypothèse, la minorité des travailleurs désavantagés, sans motifs justificatifs, pourrait invoquer une inégalité de traitement incompatible avec l'art. 328 CO.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'employeur est libre de déterminer des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, qu'ils ne violent pas le respect de la personnalité et qu'ils ne soient pas illicites. Les critères d'exclusion tels que le sexe, l'orientation sexuelle, la race, la nationalité, l'appartenance politique ou religieuse violent les principes d'égalité de traitement et sont donc illicites en tant que tels. Ainsi, même sous

³ Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit Constitutionnel suisse, Vol. II, les droits fondamentaux, Berne, 2006, p. 515

⁴ Philippe Caruzzo, Le contrat individuel de travail, Zurich, Bâle, Genève 2009, p. 297

l'angle du droit interne suisse, des offres d'emploi contenant comme prérequis une condition de nationalité suisse ou de domicile en Suisse pourraient être considérées, en l'absence de motifs justificatifs, comme contraires au principe d'égalité de traitement et donc illicites.