

Tribunal fédéral – 8C_633/2021
1^{re} Cour de droit social
Arrêt du 14 avril 2022 (f)

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Christine Sattiva Spring, L'hospice général handicapé par les discriminations ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_633/2021, Newsletter DroitDuTravail.ch septembre 2022

Newsletter septembre
2022

Contrats en chaîne, abus
de droit, handicap,
discrimination

Art. 8 Cst, 5 et 27 CDPH,
3 et 6 LEg, 23LHG/GE, 3
et 24 LPAC/GE

unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit



L'hospice général handicapé par les discriminations ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_633/2021

Christine Sattiva Spring, avocate, spécialiste FSA en droit du travail, chargée de cours à l'Université de Lausanne

I. Objet de l'arrêt et résumé des faits

Le refus de faire suivre par un CDI un CDD renouvelé deux fois, la dernière fois pour deux ans, constitue-t-il une discrimination à l'égard d'une collaboratrice atteinte d'une sclérose en plaques progressive, qui s'est trouvée en arrêt de travail pendant une partie de sa grossesse, suivie d'un congé de maternité ?

La recourante est une jeune femme atteinte de sclérose en plaques qui, après deux stages à l'Hospice général pendant sa formation, y est engagée par contrat de durée déterminée de six mois, prolongé pour 6 mois puis renouvelé pour 2 ans. La recourante a dû arrêter de travailler pendant sa grossesse et n'a pu reprendre son activité au terme du congé de maternité en raison d'une évaluation de ses aptitudes qui devait intervenir. Alors que ses évaluations n'avaient pas montré de lacunes, il lui a été annoncé que son contrat ne serait pas reconduit, motif pris du temps insuffisant qui restait pour l'évaluer. La Chambre administrative de la Cour de Justice de Genève a rejeté le recours, en refusant notamment d'administrer les preuves offertes par la recourante.

II. Commentaire¹

1. Une décision d'espèce posant des questions intéressantes

L'arrêt fédéral ayant annulé la décision genevoise et ayant renvoyé la cause en instance cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision a été rendu à trois juges seulement : il ne s'agit donc pas d'une décision de principe, mais bien d'un cas d'espèce, comme cela est généralement de circonstance lors de l'examen d'une problématique de

¹ L'arrêt commenté a été publié *in extenso* dans la Newsletter de droit du travail de juin 2022 ; il a paru sans pertinence d'en donner un résumé ici. Les éléments marquants sont repris dans le commentaire.

discrimination. Le cas pose d'intéressantes questions d'égalité des sexes en lien avec la grossesse et la maternité, mais également le problème de la non-discrimination des personnes handicapées et surtout la combinaison des deux travers que sont le sexe féminin et le handicap dans le monde du travail.

2. Quelques incohérences de fait

Un certain nombre de faits surprennent dans cette affaire et on s'étonne que la cour cantonale n'y ait apparemment prêté aucune attention.

- a. Avant même le premier contrat de travail de durée déterminée, la recourante était connue de l'Hospice général, où elle avait fait plusieurs stages. Au dernier jour des relations de travail, elle était affectée à l'Hospice depuis 3 ans et 5 mois, de manière ininterrompue.
- b. Selon la LPAC/GE, les fonctions exercées pour assurer l'accomplissement de tâches dévolues à l'Etat de façon durable sont permanentes ; à l'inverse, les fonctions non permanentes sont réservées à des tâches dévolues de façon occasionnelle à l'Etat ou assurent le remplacement temporaire du titulaire d'une fonction permanente (art. 3 al. 2 et 3 LPAC/GE). Or, la recourante avait une fonction d'assistante sociale, et il semble étonnant qu'elle ait été engagée comme auxiliaire, *a fortiori* après les deux premiers contrats de durée déterminée, ce d'autant qu'il n'a jamais été question qu'elle soit embauchée en remplacement de collaborateurs absents pour une durée donnée. Au surplus, à son départ, des postes comme celui qu'elle occupait étaient ouverts.
- c. Les problèmes relevés entre la recourante et ses collègues, en particulier son responsable, ont commencé après l'annonce de sa maternité : ainsi, le 12 mars (alors qu'elle est en arrêt, un peu forcée par le médecin-conseil), elle a eu droit à un entretien dans le cadre duquel il lui a été reproché que la baisse de son taux d'activité avait eu pour conséquence un report de sa charge de travail sur les autres collaborateurs.
- d. L'intimé ne paraît pas conscient de toutes les implications des textes protégeant les personnes handicapées ; c'est ainsi que son médecin du travail consulte dans un endroit non accessible aux personnes à mobilité réduite, le bâtiment abritant le service de santé au travail ne disposant pas d'un local accessible ...

3. La protection de la recourante, personne handicapée, découlant de la Constitution, de la CDPH² et de la LHand³

A juste titre, l'arrêt examiné rappelle les principales dispositions protégeant les personnes handicapées des discriminations, en particulier dans le monde du travail.

L'art. 8 al. 2 Cst. consacre le principe de non-discrimination, qui vise à accorder aux membres de certains groupes de la société, traditionnellement défavorisés ou menacés, une protection particulière contre un désavantage ou une exclusion ; ce droit va au-delà du principe général

² Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), du 13 décembre 2006, en vigueur pour la Suisse depuis le 15 mai 2014, RS 0.109.

³ Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand) du 13 décembre 2002, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, RS 151.3.

d'égalité et de l'interdiction de l'arbitraire⁴. La Constitution interdit en particulier toutes discriminations fondées sur une déficience corporelle, mentale ou psychique.

Pour parfaire la protection, la Suisse a ensuite adhéré à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), du 13 décembre 2006. Comme l'arrêt le rappelle, l'art. 2 CDPH définit en théorie les aménagements raisonnables dont le refus constitue une discrimination et l'interdiction de discrimination de l'art. 5 est directement justiciable⁵.

Dans le domaine de l'emploi, l'art. 27 CDPH oblige les Etats parties à garantir et favoriser l'exercice du droit au travail, notamment pour interdire la discrimination fondée sur le handicap dans l'emploi sous toutes ses formes, y compris les conditions de recrutement, d'embauche, d'emploi, le maintien d'un emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène étant précisé que les Etats doivent faire en sorte d'apporter des aménagements raisonnables au lieu de travail en faveur des personnes handicapées.

Etonnamment, la Haute Cour ne rappelle pas l'existence de la LHand, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, législation fondée sur le mandat de l'art. 8 al. 4 Cst. pour adopter des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées. Cette loi, dont le champ d'application est certes limité, rappelle qu'il y a inégalité, soit discrimination, quand une différence de traitement nécessaire au rétablissement d'une égalité de fait entre personnes handicapées et personnes non handicapées fait défaut⁶. Elle dispose également que la Confédération et les cantons doivent tenir compte des besoins spécifiques des femmes handicapées, ajoutant qu'il n'est pas contraire à l'art. 8 al. 1 Cst. de prendre des mesures appropriées visant à compenser les inégalités qui frappent des personnes handicapées⁷.

S'il est vrai que, selon la conception suisse, l'art. 27 CDPH n'est pas directement applicable⁸, puisqu'il doit être traduit par le législateur, et que la LHand ne vise que la Confédération en sa qualité d'employeur⁹, l'interdiction constitutionnelle de la discrimination lue à la lumière des dispositions constitutionnelles et conventionnelles doit sortir ses effets sur les employeurs cantonaux et privés également.

On peut regretter ici que le TF n'ait nullement pris position sur la manière dont l'intimé considère remplir ses obligations envers les collaborateurs handicapés et qu'il n'ait pas pris la peine de se prononcer, même dans un *obiter dictum*, sur ce qui paraît constituer concrètement un aménagement raisonnable en faveur d'une personne handicapée comme la recourante. De leur côté, les autorités cantonales ont fait grand cas du certificat d'aptitude conditionnelle émis par le médecin du travail : lorsque l'on voit les conditions mises (table électrique réglable en hauteur et siège adapté), on réalise aisément que même une personne non-handicapée, souffrant par exemple de problèmes de dos, pourrait solliciter un tel aménagement de son poste de travail. On aurait également souhaité trouver quelques

⁴ ATF 129 I 217,220 ; cf. également observations générales Nos 18 « non-discrimination » du 10 novembre 1989, paragraphe 7, du comité des droits de l'homme.

⁵ Consid. 4.2.

⁶ Art. 2 al. 2 LHand.

⁷ Art. 5 al. 1 *in fine* et al. 2.

⁸ Et donc pas directement justiciable.

⁹ Art. 13 LHand.

réflexions sur l'argumentation de la Cour cantonale expliquant que l'intimé n'est pas un organisme discriminant puisqu'il est allé jusqu'à engager une personne d'emblée handicapée.

A notre avis, l'Hospice, employeur public, ne saurait prétendre avoir apporté tous les aménagements raisonnables, soit les ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induue, pour assurer à la recourante la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.

4. La protection de la recourante comme femme, découlant de la Constitution, de la LEg¹⁰ et de la CEDEF¹¹

La recourante étant une femme, elle peut naturellement se réclamer d'une interdiction de la discrimination fondée sur le sexe fondée sur l'art. 8 al. 3 Cst. et la LEg. L'arrêt fédéral rappelle l'existence de la loi, son but et son champ d'application, sans aller plus loin dans l'analyse de ce qui peut en être tiré.

Comme telle, la LEg n'interdit pas la résiliation du contrat d'une femme après une maternité, mais elle limite, en théorie du moins, cette liberté de l'employeur en ce sens que s'il se prévaut de la grossesse, de l'absence qui a pu y être liée, ou du congé de maternité, il se verra opposer un licenciement discriminatoire et, selon l'ordre juridique en question, pourra être contraint de réengager la personne licenciée¹².

Si la jurisprudence n'est pas toujours très sévère à l'égard de l'employeur qui résilie le contrat d'une femme à son retour de maternité, alors qu'elle était au bénéfice d'un contrat de durée indéterminée¹³, on peut bien imaginer que la situation de celle qui n'est engagée que par contrat de durée déterminée est sensiblement moins bonne¹⁴. C'est ainsi avec raison que les juridictions cantonales et fédérale ont relevé qu'il n'y a en principe aucun droit au renouvellement d'un contrat de durée déterminée, sous réserve de l'abus lorsque les contrats successifs ininterrompus ont pour objectif d'éluder les garanties offertes par la loi.

La protection de la LEg vient renforcer cette exception, en ce sens que le non-renouvellement d'un contrat, fondé principalement sur la grossesse, l'absence qui a pu y être liée ou le congé de maternité, apparaît comme contraire au but de la loi. Cet élément ne paraît pas du tout avoir été pris en compte par les autorités cantonales, qui n'ont pas plus évoqué la CEDEF, dont l'art. 11 para 2 let. b prévoit qu'afin de prévenir la discrimination fondée sur la maternité et de garantir le droit effectif des femmes au travail, les Etats s'engagent à instituer des congés

¹⁰ Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg), du 24 mars 1995, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996, RS 151.1.

¹¹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF), du 18 décembre 1979, en vigueur pour la Suisse depuis le 26 avril 1997, RS 0.108.

¹² Telle n'est pas la solution choisie par le législateur en droit privé ; cf. art. 9 LEg et 336 ss CO.

¹³ Malgré la proximité temporelle, les arrêts ne déclarent pas tous les licenciements discriminatoires ; dans le sens d'un refus cf. par exemple TF 4A_537/2021 du 18 janvier 2022 et réf., *contra* TF 4A_591/2019 du 12 mai 2020.

¹⁴ Sur le non-renouvellement du contrat de durée déterminée, cf. TF 8C_358/2012 du 18 janvier 2013 et 8C_703/2015 du 14 juin 2016.

de maternité payés avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux . Le TF n'y a pas fait référence non plus¹⁵, ce que l'on peut regretter.

Cela étant, on ne peut qu'approuver la solution du TF qui a constaté l'existence d'une violation du droit d'être entendu lorsque les juridictions cantonales ont refusé d'administrer les preuves relatives à la pratique présentée comme constante de l'intimé de faire passer en contrat de durée indéterminée les personnes engagées depuis 3 ans et ayant donné satisfaction.

A cet égard, il faut rappeler que la diminution dans l'article 7 LPAC/GE de la durée maximale cumulée de l'engagement des auxiliaires démontre une volonté politique de ne pas garder des collaborateurs dans un système boiteux où ils ne bénéficient que de peu de protection¹⁶. On sait par ailleurs que les emplois peu pérennes sont souvent occupés par des femmes et la LEg ne devrait pas permettre d'attribuer une fonction d'auxiliaire à celle qui accomplit une tâche dévolue à l'Etat de manière durable.

5. La discrimination multiple¹⁷

En l'espèce, compte tenu de la double violation du droit constitutionnellement reconnu d'être entendu et admis à prouver des faits importants pour l'issue du litige, le TF ne s'est pas prononcé du tout sur le fond du problème et des sujets en discussion.

Or, il aurait été opportun de souligner que la recourante n'est pas simplement une personne handicapée ou seulement une femme, mais les deux à la fois. Dès lors, la question qui devrait se poser en lien avec ses allégations est celle d'une discrimination fondée sur plusieurs caractéristiques (en l'espèce le sexe et le handicap) avec le risque que les obstacles se cumulent, créant des effets aggravés de non-intégration, de vulnérabilité ou d'exclusion. Cette situation est connue sous le nom de discrimination multiple, et elle permet de s'intéresser aux désavantages causés par des préjugés et des stéréotypes liés aux différents critères dans leur globalité, dans un contexte sociétal donné¹⁸. La reconnaissance de la notion et des effets de la discrimination multiple n'est pas absolue en Suisse et elle ne figure pas clairement dans la législation, à l'exception de l'art. 5 LHand, qui rappelle pour sa part la nécessité de tenir compte particulièrement des besoins spécifiques des femmes handicapées. Les conventions internationales ratifiées et en vigueur mentionnent parfois cet aspect particulier de la discrimination¹⁹ qui mérite un traitement différent pour comprendre la complexité des inégalités à dénoncer.

Dans ce cadre, il y a lieu d'examiner la discrimination dont se plaint la recourante comme celle touchant une femme handicapée, et non une femme d'une part, et une personne handicapée

¹⁵ Alors qu'il l'avait évoqué au considérant 6.3 de son arrêt 8C_605/2016 du 9 octobre 2017.

¹⁶ Art. 60 à 64 Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (RPAC/GE), ROLG B 5 05.01.

¹⁷ Sur la notion de discrimination multiple, cf. Eleonor KLEBER, La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen, thèse Fribourg 2014, éd. Schulthess 2015.

¹⁸ MALINVERNI G., HOTTELIER M., HERTIG RANDALL M., FLÜCKIGER A., Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 4^e édition, No 1182, p. 583-584.

¹⁹ Par exemple la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique de 2011 (Convention d'Istanbul) qui ajoute au critère « femme » l'un des aspects suivants : l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'état de santé ou encore le statut de migrant-e ou de réfugié-e.

d'autre part. En effet, la coexistence du sexe et du handicap crée ici une position encore moins favorable, une sorte de synergie négative.

C'est en raison de ce type de problèmes que la CDPH a voulu attirer l'attention des Etats sur leurs obligations en la matière, soulignant en particulier que les femmes et les filles handicapées sont exposées à de multiples discriminations²⁰ et que les Etats parties doivent alors prendre les mesures voulues pour leur permettre de jouir pleinement et dans des conditions d'égalité de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales.

En l'espèce, la recourante est une femme qui a choisi de devenir mère et, dans ce cadre, a bénéficié d'un congé de maternité comme toutes les autres femmes. Avant ce congé, pendant sa grossesse, elle a eu des problèmes de santé qui pouvaient être liés à son handicap. Elle a dû ainsi réduire son taux d'activité, comme cela arrive à de très nombreuses femmes enceintes à l'heure actuelle. En l'espèce toutefois, il lui est reproché cette réduction de taux d'activité engendrant un report de travail sur ses collègues (ce qui constitue une discrimination fondée sur le sexe, puisqu'elle est liée à la grossesse) et une moindre efficacité, que l'employeur rattache immédiatement à son handicap. Cela lui permet de dire que c'est le handicap de la recourante qui est à l'origine de son absence, alors même que l'intimé n'aurait pas pu invoquer cette excuse si la collaboratrice n'était pas handicapée, mais uniquement enceinte.

Après la fin du congé de maternité prolongé des vacances, l'employeur se fonde à nouveau sur le handicap pour refuser que la collaboratrice revienne au travail. Toutefois, au moment où il lui signifie qu'il ne veut pas renouveler son contrat, soit en réalité la faire bénéficier d'un CDI, il tient compte de la longue absence liée à la grossesse et au congé de maternité pour prétendre qu'il ne bénéficiera pas du recul nécessaire à évaluer son aptitude de personne handicapée au travail.

Cette attitude de l'employeur, qui joue sur les différents tableaux sans que l'on puisse isoler les discriminations dues au handicap et celles liées à la grossesse, est pour le moins contraire à la bonne foi. On peut d'ailleurs se demander s'il n'avait pas décidé, d'entrée de cause, que le contrat de la recourante ne serait pas prolongé au-delà des 3 ans (et 5 mois²¹) qu'elle avait passés à l'Hospice. En effet, elle a été engagée comme auxiliaire, ce qui, selon la loi cantonale, signifie que l'activité exercée ne relèverait pas des tâches ordinaires et permanentes de l'Etat.

6. L'atteinte potentielle à la personnalité

Indépendamment de toute considération juridique sur les discriminations intersectionnelles, le refus des juridictions cantonales d'ordonner l'audition de la généraliste de la recourante comme témoin choqué, dans la mesure où cette audition était requise en particulier du fait de la déclaration du médecin de l'intimé, qui aurait dit de la recourante « *Madame fait désordre dans les locaux et choque* ».

On ignore en l'état si cette affirmation représente l'opinion dudit médecin, ou s'il ne faisait qu'exprimer l'avis des collègues de la recourante. Il semble clair que cette allégation, si elle correspond effectivement aux dires du praticien, constitue une atteinte à la personnalité de

²⁰ Art. 6 CDPH.

²¹ Comme stagiaire.

la recourante, qui se double de graves préjugés, d'autant plus importants à prendre en compte que c'est le même médecin qui s'est prononcé contre la reprise d'activité de la recourante après sa maternité.

Le caractère pertinent d'une telle affirmation sur l'issue du litige est une évidence, quelle que soit la qualification juridique (organe ou auxiliaire) que l'on reconnaisse au médecin : la responsabilité de l'Etat, employeur, sera engagée *in fine*. Il devrait d'ailleurs en aller de même si le médecin ne se faisait que le porte-parole des collaborateurs du centre : les responsables auraient à tout le moins manqué à leur devoir de donner les directives permettant d'éviter que des employées ou employés portent aussi gravement atteinte aux droits fondamentaux de toute personne humaine.

III. Conclusion

Alors que la République et canton de Genève dit promouvoir les droits des personnes handicapées dans sa Constitution²² et qu'elle s'est dotée d'une loi sur l'intégration sociale, scolaire, professionnelle et culturelle des personnes handicapées²³, ses autorités administratives et judiciaires ne semblent pas faire grand cas de l'interdiction de discrimination, qui vise en particulier l'exclusion du marché du travail.

Pour y parvenir, des mesures positives en faveur des personnes handicapées et spécialement des femmes sont nécessaires et l'employeur public devrait donner l'exemple. Peut-être l'intimé est-il mal pris par le système de la LPAC/GE comportant une longue période de probation après laquelle la protection contre les congés rend difficile le licenciement.

²² Art 16 et 209 de la Constitution du 14 octobre 2012, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2013, RS131.234.

²³ Loi sur l'intégration des personnes handicapées, du 16 mai 2003, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, ROLG K 1 36.