

FONDATION DE L'ORCHESTRE
DE CHAMBRE DE GENEVE
F.O.C.G
Rue Gourgas 1
1205 Genève

A l'att. de M. Frédéric
STEINBRÜCHEL, secrétaire général

Genève, le 3 novembre 2023

Avis de droit

Sur le caractère discriminatoire du refus d'engager
une personne titulaire
d'un Permis F

Table des matières

I.	Objet de l'avis de droit	2
II.	La Loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED) du 23 mars 2023 (RS-GE A 2 90)	2
A.	Les dispositions pertinentes pour le présent avis de droit.....	2
B.	Les travaux préparatoires.....	4
C.	L'impact sur les employeurs de droit public et de droit privé dans le canton de Genève	4
1.	Employeurs de droit public.....	4
2.	Employeurs privés	5
III.	Le Permis F	7
IV.	Le mécanisme juridique de l'interdiction de la discrimination	11
V.	Conclusion	14

I. OBJET DE L'AVIS DE DROIT

La Fondation de l'orchestre de chambre de Genève (ci-après : FOCG) souhaite disposer d'une analyse juridique sur les obligations de non-discrimination des employeurs publics et privés du canton de Genève.

En particulier, la FOCG souhaiterait savoir si les employeurs publics et privés du canton peuvent refuser d'embaucher une personne en raison de son statut juridique d'établissement, plus précisément une personne titulaire d'un permis F provisoire.

Nous rappellerons ci-après les dispositions pertinentes de la Constitution fédérale, de la loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED), ainsi que les lois sectorielles y relatives, afin de déterminer si le refus d'engager une personne titulaire d'un permis F provisoire constitue un cas de discrimination prohibée.

II. LA LOI GENERALE SUR L'EGALITE ET LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (LED) DU 23 MARS 2023 (RS-GE A 2 90)

1. Le 23 mars 2023, le Grand Conseil a adopté à une très large majorité (74 voix favorables, contre 11 voix défavorables et 4 abstentions) une loi générale sur l'égalité et contre toutes les discriminations (LED ; RS-GE A 2 90), et sa première loi sectorielle, la LED-Genre (RS-GE A 2 91). Celle-ci porte plus spécifiquement sur l'égalité et la lutte contre les discriminations liées au sexe et au genre. D'autres lois sectorielles, par exemple dans le domaine du racisme ou du handicap, pourront ensuite s'ajouter et continuer à compléter la loi générale LED.

A. LES DISPOSITIONS PERTINENTES POUR LE PRESENT AVIS DE DROIT

2. Nous reproduisons ci-après les bases légales pertinentes de la loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED).

Art. 1 Buts

¹ La présente loi a pour buts la mise en œuvre de l'égalité en droit, la promotion de l'égalité en fait, et la lutte contre les violences et les discriminations directes ou indirectes fondées sur une caractéristique personnelle.

² Par caractéristique personnelle au sens de la présente loi, on entend notamment l'origine, l'âge, le sexe, l'orientation affective ou sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre, l'intersexuation, les incapacités, les particularités physiques, la situation sociale ou familiale, les convictions religieuses ou politiques.

³ La lutte contre les violences et les discriminations vise à les prévenir, à les faire cesser et à remédier à leurs conséquences.

Art. 2 Egalité

Toutes les personnes sont égales en droit.

Art. 3 Interdiction des violences et des discriminations

Toutes les formes de violences et de discriminations directes, indirectes ou multiples fondées sur une caractéristique personnelle sont interdites.

Art. 19 Tâches et obligations de l'Etat

² Tous les organes et autorités de l'Etat appliquent, dans l'exercice de leurs compétences, les principes et exigences posés par la présente loi et mettent en œuvre les mesures qu'elle prescrit.

Art. 20 Législation sectorielle

¹ Le canton précise et complète les principes et les mesures prévues par la présente loi dans des lois sectorielles. Celles-ci tiennent compte des différents types de caractéristiques personnelles susceptibles d'entraîner des discriminations.

² Le canton édicte des lois sectorielles pour lutter contre les discriminations fondées par exemple sur :

- a) le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre ou l'intersexuation;
- b) l'origine;
- c) les incapacités;
- d) l'âge.

3. Le but de la LED-Genre est quant à lui énoncé à l'art. 1 de la loi, reproduit ci-après :

Art. 1 Buts

¹ La présente loi constitue une loi sectorielle au sens de l'article 20, alinéa 2, lettre a, de la loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations, du 23 mars 2023 (ci-après : la loi générale).

² La présente loi a pour buts de :

- a) promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes, quelle que soit leur orientation sexuelle;
- b) lutter contre les violences et les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre et l'intersexuation.

³ A cette fin, l'Etat :

- a) veille au respect, en droit et en fait, des principes énoncés à l'alinéa 2 ainsi que des principes et exigences posés par la loi générale;
- b) reconnaît l'égalité de toutes les formes d'orientation affective et sexuelle, d'identité de genre, d'intersexuation et de structures familiales;
- c) veille à ce que toute personne soit respectée et considérée selon son identité de genre ou son expression de genre;
- d) met en œuvre des actions de lutte contre les violences et les discriminations au sens de l'alinéa 2;

- e) favorise une approche intersectionnelle qui tient compte d'autres facteurs susceptibles de renforcer les inégalités de genre;
- f) soutient les institutions publiques et privées actives dans la lutte contre ces violences et ces discriminations dont la contribution est requise;
- g) protège et soutient les personnes et les familles victimes de ces violences et de ces discriminations.

4. Il ressort de l'art. 1 al. 2 de la LED-Genre que cette loi a pour but de prévenir des comportements discriminatoires, des institutions publiques notamment, fondées sur le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre et l'intersexuation. La LED-Genre ne trouve ainsi pas application dans le cas analysé dans le cadre du présent avis de droit portant sur un éventuel comportement discriminatoire des employeurs publics et privés lors de l'embauche d'une personne titulaire d'un permis F provisoire.

B. LES TRAVAUX PREPARATOIRES

5. A l'origine, le Conseil d'Etat avait présenté un projet de loi contre les discriminations liées au genre. C'est au cours des travaux parlementaires qu'il a été proposé, et accepté, de disposer d'une loi générale contre les discriminations, puis de différentes lois sectorielles visant à répondre aux besoins spécifiques de différentes catégories de personnes en fonction des enjeux particuliers pour chaque champ de discrimination.
6. C'est ainsi qu'au final, les travaux parlementaires ont abouti à l'adoption par une large majorité d'une loi générale contre les discriminations, accompagnée d'une première loi spécifique luttant contre les discriminations liées au genre. Il est prévu qu'à l'avenir, d'autres lois spécifiques soient adoptées notamment pour lutter contre les discriminations liées à l'origine, aux incapacités et à l'âge¹.
7. L'intention était de doter le canton d'une loi-cadre posant les principes dans le domaine de l'égalité entre les personnes et la lutte contre les discriminations, puis d'y rattacher des lois sectorielles, la première étant celle sur le genre².

C. L'IMPACT SUR LES EMPLOYEURS DE DROIT PUBLIC ET DE DROIT PRIVE DANS LE CANTON DE GENEVE

1. Employeurs de droit public

8. L'art. 19 al. 2 de la LED dispose que tous les organes et autorités de l'Etat appliquent, dans l'exercice de leurs compétences, les principes et exigences posés par la loi et mettent en œuvre les mesures qu'elle prescrit.
9. La LED - la loi générale - comprend des principes d'ordre général, comme l'intégration de ses objectifs à l'ensemble des politiques publiques, mais inclut également des mesures de prévention à travers la formation, l'information et la

¹ Rapport de la Commission des Droits de l'Homme (droits de la personne) du Grand Conseil sur le PL 12843-A, p. 25, Mémorial du Grand Conseil, session XI des 23 et 24 mars 2023 (consulté sur le [site internet du Grand Conseil](#) le 3 octobre 2023).

² Rapport de la Commission, p. 99.

sensibilisation. Elle prévoit aussi l'élaboration de plans d'action cantonaux, qui devront faire l'objet d'une évaluation et d'un rapport à notre Grand Conseil, ainsi que la tenue de statistiques. Certaines dispositions incitatives visent par ailleurs le secteur privé, s'agissant des marchés publics ou d'entités bénéficiant d'indemnités ou d'aides financières de l'Etat.

10. La LPAC, la LIP, LHES-SO-GE et la LU (en particulier) ont été modifiées pour s'adapter aux dispositions de LED.
11. En particulier, l'art. 2A al. 1 LPAC se lit désormais comme suit (la let. a a été modifiée et complétée) :

Art. 2 al. 1 LPAC Les principes généraux suivants s'appliquent dans l'administration cantonale, les services centraux et les greffes du pouvoir judiciaire, les établissements publics médicaux ainsi qu'à l'Hospice général :

- a) créer les conditions qui permettent aux collaboratrices et aux collaborateurs de travailler dans un climat de respect et de tolérance, exempt de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur une caractéristique personnelle, notamment l'origine, l'âge, le sexe, l'orientation affective ou sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre, l'intersexuation, les incapacités, les particularités physiques, la situation sociale ou familiale, les convictions religieuses ou politiques;*
- b) veiller à réaliser l'égalité entre femmes et hommes dans les faits;*
- c) utiliser et développer le potentiel des collaboratrices et des collaborateurs en fonction de leurs aptitudes et de leurs qualifications;*
- d) prendre en considération, dans la mesure du possible et en tenant compte des impératifs des missions confiées aux services, les obligations familiales des collaboratrices et des collaborateurs en développant des moyens permettant de mieux concilier vie familiale et vie professionnelle.*

2. Employeurs privés

12. Dans le cadre de la LED, il n'existe pas de base légale qui imposerait aux employeurs privés le respect des principes prévus dans cette loi.
13. Néanmoins, l'art. 15 al. 1 de la LED prévoit que l'Etat incite les personnes privées à respecter les principes et exigences posées par celle-ci. Son action à cet égard est notamment dirigée vers les entreprises, ainsi que les institutions actives en matière culturelle, sociale, sportive et de formation (al. 2).
14. L'Etat peut octroyer aux employeurs privés des indemnités et des aides financières au sens de la loi sur les indemnités et les aides financières (LIAF ; RS-GE D 1 11) du 15 décembre 2005. L'octroi de ces indemnités et aides financières est subordonné au respect par l'entité bénéficiaire des principes posés par la LED (art. 17 LED).
15. La LED-Genre prévoit, elle, de manière expresse, à son art. 2 al. 2 que les principes et exigences posés par cette loi s'appliquent aux personnes de droit privé dans la mesure prévue au chapitre III de la LED et au chapitre IV de la LED-Genre.
16. L'absence de disposition équivalente à celle de la LED-Genre dans la LED a été relevée dans les travaux préparatoires (cf. Rapport de la Commission, p. 103). M. APOTHÉLOZ, pour le Conseil d'Etat, a répondu que le champ d'application figurait dans l'art. 17 al. 2 du projet (actuellement l'art. 19 al. 2 de la loi). Selon lui,

pour les entreprises du secteur privé, la loi ne peut pas avoir d'effet contraignant concernant les mesures incitatives, sauf lorsque l'Etat leur accord une prestation ou une aide (cf. pp. 30-31 du Rapport de la Commission, qui concerne la loi sectorielle LED-Genre mais dont la formulation est très proche pour la loi générale et p. 101).

17. Dans ce contexte, il convient néanmoins de rappeler que, s'il est vrai que les droits fondamentaux (garantis par la Constitution fédérale ou par la CEDH) n'ont pas d'effet direct entre personnes privées, il n'en reste pas moins qu'il revient à l'Etat de « protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire ». L'Etat a donc une obligation de respecter, de réaliser et de protéger effectivement les droits de l'homme, quelle que soit leur nature³. Ces quinze dernières années, d'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a développé un nouveau pan de jurisprudence qui concerne le respect des droits garantis par la Convention par des employeurs privés.
18. Nous avons eu l'occasion d'illustrer cette évolution de la jurisprudence européenne dans une publication en 2017, dans les termes suivants :

« Pour illustrer ce raisonnement, on peut prendre pour exemple des extraits de l'arrêt Schüth c/Allemagne (2010⁴), qui concernait le licenciement d'un employé non ecclésial de l'Eglise catholique en raison d'une relation extraconjugale. La CourEDH a rappelé, au sujet de l'art. 8 CEDH, que, si cette disposition « tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée. Celles-ci peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. [...] il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation. [...] Dès lors, c'est en examinant la mise en balance effectuée par les juridictions du travail allemandes du droit au respect de sa vie privée du requérant avec le droit de l'Eglise catholique découlant des art. 9 et 11 que la CourEDH devra apprécier si la protection offerte au requérant a atteint ou non un degré suffisant».

Ainsi, il appartient non seulement à l'Etat de s'abstenir d'ingérences arbitraires, mais également d'adopter des mesures assurant le respect des droits consacrés par la Convention jusque dans les relations entre personnes privées. Ces mesures comprennent l'obligation, pour les tribunaux, de protéger le travailleur contre des ingérences : en particulier, la mise en balance des intérêts de l'employeur et de ceux du travailleur, dans le cadre d'un licenciement doivent assurer le respect des droits consacrés par la

³ BERSSET BIRCHER Valérie/MEIER Anne, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in: Wyler Rémy (éd.), Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par les praticiens, Berne 2017, p. 602.

⁴ Req. N° 1620/03, arrêt du 23.12.2010.

Convention : il appartient aux juges de Strasbourg de «vérifier la compatibilité avec la Convention des effets des conclusions du juge national» »⁵.

19. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral traite la CEDH sur le même rang que la Constitution fédérale. On peut soutenir que cette interprétation des obligations positives de l'Etat pour faire respecter les droits fondamentaux aussi entre personnes privées doit aussi trouver application lorsqu'on parle des droits consacrés par la Constitution fédérale, en particulier pour celui qui nous intéresse ici, l'art. 8 Cst. Nous devons toutefois signaler que l'étendue concrète de cette obligation est fortement controversée et que le Tribunal fédéral continue à ce jour, en principe, à refuser toute application directe (nommé « effet horizontal direct ») des droits fondamentaux aux situations entre particuliers. On pense en particulier au fait que les tribunaux devraient, en application de la jurisprudence de la CourEDH, s'assurer de l'effectivité des droits fondamentaux lorsqu'ils jugent un litige entre particuliers, par exemple entre employeurs et employés du secteur privé.

III. LE PERMIS F

20. Les personnes étrangères titulaires d'un Permis F sont officiellement désignées comme des « étrangers admis à titre provisoire ». Selon le Secrétariat d'Etat à la migration (SEM), « *il s'agit de personnes qui font l'objet d'une décision de renvoi de Suisse mais pour lesquelles l'exécution du renvoi se révélerait illicite (violation du droit international public), inexigible (mise en danger concrète de l'étranger) ou matériellement impossible (pour des motifs techniques d'exécution). L'admission provisoire constitue donc une mesure de substitution. L'admission provisoire peut être prononcée pour une durée de douze mois. Le canton de séjour peut en prolonger la durée, à chaque fois pour douze mois. **Les personnes admises à titre provisoire sont habilitées à travailler dans toute la Suisse. L'exercice d'une activité lucrative par cette catégorie de personnes fait l'objet d'une simple annonce par l'employeur auprès de l'autorité cantonale compétente. L'octroi ultérieur d'une autorisation de séjour est régi par les dispositions de la LEI (art. 84, al. 5)** »⁶.*
21. Les règles légales pertinentes sont les art. 83 ss de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI).

Art. 83 Décision d'admission provisoire

1 Le SEM décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée.

2 L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces États.

3 L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

⁵ BERSET/MEIER, op. cit., pp. 603-604 (nous avons omis les références).

⁶https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/aufenthalt/nicht_eu_efta/ausweis_f_vorlaeufig.html#:~:text=Il%20s'agit%20de%20personnes,motifs%20techniques%20d'ex%C3%A9cution (consulté le 20 octobre 2023).

4 L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

[...]

7 L'admission provisoire visée aux al. 2 et 4 n'est pas ordonnée dans les cas suivants:

a. l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des art. 59 à 61 ou 64 CP;

b. l'étranger attend de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse;

c. l'impossibilité d'exécuter le renvoi est due au comportement de l'étranger.

8 Le réfugié auquel l'asile n'est pas accordé en vertu des art. 53 ou 54 LAsi est admis à titre provisoire.

9 L'admission provisoire n'est pas ordonnée ou prend fin avec l'entrée en force d'une expulsion obligatoire au sens des art. 66a ou 66abis CP, 49a ou 49abis CPM ou d'une expulsion au sens de l'art. 68 de la présente loi.259

10 Les autorités cantonales peuvent conclure une convention d'intégration avec un étranger admis à titre provisoire lorsque se présentent des besoins d'intégration particuliers conformément aux critères définis à l'art. 58a.

22. L'art. 84 LEI dispose :

Art. 84 Fin de l'admission provisoire

¹ Le SEM vérifie périodiquement si l'étranger remplit les conditions de l'admission provisoire.

² Si tel n'est plus le cas, il lève l'admission provisoire et ordonne l'exécution du renvoi.

³ Si les motifs visés à l'art. 83, al. 7, sont réunis et qu'une autorité cantonale, fedpol ou le SRC en fait la demande, le SEM peut lever l'admission provisoire accordée en vertu de l'art. 83, al. 2 et 4, et ordonner l'exécution du renvoi.

⁴ L'admission provisoire prend fin lorsque l'intéressé quitte définitivement la Suisse, séjourne plus de deux mois à l'étranger sans autorisation ou **obtient une autorisation de séjour**.

⁵ **Les demandes d'autorisation de séjour déposées par un étranger admis à titre provisoire et résidant en Suisse depuis plus de cinq ans sont examinées de manière approfondie en fonction de son niveau d'intégration, de sa situation familiale et de l'exigibilité d'un retour dans son pays de provenance.**

23. L'art. 85 al. 7 prévoit le droit au regroupement familial pour les personnes titulaires du permis F :

Le conjoint et les enfants célibataires de moins de 18 ans des personnes admises à titre provisoire, y compris les réfugiés admis à titre provisoire, peuvent bénéficier du regroupement familial et du même statut, au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire, aux conditions suivantes:

a. ils vivent en ménage commun;

b. ils disposent d'un logement approprié;

c. **la famille ne dépend pas de l'aide sociale;**

d. ils sont aptes à communiquer dans la langue nationale parlée au lieu de domicile;

e. la personne à l'origine de la demande de regroupement familial ne perçoit pas de prestations complémentaires annuelles au sens de la LPC ni ne pourrait en percevoir grâce au regroupement familial.

24. Les personnes titulaires du permis F sont autorisées à travailler :

Art. 85a Activité lucrative

1 L'étranger admis à titre provisoire peut exercer une activité lucrative dans toute la Suisse si les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche sont respectées (art. 22).

2 Le début et la fin de l'activité lucrative ainsi que les changements d'emploi doivent préalablement être annoncés par l'employeur à l'autorité compétente pour le lieu de travail désignée par le canton. L'annonce doit notamment contenir les données suivantes:

a. l'identité et le salaire de la personne exerçant l'activité lucrative;

b. l'activité exercée;

c. le lieu de travail.

3 L'employeur doit joindre à l'annonce une attestation par laquelle il confirme connaître les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche et qu'il s'engage à les respecter.

4 L'autorité visée à l'al. 2 fait immédiatement parvenir une copie de l'annonce aux organes chargés de contrôler le respect des conditions de rémunération et de travail.

5 Le Conseil fédéral désigne les organes de contrôle compétents.

6 Il règle la procédure d'annonce.

25. Concrètement, afin d'obtenir un permis de séjour B après cinq ans, et pour obtenir le regroupement familial (au plus tôt trois ans après le prononcé de l'admission provisoire), les personnes titulaires d'un permis F font l'objet d'une évaluation de leur intégration selon les critères suivants :
- l'intégration professionnelle ou la volonté de prendre une part active à la vie économique;
 - la situation financière, notamment l'éventuelle dépendance vis-à-vis de l'Hospice général;
 - une bonne maîtrise d'une langue nationale, en l'occurrence le français;
 - l'absence de dettes;
 - le respect de l'ordre juridique;
 - l'état de santé;
 - pour les familles, l'âge des enfants et la période de leur scolarisation.
26. En pratique, si une personne titulaire d'un Permis F se voit refuser des emplois, elle sera contrainte de demander l'aide sociale. Il sera dès lors pratiquement impossible pour elle non seulement d'obtenir le regroupement familial, mais également d'obtenir un Permis B.
27. Dans son arrêt *B.F. et autres c. Suisse*⁷ du 4 juillet 2023, la CourEDH a condamné la Suisse pour violation de l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie personnelle et familiale) en raison du rejet, pour non-respect d'une condition d'indépendance financière (parce qu'ils dépendaient de l'aide sociale), de demandes de regroupement familial déposées par des réfugiés disposant d'un titre de séjour provisoire (Permis F) et qui craignaient des persécutions après être sortis illégalement de leur pays d'origine. Appliquant la LEI, les autorités suisses avaient accordé à ces personnes un Permis F plutôt que l'asile, parce que les motifs sur lesquels était fondé leur statut de réfugié étant apparus après leur départ de leur pays d'origine et du fait de leurs propres actions, à savoir leur sortie illégale de ces pays.
28. La CourEDH a rappelé que l'approche suisse (consistant à opérer une distinction pour les critères d'autorisation d'un regroupement familial fondée sur le point de savoir si une personne reconnue comme réfugié en vertu de la convention de 1951 craignait à juste titre d'être victime de persécutions dans son pays d'origine avant de fuir ce pays et était donc contrainte de fuir, ou si sa crainte d'être persécutée est apparue après son départ du pays et en conséquence de ses

⁷ N° 13258/18, 15500/18, 57303/18 et al.

propres actions) « apparaît ainsi constituer un cas unique à l'échelle internationale et européenne ainsi que dans tout l'éventail des recherches comparatives. Cette approche a été critiquée par divers organes indépendants (le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et le HCR) ».

29. Le Gouvernement suisse s'était défendu par-devant la CourEDH en expliquant que la distinction opérée par la législation était justifiée pour deux raisons :

- La première résidait selon lui dans la différence, en termes de nature et de durée, entre le séjour des réfugiés auxquels l'asile avait été accordé, qui était censé être permanent dès le départ, et celui des réfugiés admis à titre provisoire (les personnes titulaires d'un Permis F), **qui, disait-il, était précaire et n'avait pas vocation à être permanent.**

La CourEDH a estimé que cette première différence n'apparaît pas suffisamment étayée par des éléments de preuve : la majorité des personnes admises à titre provisoire ont en effet séjourné en Suisse pendant une longue période. Elle a relevé que, depuis 2017, le Tribunal administratif fédéral considère que **les réfugiés reconnus, qu'ils soient admis à titre provisoire ou qu'ils se soient vu accorder l'asile, ne peuvent en règle générale pas retourner dans leur pays d'origine à long terme, et que les premiers jouissent donc d'un statut de résident permanent de facto en Suisse**, sauf si la révocation de leur statut est prévisible : « *On peut en déduire que les réfugiés admis à titre provisoire ont tendance à demeurer pendant de longues périodes dans le pays. Dès lors, et compte tenu du fait que les réfugiés admis à titre provisoire sont reconnus comme ayant le statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951, le premier argument exposé par le Gouvernement n'est pas convaincant* ».

- La seconde était que ces personnes avaient quitté leur pays et s'étaient volontairement séparées de leurs familles. La CourEDH a rappelé à ce propos que sa jurisprudence n'exige pas de prendre en compte les circonstances du départ de la personne concernée pour déterminer si un Etat est tenu de lui accorder le droit au regroupement familial, mais estime qu'il n'est pas déraisonnable de le faire. Les Etats disposent ainsi d'une certaine marge de manœuvre pour imposer à ces personnes le respect d'un critère de non dépendance à l'aide sociale, mais sans « leur demander l'impossible ». En particulier, lorsque le réfugié présent sur le territoire de l'Etat d'accueil était et demeure dans l'incapacité de satisfaire aux conditions de revenus alors qu'il fait tout ce qu'il peut raisonnablement pour devenir financièrement autonome, appliquer la condition d'une absence de dépendance à l'aide sociale sans la moindre souplesse peut potentiellement, avec le passage du temps, conduire à la séparation définitive des familles. Bien que le droit et la pratique internes offrent une certaine souplesse dans l'application de la condition litigieuse, il existe aussi des conditions qui limitent cette souplesse. Seul un faible nombre

de demandes de regroupement familial émanant de personnes admises à titre provisoire sont accueillies chaque année.

30. Pour les besoins du raisonnement juridique qui suit, on retiendra en particulier qu'on ne saurait considérer que les personnes titulaires d'un Permis F sont présentes sur le territoire suisse pour une brève période avec un risque de devoir partir du jour au lendemain. Au contraire, il est reconnu par le Tribunal administratif fédéral et par la CourEDH que ces personnes jouissent d'un « statut de résident de facto ».
31. D'autre part, on prendra en compte le fait qu'il découle de cette jurisprudence que l'Etat ne peut pas « demander l'impossible » aux personnes titulaires de Permis F lorsqu'il s'agit pour eux de remplir la condition de non-dépendance à l'aide sociale lorsqu'ils demandent le regroupement familial après trois ans en Suisse. Si les exigences de l'Etat ne sauraient être trop sévères à cet égard, il nous paraît également qu'il a le devoir de s'assurer que le droit des personnes titulaires d'un Permis F à ne pas être discriminées en raison de leur statut soit respecté.
32. Sur ce dernier point, il paraît donc clair que les employeurs publics ont l'interdiction de refuser d'embaucher une personne titulaire d'un Permis F en raison de son statut. Il apparaît également que l'Etat devrait veiller que les employeurs du secteur privé s'abstiennent de s'appuyer sur un tel critère qui est en soi discriminatoire pour refuser une embauche. En effet, l'Etat doit veiller à ce que les personnes titulaires d'un Permis F disposent des possibilités concrètes de remplir les exigences posées par la loi à leur droit au regroupement familial et, en particulier, au fait que ce droit peut leur être refusé s'ils dépendent de l'aide sociale. Si les employeurs (privés ou publics) ont une pratique d'embauche qui consiste à écarter les personnes titulaires d'un Permis F, l'Etat se doit de corriger cette pratique (et la faire corriger par le secteur privé) afin d'assurer l'effectivité des droits découlant de l'art. 8 CEDH ; il en va de même dans les situations de refus d'embauche individuelles.

IV. LE MECANISME JURIDIQUE DE L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION

33. Pour la question qui fait l'objet du présent avis de droit, à savoir le caractère discriminatoire d'un refus d'embaucher une personne titulaire d'un Permis F, les dispositions de la nouvelle loi genevoise l'égalité et la lutte contre les discriminations (LED) n'ont pas apporté de nouveauté par rapport au droit existant. En effet, les dispositions pertinentes de la loi correspondent au contenu de l'art. 8 al. 1 et 2 de la Constitution fédérale (Cst.), reproduit ci-dessous :

Art. 8 Égalité

¹ Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

² Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

34. Le statut en termes de droit des étrangers fait partie des critères de discrimination qui sont interdits par l'art. 8 Cst.

35. Le droit à l'égalité de traitement est un droit fondamental. L'Etat a l'obligation de s'assurer que les droits fondamentaux sont respectés et de prendre les mesures nécessaires pour atteindre ce but. Ainsi, l'art. 35 Cst. prescrit ce qui suit :

Art. 35 Réalisation des droits fondamentaux

¹ Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique.

² Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

³ Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

36. Ainsi, il n'est pas discutable que le fait, pour l'Etat (y compris les employeurs de droit public), de discriminer une personne sur la base de son titre de séjour est une violation du droit fondamental à l'égalité de traitement.

37. La discrimination, comme toute autre restriction d'un droit fondamental, n'est autorisée qu'aux conditions posées par l'art. 36 Cst. :

Art. 36 Restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

38. Les quatre conditions autorisant l'Etat à restreindre un droit fondamental sont donc :

- L'existence d'une base légale autorisant cette restriction ;
- La restriction est justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui ;
- La restriction est proportionnée au but visé ;
- L'essence d'un droit fondamental ne peut jamais faire l'objet d'une restriction.

39. On peut se demander s'il existe un motif légitime qui pourrait être invoqué par un employeur de droit public pour refuser d'embaucher une personne sur la base de son titre de séjour.

40. Le motif légitime qui vient à l'esprit en tout premier lieu est évidemment celui lié à l'autorisation de travail : si la personne concernée n'est pas autorisée à exercer une activité lucrative sur le territoire suisse, alors l'employeur violerait la loi en l'embauchant. Néanmoins, ce motif ne peut pas être invoqué pour refuser d'embaucher une personne titulaire d'un Permis F puisque, on l'a dit, ces dernières sont autorisées à travailler sur tout le territoire suisse.

41. Un autre motif pourrait être lié à la crainte que la personne titulaire d'un Permis ne soit amenée à devoir subitement quitter le territoire suisse, puisque son titre de séjour porte le titre « admission provisoire ». Cela pourrait constituer un motif légitime pour préférer embaucher une personne titulaire d'un titre de séjour qui aurait l'air plus permanent, plus stable. Or, on l'a vu, la CourEDH a récemment

rappelé à la Suisse que l'adjectif « provisoire » attaché au Permis F ne repose guère sur une réalité concrète, puisque les personnes qui en sont titulaires doivent être considérées comme des résidents de facto du pays, au vu du fait qu'elles y sont présentes le plus souvent pendant de nombreuses années. Ce motif ne pourrait donc pas non plus être invoqué par un employeur pour refuser l'embauche d'une personne titulaire d'un Permis F, dont la présence en Suisse n'est en réalité pas moins permanente que celle d'une personne titulaire d'un permis B ou C.

42. On rappelle également à toutes fins utiles que l'admission provisoire n'est pas accordée lorsque l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des art. 59 à 61 ou 64 CP ou lorsque l'étranger agit de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.
43. En conclusion, il nous apparaît qu'un employeur de droit public ne saurait refuser l'embauche d'une personne en raison du fait qu'elle est titulaire d'un Permis F. Ce refus constituerait une discrimination interdite par l'art. 8 Cst. Un tel refus relèverait aussi d'une attitude contradictoire de l'Etat, qui refuserait à une personne un emploi lui offrant une indépendance financière d'un côté, et de l'autre côté exigerait précisément cette indépendance financière pour accorder à cette personne son droit au regroupement familial et à un Permis B.
44. Quant aux employeurs privés, la question doit à notre avis être distinguée en fonction de deux situations différentes :
 - Les employeurs privés qui reçoivent des subventions doivent respecter les principes posés par la LED (art. 17 LED). On peut donc conclure qu'en particulier, il leur est interdit de pratiquer des discriminations directes ou indirectes sur la base notamment du titre de séjour d'une personne, en tant qu'il s'agit d'une caractéristique personnelle au sens de l'art. 3 LED.
 - Les employeurs privés qui ne reçoivent pas de subventions de l'Etat de Genève ne doivent pas directement respecter les prescriptions de la LED. En revanche, l'art. 15 al. 1 de la LED prévoit que l'Etat incite les personnes privées à respecter les principes et exigences posés par celle-ci. Son action à cet égard est notamment dirigée vers les entreprises, ainsi que les institutions actives en matière culturelle, sociale, sportive et de formation (al. 2). On rappelle également que l'Etat doit assurer l'effectivité des droits fondamentaux, dont fait partie le principe d'égalité (art. 8 Cst.), y compris dans leur mise en œuvre concrète par les tribunaux. Il ne paraît donc pas impensable que si, par hypothèse, un employeur privé pratiquait la discrimination à l'embauche en refusant d'engager des personnes titulaires de Permis F, une telle pratique soit jugée contraire à la Constitution fédérale.

V. CONCLUSION

45. Notre analyse nous permet de conclure qu'un employeur public (l'Etat, une autre entité de droit public ou une entreprise de droit public) qui refuserait l'embauche d'une personne en raison du fait qu'elle est titulaire d'un Permis F, ou qui pratiquerait une politique d'embauche excluant ces personnes, violerait le principe d'égalité et serait l'auteur d'une discrimination prohibée par la Constitution fédérale et par la nouvelle LED genevoise.
46. Les employeurs privés qui reçoivent des subventions de l'Etat de Genève voient désormais l'octroi de l'aide financière subordonné au respect des dispositions de la LED, dont l'interdiction de toute forme de discrimination, y compris sur la base du titre de séjour de la personne concernée.
47. Quant aux employeurs privés qui ne touchent pas de subventions, ils ne peuvent pas se voir imposer directement les mêmes obligations (pas d'effet horizontal direct des droits fondamentaux). En revanche, l'Etat doit veiller à la concrétisation des droits fondamentaux et donc prendre des mesures concrètes pour ce type de discrimination, le cas échéant, ne soit pas toléré. En particulier, pour garantir l'effectivité du droit à l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination, on peut envisager que l'Etat se voie imposer une obligation d'informer les employeurs privés de leurs obligations, de leur rappeler la portée de l'interdiction de discriminer des personnes sur la base de leur statut au regard du droit des étrangers (par exemple au travers des offices régionaux de placement et des autres organismes d'insertion professionnelle) et, le cas échéant, pour les tribunaux de constater l'existence d'une violation de l'art. 8 Cst. lorsque la discrimination est démontrée dans un cas particulier.

J'espère avoir répondu à vos questions et je reste à votre disposition pour tout complément que vous pourriez souhaiter.

Meilleures salutations,

Anne Meier

Avocate spécialiste FSA en droit du travail, docteure en droit