



**HAL**  
open science

## L'égalité à l'aune du handicap

Laurène Joly

► **To cite this version:**

Laurène Joly. L'égalité à l'aune du handicap. Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2016, 2015/2, pp.48. halshs-01820346

**HAL Id: halshs-01820346**

**<https://shs.hal.science/halshs-01820346>**

Submitted on 21 Jun 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS

## ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS

**p. 6 AVANT-PROPOS de Jérôme Porta et Christophe Bergouignan**

**p. 12 Debbie Collier**

De l'Apartheid à l'action positive : un aperçu de la loi sur l'égalité au travail en Afrique du Sud

**p. 24 Supriya Routh**

Une Constitution à deux vitesses. Les travailleurs et l'égalité devant la loi en Inde

**p. 36 Fábio Rodrigues Gomes et Roberto Fragale Filho**

Le principe d'égalité dans le droit du travail brésilien. Brèves considérations propédeutiques sur l'article 461 de la CLT

**p. 48 Laurène Joly**

L'égalité à l'aune du handicap

**p. 60 Benoît Riandey, Catherine Quantin, Anne-Marie Benoît et Olivier Cohen**

Proposition d'un dispositif sécurisé de suivi statistique de la diversité dans les entreprises signataires de la Charte de la diversité

**p. 68 Laure Mogueu, Tatiana Eremenko, Xavier Thierry et Rose Prigent**

Les familles monoparentales immigrées : des familles doublement pénalisées ?

**p. 84 Richard Marcoux**

Le travail des enfants au Mali : tentative de mesure et inégalités de genre

**p. 90 Dominique Meurs**

Mesurer les discriminations : les approches des économistes

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

THÉMATIQUE : OBLIGATIONS IMPLICITES DE L'EMPLOYEUR ET CRÉATION PRÉTORIENNE :  
DES EXEMPLES CONTRASTÉS EN DROIT COMPARÉ

**p. 99 Allison Fiorentino**

**Elena Sychenko** (Fédération de Russie)

**Nanga Silue** (Côte d'Ivoire)

**Juan Pablo Mugnolo et Diego Ledesma Iturbide** (Argentine)

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

**p. 128** Afrique du Sud

**p. 130** Algérie

**p. 132** Argentine

**p. 134** Australie

**p. 136** Autriche

**p. 138** Brésil

**p. 140** Chili

**p. 142** Colombie

**p. 144** Espagne

**p. 146** États-Unis

**p. 148** Fédération de Russie

**p. 150** France - DT

**p. 152** France - DSS

**p. 154** Grèce

**p. 156** Italie

**p. 158** Lituanie

**p. 160** ONU

**p. 162** Pays Bas

**p. 164** République du Congo  
(Congo-Brazzaville)

**p. 166** Roumanie

**p. 168** Royaume-Uni

**p. 170** Serbie

**p. 172** Slovénie

**p. 174** Turquie

**p. 176** Union Européenne - DPS

**p. 178** Uruguay



# DOSSIER THÉMATIQUE

ÉGALITÉ, INÉGALITÉS, DISCRIMINATIONS  
ESSAI DE DIALOGUE INTERDISCIPLINAIRE  
DES SAVOIRS JURIDIQUES ET QUANTITATIFS



## LAURÈNE JOLY

Maître de Conférences, UMR CNRS 5114 COMPTRASEC

Thèmes de recherche : Discriminations – Égalité – Handicap – Santé et sécurité au travail

Parmi ses publications :

- L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, Dalloz, coll. « *Nouvelle Bibliothèque de Thèses* », volume n°147, avril 2015.

- L. Joly, « La vraie fausse révolution de l'assimilation des personnes handicapées en ESAT à des travailleurs au sens du droit de l'Union européenne », *Revue de droit du travail* 2015, 373.

# L'ÉGALITÉ À L'AUNE DU HANDICAP



### ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the concept of equal treatment for the disability persons. In this field, there has been a necessary recognition that equality means more than treating likes alike. Consequently, to prohibit discrimination on the ground of disability entails specific provisions: the duty to provide reasonable accommodation to persons with disabilities.

*KEY WORDS : Equality, Discrimination, Disability, Reasonable Accommodation, Employment.*

### RÉSUMÉ

Le but de cet article est d'analyser le concept d'égalité de traitement pour les personnes handicapées. Dans ce domaine, il a été nécessaire de reconnaître que l'égalité signifie plus que traiter de façon similaire. Par conséquent, l'interdiction des discriminations fondées sur le motif du handicap se traduit par des dispositions spécifiques : l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables.

*MOTS CLÉS : Égalité, Discrimination, Handicap, Aménagement raisonnable, Emploi*

**A**u contraire de certains groupes minoritaires qui revendiquent le respect d'une identité singulière et la reconnaissance de droits spécifiques sur la base de cette appartenance, les personnes handicapées aspirent à la reconnaissance d'une égalité concrète au nom de leur commune humanité avec les personnes non handicapées. L'évolution du traitement juridique du handicap rend particulièrement visible la prise en considération progressive de ces attentes par le droit. Ne retenir qu'une définition ontologique du handicap serait, à ce titre, erronée. Le handicap doit être juridiquement saisi dans une dynamique relationnelle. C'est le regard extérieur qui fonde, qui transforme la différence, la singularité en problème. Les dispositifs normatifs conçus autour du handicap doivent ainsi s'inscrire dans une approche résolument sociale et consacrer l'égalité des individus. Pareille finalité ne peut toutefois dissimuler les hésitations et les difficultés que l'égalité pour les personnes handicapées suscite dans sa conception (I) comme dans sa mise en œuvre (II).

## I – La conception du droit à l'égalité des personnes handicapées

Initialement, la référence à l'égalité n'a pas présidé à la construction du champ et des mécanismes du traitement juridique des personnes handicapées (A). À mesure qu'un glissement s'opérait dans la manière d'appréhender le handicap, un mouvement en faveur d'une conception égalitariste s'est toutefois déployé. Dès lors, la question de l'égalité des personnes handicapées a été repensée par le prisme de la non-discrimination (B).

### A – Le choix d'un traitement juridique catégoriel ou l'impossible égalité

L'approche originelle du traitement juridique de la situation des personnes handicapées est liée à une conception du handicap comme attribut de l'individu, appréciée à l'aune d'une conception biomédicale de la normalité<sup>1</sup>. Dans

<sup>1</sup> Le handicap désigne une réalité qui ne peut être appréhendée que par ses conséquences : un écart par rapport à la norme. La catégorisation des personnes handicapées s'est ainsi construite par rapport à une situation de différence ou de rupture par rapport à la « normalité » et le traitement social des personnes handicapées a été initialement conçu comme un processus de normalisation.

un premier temps, le législateur français a opéré une distinction entre les personnes déficientes et les autres – non déficientes –, en accordant aux premières des droits spécifiques visant à les protéger, en raison de leur vulnérabilité. Les premières réponses juridiques apportées reposaient, de ce fait, sur la volonté d'instaurer une prise en charge sanitaire et financière, par les pouvoirs publics, des personnes concernées<sup>2</sup>. Le traitement juridique coïncidait alors avec un mécanisme de protection par les techniques classiques de la solidarité.

Le droit a pris en considération le handicap en édictant des règles particulières qui perdurent encore aujourd'hui. Ce différencialisme est notamment illustré par l'élaboration d'un dispositif spécifique d'insertion professionnelle dont la qualité de « travailleur handicapé »<sup>3</sup> apparaît comme le pivot. Bien que généreux, ce corpus juridique maintient la personne handicapée dans une catégorie distincte et excluante. En réaction à cette stigmatisation, le traitement juridique des personnes handicapées a progressivement été réorienté vers la garantie de la jouissance effective des droits et libertés de ces personnes afin de leur assurer le plein exercice de la citoyenneté. En effet, l'appréhension du handicap évolue en fonction des représentations sociales qui en sont forgées. Désormais, les personnes handicapées ne sont plus réduites à leurs incapacités. Le handicap ne s'inscrit plus uniquement dans un savoir médical. À petits pas, une conception « sociale » du handicap se fait jour. Le handicap n'est plus imputé exclusivement à celui qui est affecté d'une déficience. Il doit désormais être perçu comme la résultante d'une interaction entre la personne et son environnement. Dès lors, la mise en œuvre d'un dispositif juridique ne peut plus seulement relever de l'assistance et de la réadaptation de l'individu à la société mais nécessite

<sup>2</sup> Par exemple, en ouvrant droit à une indemnisation financière de l'incapacité de travail.

<sup>3</sup> La qualité de « travailleur handicapé » fait l'objet d'une reconnaissance administrative. C. trav., art. L. 5213-2 : « La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du Code de l'action sociale et des familles. Cette reconnaissance s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle. L'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle vaut reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé ».

de nouvelles réponses pour pallier le défaut de participation sociale des personnes handicapées. Les théories égalitaristes de la justice ont, en partie, contribué à façonner un nouveau cadre normatif posant, d'une manière renouvelée, la question de la place des personnes handicapées dans notre société.

À une logique catégorielle qui recommande l'intégration sociale par la voie de mesures spécifiques s'est substituée une logique fondée sur la participation sociale des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres<sup>4</sup>.

## B – La promotion d'un traitement égalitaire

L'analyse des dispositions juridiques en direction des personnes handicapées au sein des textes élaborés par les organisations internationales et les instances européennes montre qu'ils ont adopté une conception sociale du handicap<sup>5</sup>. Dans ce corpus, la conception de l'égalité pour les personnes handicapées s'arrime à l'interdiction des discriminations. En effet, la non-discrimination est souvent présentée comme la mise en œuvre concrète du principe d'égalité, son « bras armé »<sup>6</sup>. Toutefois, l'articulation entre égalité et non-discrimination apparaît plus ambiguë et plus complexe. Dans les divers ordres juridiques, des principes d'égalité ou d'égalité de traitement, qui peuvent avoir des valeurs juridiques distinctes, côtoient différentes règles de non-discrimination. Certains auteurs ont alors choisi de recourir au vocable d'exigences d'égalité qui recouvre les différentes expressions et conceptions de l'idée d'égalité en droit<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Pour autant, la logique catégorielle n'a pas totalement disparue.

<sup>5</sup> Au premier rang desquels se trouve la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées adoptée le 13 décembre 2006. V. A. Boujeka, « La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS*, 2007, p. 799.

<sup>6</sup> S. Platon, « Les spécificités du principe de non-discrimination dans l'Union européenne », in B. Favreau (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, *Bruylant*, 2010, p. 126.

<sup>7</sup> V. M. Sweeney, « La diversité des sources de l'exigence d'égalité », in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, *Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires »*, 2013, p. 39 : « L'exigence d'égalité désigne l'ensemble des expressions de l'égalité en droit et qui à ce titre représente une obligation

En droit interne, il n'existe pas de principe général de non-discrimination. Il convient à chaque fois d'identifier le critère discriminant<sup>8</sup> et les règles spécifiques qui lui sont attachées. À cet égard, le handicap est considéré comme un critère a priori illégitime de distinction<sup>9</sup>. La consécration du handicap comme critère de discrimination prohibé peut toutefois surprendre au regard des dispositions juridiques spécifiques dont il est l'objet. Les raisons qui ont présidé au choix d'inscrire le traitement juridique du handicap dans la logique antidiscriminatoire sont à rechercher dans le consensus quant à la nécessité de développer une société assurant l'inclusion des personnes handicapées<sup>10</sup>. Pour autant, le handicap n'en apparaît pas moins un critère de discrimination prohibé très singulier.

Deux raisons expliquent la particularité du dispositif antidiscriminatoire en raison du handicap par rapport aux autres motifs. D'une part, le handicap est un critère difficilement objectivable. Or, la portée de la règle de non-discrimination fondée sur le handicap dépend de l'interprétation juridictionnelle de la notion de handicap. À ce titre, il convient de souligner que la Cour de justice de l'Union européenne a souhaité étendre la protection contre la discrimination fondée sur le handicap aux personnes qui ne sont pas elles-mêmes handicapées mais victimes de discrimi-

---

ou une contrainte : les différents principes d'égalité ou d'égalité de traitement et les règles de non-discrimination ». V. également J. Porta, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité », in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, *Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires »*, 2013, p. 9-38.

<sup>8</sup> La discrimination désigne un traitement injuste ou désavantageux fondé sur une caractéristique personnelle. V. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778 ; A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68.

<sup>9</sup> Le handicap a été introduit dans la liste des motifs interdits de discrimination figurant dans le Code du travail et le Code pénal par la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, *JORF* du 13 juill. 1990, p. 8272. V. J.-P. Laborde, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 615.

<sup>10</sup> G. Quinn et T. Degener, *Droits de l'Homme et invalidité : l'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations unies relatifs aux droits de l'Homme dans la perspective de l'invalidité*, Nations unies, 2002 [HR/PUB/02/1].

nation en raison de leur lien avec une personne handicapée. C'est en ce sens que la notion de discrimination par association a été consacrée<sup>11</sup>. En revanche, jusqu'à une décision d'avril 2013, la Cour de justice de l'Union européenne retenait une définition assez restrictive du handicap. La position de la Cour de Luxembourg a évolué en ce qui concerne les rapports que le handicap entretient avec la maladie. Une nouvelle définition du handicap a été retenue en raison de la ratification par l'Union européenne, en 2009, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. En effet, cette ratification entraîne l'obligation pour la Cour de justice d'interpréter la directive n°2000/78 conformément à la convention. Ainsi, l'interprétation doit être réalisée en conformité avec la définition du handicap posée par cette convention selon laquelle « par personnes handicapées, on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »<sup>12</sup>. Une nouvelle définition, moins restrictive que celle précédemment admise, a donc été retenue<sup>13</sup>. Toutefois, plutôt que de se focaliser sur une catégorie de personnes, il semble préférable de se départir de la reconnaissance du handicap comme un état de la personne et retenir une définition fonctionnelle du handicap : ce qui importe, ce sont les restrictions d'activité de la personne handicapée.

D'autre part, la conception classique de la règle de non-discrimination qui impose une abstention – celle de prendre en considération les critères prohibés pour fonder une décision – apparaît inappropriée dans le champ du handicap. Alors qu'il est interdit à l'employeur de se fonder sur les autres motifs discriminatoires, l'employeur peut prendre en

compte le handicap. À cet égard, en droit interne, la règle de non-discrimination s'accompagne d'emblée de l'affirmation selon laquelle certaines distinctions fondées sur le handicap sont rationnelles, et à ce titre, doivent être autorisées. Il en est ainsi de l'inaptitude constatée par le médecin du travail<sup>14</sup>.

De même, la spécificité du handicap doit être prise en compte dans la mobilisation des outils traditionnels du droit de la non-discrimination. Pour ne prendre qu'un seul exemple, les contours et l'intérêt de la discrimination indirecte doivent être repensés au prisme du handicap.

Cette particularité rejailit inévitablement sur la conception de la non-discrimination fondée sur le handicap. En ce sens, le droit de la non-discrimination à raison du handicap se présente comme un droit sensible à la différence. Il apparaît en effet légitime de prendre en compte le handicap comme facteur de différence et de retenir la pertinence d'un traitement différencié pour, paradoxalement, garantir l'égalité de traitement.

## II – La réalisation du droit à l'égalité des personnes handicapées

Les voies de réalisation de l'égalité empruntent les traits de deux instruments distincts : d'une part, les aménagements raisonnables (A) et d'autre part, les actions positives (B).

### A – L'aménagement raisonnable, vecteur de l'égalité différencielle

L'édiction d'une norme antidiscriminatoire imposant une obligation de mettre en place des mesures appropriées à la charge de l'employeur pour offrir à la personne handicapée des chances égales d'occuper un emploi constitue une voie novatrice. À cet égard, balbutiements et hésitations caractérisent encore l'appréhension de la notion d'aménagement raisonnable en droit français. L'examen du seul droit français apparaît donc insuffisant pour rendre

<sup>11</sup> CJCE 17 juill. 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603 ; D. 2008, p. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *RDT* 2009, p. 41, obs. M. Schmitt ; *RDSS* 2008, p. 865, note A. Boujeka.

<sup>12</sup> Article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées.

<sup>13</sup> CJUE 11 avr. 2013, *HK Danmark (Ring et Skouboe Werge)*, aff. jointes C-335/11 et C-337/11 ; A. Boujeka, « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », D. 2013, p. 1388 ; H. Kobina Gaba, « La maladie du salarié assimilée à un handicap : régime juridique, pouvoir de l'employeur et office du juge », *JSL* 2013, n° 347, p. 20 ; C. Boutayeb, « Le handicap au travail selon le juge de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt *Ring et Werge* », *RDT* 2013, p. 654.

<sup>14</sup> L'article L. 1133-3 du Code du travail prévoit que des « différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap » sont possibles et ne sont pas qualifiées de discriminations dès lors qu'elles « sont objectives, nécessaires et appropriées ».



compte des enjeux sous-jacents à la mise en œuvre de ce dispositif juridique récent. L'absence de contentieux en droit interne ainsi que la très faible quantité d'affaires portées devant la Cour de justice de l'Union européenne en la matière rendent bien frustré l'analyse du droit positif. C'est pourquoi une étude de l'accommodement raisonnable<sup>15</sup> en droit canadien permet de mieux cerner la compréhension et la mise en œuvre de ce concept.

L'aménagement raisonnable matérialise une égalité différencielle qui a pour objectif la prise en compte des différences entre les individus. Tenter de « faire l'exégèse » de l'aménagement raisonnable nécessite, en premier lieu, un examen de la notion telle qu'elle a été conçue, puis transcrite, dans les différents ordres et instruments juridiques.

Les aménagements raisonnables ne constituent pas une dérogation au principe d'égalité mais une garantie de son effectivité. À l'origine du concept de l'aménagement raisonnable se trouve le constat qu'un traitement identique ne permet pas, en toutes circonstances, d'assurer un traitement égal. Il faut parfois un traitement différencié pour garantir l'égalité entre les personnes. L'aménagement raisonnable a ainsi été conçu pour compenser l'inégalité induite par le handicap, de façon individuelle et circonstancielle, afin de parvenir à l'égalité substantielle.

L'émergence de la notion d'aménagement raisonnable s'explique également par le développement de la théorie de l'égalité des chances<sup>16</sup>. Celle-ci part du principe que si les personnes sont soumises à des conditions différentes, il faut procéder à une égalisation des conditions de départ pour garantir l'égalité concrète. Aussi, la personne handicapée devient-elle celle dont les chances doivent être égalisées. Cette notion d'égalité des chances implique la prise en considération des inégalités de fait pour permettre de corriger les effets pervers de l'égalité formelle. L'aménagement raisonnable peut, en ce sens, être perçu comme un dispositif qui habilite la personne, qui la rend capable

d'occuper un emploi et qui, en ce sens, constitue une traduction juridique du « modèle social » du handicap qui promeut l'élimination des obstacles inhérents à la situation de handicap.

Au Canada, la notion d'aménagement raisonnable s'incarnait, initialement, sous les traits d'une mesure individualisée qui permettait de remédier à la discrimination avérée d'une personne handicapée<sup>17</sup>. Cette conception de l'aménagement raisonnable a toutefois sensiblement évolué. Ainsi, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il pèse sur l'employeur une obligation d'accommodement à l'égard des personnes handicapées dont il doit tenir compte dans l'élaboration même de ses normes d'emploi<sup>18</sup>. Autrement dit, l'aménagement raisonnable n'est plus considéré comme une exception qui répond à une situation discriminatoire particulière, à la demande d'une seule personne lésée, il doit être incorporé à la norme elle-même. L'accommodement raisonnable tend ainsi à devenir une mesure « proactive », c'est-à-dire cherchant à combattre les phénomènes discriminatoires en les anticipant par la mise en œuvre de normes inclusives.

Importé du droit américain<sup>19</sup>, repris et développé en droit canadien avant de pénétrer l'ordre juridique européen, l'aménagement raisonnable est désormais consacré dans de nombreux systèmes juridiques. De nombreuses incertitudes entourent cependant le champ d'application de l'obli-

<sup>15</sup> V. sur la notion même : C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, *Yvon Blais*, 2001 ; M. Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, *Yvon Blais*, 2007 ; M. Suhas, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions* 2011, p. 205.

<sup>16</sup> G. Koubi et G.-J. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, La Découverte, coll. « Recherches », 2000.

<sup>17</sup> C'est en 1985 que la Cour suprême du Canada a reconnu, pour la première fois, l'existence d'une obligation d'accommodement dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Limited* dit arrêt *O'Malley: Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpson's-Sears*, [1985] 2 *RCS* 536.

<sup>18</sup> Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 *RCS* 3, §68 ; Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (*SCFP-FTQ*), 2008 *CSC* 43.

<sup>19</sup> C'est dans la législation américaine sur les droits civils, au début des années 1970, que le concept de « reasonable accommodation » fait son apparition. En 1972, le titre VII du *Civil Rights Act* (loi relative aux droits civiques) de 1964 est modifié pour inclure explicitement une obligation d'aménagement raisonnable à la charge des employeurs, publics comme privés, en matière religieuse, à moins que cela ne constitue pour eux une contrainte excessive (« undue hardship »). Pour de plus amples précisions, v. E. Bribosia, J. Ringelheim, et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH* 2009, p. 325.

gation d'aménagement raisonnable en droit français.

D'une part, l'aménagement raisonnable, modalité particulière de la réalisation du droit à l'égalité, ne peut se contenter de cohabiter avec les concepts forgés par le droit antidiscriminatoire ; leur articulation doit être décryptée. En effet, les liens que l'aménagement raisonnable entretient avec la discrimination indirecte demeurent relativement flous et font l'objet d'interprétations divergentes. L'aménagement raisonnable est tantôt considéré comme un élément jouant un rôle dans la justification de la discrimination indirecte<sup>20</sup>, tantôt interprété comme une dérogation à la qualification de discrimination indirecte<sup>21</sup>. La question de l'articulation entre discrimination directe et aménagement raisonnable mérite également d'être posée. L'enjeu réside dans la prise en compte de l'obligation d'aménagement raisonnable dans le cadre de l'exception à l'interdiction de discrimination directe constituée par une exigence professionnelle essentielle<sup>22</sup>.

D'autre part, la portée plus ou moins large conférée à l'obligation d'aménagement raisonnable emporte également des incidences sur la conclusion et la préservation du lien d'emploi. À nouveau, des difficultés surgissent. Si le recrutement de la personne handicapée apparaît conditionné à la capacité pour celle-ci de s'acquitter des fonctions essentielles de son poste, l'interprétation de ce qui relève des

fonctions essentielles peut s'avérer délicate. De même, si la pertinence de procéder à un aménagement raisonnable ne peut être discutée qu'en liaison avec l'aptitude de la personne handicapée à occuper le poste de travail concerné, le rôle du médecin du travail nécessite d'être clarifié<sup>23</sup>.

Au Québec, l'obligation d'accommodement raisonnable a pris une ampleur telle qu'elle confère aujourd'hui aux salariés handicapés une véritable protection du lien d'emploi<sup>24</sup>. On peut, à cet égard, s'interroger sur la posture qui sera adoptée, en droit français, concernant le maintien dans l'emploi, même s'il apparaît d'ores et déjà que l'obligation d'aménagement raisonnable pourrait emporter une révision des règles traditionnellement appliquées en matière de reclassement des salariés déclarés inaptes.

Les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'aménagement raisonnable suscitent également de nombreuses interrogations. La portée de cette obligation n'est pas encore évidente à apprécier et l'on pressent que des résistances de la part des employeurs peuvent légitimement naître en raison des contraintes financières qu'elle leur impose. L'étude du droit canadien apporte, là encore, de riches enseignements.

L'obligation d'accommodement commande, en premier lieu, de rechercher une solution d'adaptation raisonnable. Le recours au raisonnable est utilisé de façon explicite pour qualifier les mesures qui doivent être recherchées. D'emblée, la référence à l'aménagement raisonnable porte, en elle-même, une part irréductible d'indétermination.

Le « raisonnable » constitue, en effet, une notion difficile à cerner, presque insaisissable. L'indétermination normative de cette notion « floue » explique qu'il n'est guère surprenant de constater que les États membres ne s'accordent pas tous sur l'interprétation de la disposition relative à l'aménagement raisonnable contenue dans la directive n°2000/78/CE. La notion d'« aménagement raisonnable » n'a pas été définie par le législateur de l'Union européenne et le caractère « raisonnable » des mesures d'adaptation du travail à la personne handicapée prête indéniablement

<sup>20</sup> Cette interprétation est, en particulier, soutenue par Denis Martin lorsqu'il écrit qu'« il dérive de l'article 2, paragraphe 2, ainsi que de la première phrase de l'article 5, que l'adoption d'aménagements raisonnables constitue une manière pour un employeur d'éviter qu'une mesure d'apparence neutre puisse être jugée discriminatoire. En ce sens, ils jouent le même rôle que les « objectifs légitimes » visés au i) du paragraphe 2, lettre b) » : D. Martin, « Approche comparative du droit de la non-discrimination (deuxième partie) », *RDT*, 2009, p. 58.

<sup>21</sup> L'aménagement raisonnable peut être envisagé comme une réponse particulière – la mise en place d'un traitement différencié –, ayant valeur d'exception, à une discrimination indirecte. Dans cette perspective, il peut être soutenu que l'article 2, paragraphe 2, point b), ii) de la directive n° 2000/78/CE vise à renforcer l'obligation de prendre des mesures appropriées pour réaliser un aménagement raisonnable dans le sens où l'auteur de la mesure litigieuse peut réfuter une présomption de discrimination indirecte en se référant à l'aménagement raisonnable. V. L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 147, 2015, § 360-361.

<sup>22</sup> Article 4 Dir. 2000/43/CE et article 4 § 1 Dir. 2000/78/CE. C. trav., art. L. 1133-1.

<sup>23</sup> V. L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 147, 2015, § 371 et s.

<sup>24</sup> C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Yvon Blais, 2001, p. 270 et s.

à controverse. Il est soumis à des acceptions variées selon les États membres, correspondant aux différents sens que le terme « raisonnable » peut véhiculer. Le législateur français a, du reste, préféré la notion de « mesures appropriées » à celle de « aménagement raisonnable »<sup>25</sup>. Pourtant, c'est à l'aune du critère du « raisonnable » que les tribunaux se prononcent sur les mesures que l'employeur doit adopter. C'est donc à la manière dont les juges interprètent le caractère raisonnable qu'il faut s'intéresser.

Au Canada, l'exigence de « raisonnabilité » se retrouve dans l'appréciation de l'attitude des différents protagonistes lors du processus d'accommodement. Le « raisonnable » est alors mobilisé comme standard d'appréciation des comportements. L'obligation d'accommodement qui pèse sur l'employeur exige de lui une réelle implication. Au Canada, un contrôle juridictionnel portant sur l'effort d'accommodement de l'employeur est exercé, mettant ainsi en relief l'importance du processus décisionnel. Le « raisonnable » permet alors d'évaluer le comportement de l'employeur, sa diligence, tant d'un point de vue procédural que substantiel. Le « raisonnable » intervient comme critère d'appréciation de l'attitude patronale pour apprécier si l'employeur a tout mis en œuvre pour s'acquitter de son obligation d'accommodement qui n'est qu'une obligation de moyens renforcée. Il peut entrer en ligne de compte pour apprécier la procédure décisionnelle menée par l'employeur. Si l'employeur est le débiteur de l'obligation juridique d'accommodement et, qu'à ce titre, il lui incombe de déployer les ressources nécessaires et d'adopter le comportement qui est attendu de lui, il n'est toutefois pas le seul acteur à participer à la recherche d'un compromis. La recherche d'un accommodement est une responsabilité partagée. À ce titre, le salarié ne peut pas demeurer passif. Les syndicats sont aussi appelés à collaborer activement : ils doivent participer à l'élaboration d'un compromis acceptable.

<sup>25</sup> C. trav., art. L. 5213-6 : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur [...] ».

L'obligation juridique de prévoir des aménagements raisonnables n'a pas été envisagée comme absolue. Au contraire, elle suppose de composer avec d'autres exigences, traçant ainsi des limites aux contours encore incertains. Au-delà des « limites internes » inhérentes au caractère raisonnable de l'aménagement lui-même, l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables rencontre une « limite externe » sous les traits de la contrainte excessive en droit canadien et de la charge disproportionnée en droit français.

Conçue par la Cour suprême du Canada<sup>26</sup>, la notion de contrainte excessive constitue une limite explicite à l'obligation d'accommodement raisonnable. Toutefois, l'appréciation judiciaire de la notion de contrainte excessive semble guidée par le souci d'effectivité du dispositif d'accommodement. L'acceptation de la notion de contrainte excessive retenue par la Cour suprême du Canada apparaît nettement plus exigeante que celle retenue par la Cour suprême des États-Unis<sup>27</sup>. Les juridictions canadiennes ont choisi de n'admettre la contrainte excessive que si la réalisation de la mesure d'adaptation demandée engendre de grandes difficultés organisationnelles ou commande des frais importants<sup>28</sup>.

Les tribunaux canadiens n'ont, jusqu'à présent, jamais forgé de définition précise de la notion de contrainte excessive. Cette abstention apparaît manifestement volontaire et guidée par la volonté de ne pas enfermer l'appréciation de l'exigence d'accommodement dans un carcan trop rigide. Le caractère excessif de la contrainte est apprécié en fonction de plusieurs facteurs pertinents. Premièrement, des arguments d'ordre économique peuvent être retenus. La contrainte est excessive lorsque l'accommodement

<sup>26</sup> La notion de contrainte excessive a été introduite par la Cour suprême dans l'affaire *Simpsons-Sears* : l'obligation d'accommodement raisonnable consiste « à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs » : Commission ontarienne des droits de la personne c. *Simpsons-Sears*, [1985], 2 RCS 555.

<sup>27</sup> V. par ex. *Trans World Airlines Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

<sup>28</sup> W. T. Oakes, *Perspectives on Disability, Discrimination, Accommodations, and Law – A comparison of the Canadian and American Experience*, *LFB Scholarly Publishing LLC*, 2005, p. 131 et 139.

entraîne une ingérence indue ou disproportionnée dans la gestion de l'entreprise ou implique une dépense démesurée. Le second type d'arguments est lié à l'atteinte aux droits qui concerne tant les droits des autres travailleurs que les droits collectifs contenus dans les conventions collectives. Les risques pour la santé et la sécurité du salarié, de ses collègues ou du public peuvent aussi être pris en compte.

Une limite à l'obligation d'aménagement raisonnable est également posée en droit français<sup>29</sup>. Le caractère excessif est déterminé par un test de proportionnalité entre les effets des mesures à prendre et les moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif poursuivi. S'interroger sur les situations dans lesquelles l'employeur pourrait parvenir à se libérer de son obligation de prendre des mesures appropriées, au sens de l'article L. 5213-6 du Code du travail revient à s'interroger sur ce qui constitue une charge disproportionnée. À ce titre, le coût financier représente sans doute un argument prépondérant. La charge disproportionnée pourrait toutefois se nicher dans la difficulté de concilier l'aménagement requis avec l'organisation du travail dans l'entreprise. Dès lors, il est intéressant de voir si les arguments développés en droit canadien peuvent être transposés en droit français.

En premier lieu, les employeurs français peuvent assurément être dégagés de leur obligation de prendre des mesures appropriées si celles-ci constituent une charge disproportionnée eu égard aux coûts qu'elles impliquent. L'exigence de proportionnalité procède de la volonté du législateur de donner habilitation au juge, en cas de contentieux, pour effectuer une pondération<sup>30</sup>. Chaque situation doit être appréciée in concreto en tenant compte de la situation de l'employeur concerné. Seules les dépenses effectivement assumées par l'entreprise sont examinées. Les subventions publiques susceptibles d'être accordées pour financer l'aménagement et les déductions fiscales applicables sont donc prises en compte dans l'évaluation de ce

<sup>29</sup> En vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 5213-6 du Code du travail, l'employeur est tenu de prendre des mesures appropriées pour permettre aux personnes handicapées d'accéder ou d'être maintenues dans l'emploi « *sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées* ».

<sup>30</sup> V. not. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, coll. « *Nouvelle Bibliothèques de Thèses* », vol. 86, 2009.

qui constitue une charge disproportionnée<sup>31</sup>.

Ensuite, le droit à l'aménagement raisonnable pourrait se heurter à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. L'obligation de procéder à des aménagements raisonnables peut entrer en conflit avec l'obligation de sécurité de l'employeur<sup>32</sup>. Le souci de préserver la santé et la sécurité dans l'entreprise n'est pas le seul argument qui pourrait être admis pour faire échec à l'obligation de prévoir des mesures appropriées, le bon fonctionnement de l'entreprise pourrait également être retenu. En France, c'est sous l'angle de la proportionnalité que doivent être évaluées les justifications avancées par l'employeur pour se libérer de son obligation de procéder à un aménagement raisonnable. Pour autant, ce raisonnement est-il de mise lorsque ce sont des considérations liées à la santé et à la sécurité des salariés qui sont en jeu ? C'est sans doute l'argument susceptible d'entraîner l'appréciation la plus délicate.

En réalité, il existe deux façons de comprendre le recours à la proportionnalité. La première se réfère à la situation économique de l'entreprise sans faire de lien avec la situation personnelle de la personne handicapée. Autrement dit, les améliorations qu'un aménagement particulier peut apporter à la personne handicapée ne sont pas pris en compte pour décider si l'aménagement doit être réalisé ou non. Dans la seconde, le caractère proportionné est lié aux avantages qui résultent de l'aménagement. C'est alors une analyse coût/bénéfice qui est effectuée. L'employeur n'est alors pas tenu de procéder à des aménagements si ceux-ci n'apportent qu'une amélioration minimale à la situation de la personne handicapée.

<sup>31</sup> Art. L. 5213-6, al. 2 C. trav. : « Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. » et art. L. 5213-10 C. trav. : « L'État peut attribuer une aide financière du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés à tout employeur soumis à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés afin de faciliter la mise ou la remise au travail en milieu ordinaire de production des personnes handicapées. Cette aide peut également être destinée à compenser les charges supplémentaires d'encadrement ».

<sup>32</sup> Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793. V. C. Radé, « L'obligation de sécurité plus forte que le pouvoir de direction », *Revue des contrats* 2008, p. 1267.

Alors qu'aux États-Unis la proportionnalité a été intégrée aux analyses permettant d'évaluer le caractère raisonnable ou non des aménagements demandés par les personnes handicapées, au Canada, la « raisonabilité » de la mesure fait l'objet d'une analyse distincte. C'est cette démarche qui doit être encouragée en France si l'on souhaite contrôler la loyauté dans la recherche de mesures appropriées. Il apparaît cependant délicat de tracer une frontière nette entre la « raisonabilité » de la mesure qui pourrait être considérée comme une limite interne et la proportionnalité de la mesure qui serait alors perçue comme une limite externe à l'obligation de mettre en œuvre des mesures d'adaptation du travail. Le « raisonnable » mériterait sans doute davantage d'être apprécié dans le cadre d'un continuum dans lequel le curseur serait déplacé.

Outre que l'aménagement raisonnable introduit de façon remarquable dans le droit de la non-discrimination une obligation de faire à la charge de l'employeur, il éclaire sous un jour nouveau la façon de penser les rapports de travail. Même si ce nouveau dispositif semble moins prolonger l'exigence de non-discrimination que la transcender<sup>33</sup>, il doit, par ailleurs, s'articuler avec d'autres outils de lutte contre les discriminations comme les actions positives.

## B - Les actions positives, vecteur de l'égalité réelle

Les actions positives constituent une autre voie de réalisation de l'égalité. À la différence des aménagements raisonnables, les actions positives ne sont pas conçues de manière personnalisée. Elles visent à résoudre les apories de la lutte contre les discriminations. En ce sens, la législation antidiscriminatoire doit être soutenue par l'adoption de mesures d'action positive complémentaires permettant de remédier à l'absence d'égalité réelle. L'idée qui fonde l'action positive consiste à créer juridiquement une inégalité en accordant à certains un traitement préférentiel, pour parvenir, dans les faits, à l'égalité. L'idée est toutefois très controversée. Si certains considèrent que l'introduction d'une inégalité de droit au bénéfice de certains est légitime

parce qu'elle contribue à un objectif juste, d'autres l'estiment injustifiée et revendiquent le rejet de son application. Les difficultés soulevées par l'action positive dépendent largement du sens qu'on lui donne et des effets qu'on en attend. Une clarification conceptuelle de la notion d'action positive est ainsi nécessaire.

Les mesures d'action positive revêtent l'aspect d'un traitement préférentiel exclusivement octroyé sur la base d'un motif de distinction correspondant à un critère prohibé par les règles de non-discrimination. Autrement dit, l'appartenance à un groupe discriminé est une condition nécessaire pour bénéficier du dispositif d'action positive. Il convient donc de distinguer les mesures préférentielles fondées sur un critère socio-économique, qui ont un objectif compensatoire ou redistributif visant à atténuer l'impact des inégalités ou à en limiter l'ampleur, des mesures relevant du champ des actions positives. Pour autant, l'action positive ne fait l'objet d'aucune définition normative. Il n'existe pas davantage de définition stabilisée et unanimement acceptée par la doctrine<sup>34</sup>. Cette absence de consensus sur la définition des actions positives est en partie liée au débat sur leur finalité ; instaurer une égalité des chances ou une égalité de résultats ?

Indubitablement, l'indétermination qui caractérise les actions positives ne facilite pas leur approbation. Toutefois les actions positives ne sont pas dépourvues de toute justification. Plusieurs justifications sont avancées par les partisans des dispositifs d'action positive pour convaincre de leur bien-fondé. Le choix de l'action positive peut également se justifier parce qu'elle correspond à l'unique instrument adéquat pour tenter d'éradiquer l'existence d'une « discrimination systémique » persistante.

L'encadrement du recours à l'action positive est défini dans divers instruments juridiques. La législation internationale relative aux droits de l'homme prête une attention soutenue à l'égalité factuelle, ainsi l'action positive est approuvée et se trouve intégrée dans la réalisation de l'égalité réelle, de façon parfois même contraignante. En revanche,

<sup>33</sup> L'obligation d'aménagement raisonnable est présentée soit comme une déduction, soit comme une extension de l'exigence de non-discrimination mais il semble qu'elle pourrait relever du registre de la compensation dans la mesure où elle prend en compte la différence liée au handicap et cherche à compenser le désavantage qui en résulte.

<sup>34</sup> Pour une présentation des divergences doctrinales, v. O. Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Economica, coll. « Corpus/Essais », 2004, p. 204-212 ; M. Sweeney, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010, p. 635-640.

en droit de l'Union européenne, les actions positives ne sont reconnues qu'en tant que mesures dérogatoires au principe d'égalité de traitement. Le recours à l'action positive fait donc l'objet d'une interprétation stricte, voire restrictive par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>35</sup>. Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour de justice que les actions positives ne peuvent pas être systématiques et imposer une préférence absolue et inconditionnelle<sup>36</sup>. Ces actions ne peuvent pas être permanentes, le système des quotas est ainsi clairement rejeté.

En ce sens, l'Union européenne se démarque de nombreux États membres qui ont adopté des actions positives sous forme de quotas à l'embauche en faveur des personnes handicapées et qui sont considérées comme un élément essentiel de la politique d'intégration des personnes handicapées dans le monde du travail.

En droit interne, une action positive en faveur des personnes handicapées peut être admise si elle n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Pour favoriser l'accès à l'emploi en milieu ordinaire, une mesure d'action positive sous forme de quota d'embauche à hauteur de 6% de l'effectif – l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés – a été instituée<sup>37</sup>. Le quota d'embauche pour les personnes handicapées mis en place semble respecter le principe de proportionnalité en se limitant, dans sa portée, à ce qui est nécessaire pour atteindre une représentation plus élevée de personnes handicapées occupant un emploi. Ainsi, la contestation de sa validité pourrait être rejetée d'autant que la flexibilité interne du dispositif relatif à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés a pour

effet d'en limiter l'impact pratique. En revanche, une caractéristique propre aux mesures d'actions positives visant les personnes handicapées soulève une interrogation. En dépit des différences de définition – et donc de conception – de l'action positive, un trait commun ressort, c'est la nécessité de leur caractère temporaire. Or, les mesures d'actions positives bénéficiant aux personnes handicapées sont permanentes. Cette absence de caractère transitoire peut-elle s'expliquer par le fait qu'on peut estimer que le handicap est à l'origine d'une situation d'infériorité objective pour ceux qui en sont porteurs, le désavantage en résultant étant permanent ? Si on considère que l'objectif de l'action positive doit être de remédier au désavantage structurel subi par les personnes handicapées, on peut alors estimer que l'action positive doit être une mesure permanente.

Les employeurs assujettis à l'obligation d'emploi peuvent s'en acquitter de différentes façons. Outre l'emploi direct de travailleurs handicapés, les employeurs disposent de quatre autres modalités<sup>38</sup>. Le législateur a renforcé la contrainte pesant sur les employeurs en alourdissant sensiblement les pénalités financières de ceux qui ne respectent pas leur obligation d'emploi<sup>39</sup>. La réalisation de l'égalité se traduit alors par une véritable exigence de résultat.

Afin d'intégrer pleinement l'emploi des personnes handicapées dans le champ de la démocratie sociale et en faire un élément à part entière du dialogue social, la loi du 11 février 2005 invite les partenaires sociaux à se saisir de cette question en instaurant une obligation périodique de négocier sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, tant au niveau de la branche que de l'entreprise. Lorsque la perspective d'un accord se dessine, deux voies peuvent être empruntées : un accord de droit commun ou un accord spécifique,

<sup>35</sup> V. CJCE 17 oct. 1995, Kalanke, aff. C-450/93, Rec. 1995, p. I-3051. V. aussi M. De Vos, *Au-delà de l'égalité formelle - L'action positive au titre des directives n° 2000/43 et n° 2000/78*, Commission européenne, 2007.

<sup>36</sup> CJCE 28 mars 2000, Badeck, aff. C-158/97, Rec. 2000, p. I-1902, point 23 : « Une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins [...] doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire – lorsqu'elle n'accorde pas de manière inconditionnelle et automatique la priorité aux candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins et – lorsque les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats ». Pour un commentaire de cette décision, v. K. Berthou, « Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck) », *Dr. soc.* 2000, p. 901.

<sup>37</sup> C. trav., art. L. 5212-1 et L. 5212-2.

<sup>38</sup> En effet, les employeurs assujettis à cette obligation d'emploi peuvent s'en acquitter, totalement ou partiellement, de différentes façons : soit en recourant aux prestations d'entreprises du secteur adapté ou protégé (C. trav., art. L. 5212-6), soit en accueillant des stagiaires handicapés (C. trav., art. L. 5212-7), soit en appliquant un accord collectif agréé prévoyant la mise en œuvre d'un programme d'action en faveur des travailleurs handicapés (C. trav., art. L. 5212-8), soit en versant une contribution financière à l'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph) dont le montant varie, selon la taille de l'entreprise et le nombre de bénéficiaires manquants (C. trav., art. L. 5212-9 à 11).

<sup>39</sup> C. trav., art. L. 5212-10.



dit « agréé ». Le Code du travail prévoit que la conclusion d'accords agréés peut permettre à l'entreprise de remplir son obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

L'obligation de négocier sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés a contribué à l'intégration de la politique en faveur des personnes handicapées dans la politique d'emploi de l'entreprise et à la contractualisation des objectifs en la matière. Toutefois, l'étude du contenu des accords apparaît fortement imprégné d'un modèle forgé par les prescriptions de l'Administration du travail afin d'obtenir l'agrément. On observe donc une homogénéisation des mesures à mettre en œuvre<sup>40</sup>.

L'obligation, mise à la charge de l'employeur, de prendre des aménagements raisonnables démontre que le droit antidiscriminatoire a intégré la question de la différence. Une telle obligation confère au droit à l'égalité la dimension fondamentale qui lui fait défaut : celle de l'effectivité. L'effectivité du droit à l'égalité est encore renforcée par l'obligation faite à l'employeur de mettre en œuvre des actions positives. Dans le contexte de l'emploi des personnes handicapées, il ne s'agit pas d'une simple faculté, il s'agit bel et bien d'une obligation, sanctionnée en cas de non-respect. Ces deux voies de réalisation possibles de l'égalité, loin de s'exclure mutuellement, se combinent et se complètent afin de rendre concrète l'insertion professionnelle des personnes handicapées.

---

<sup>40</sup> Pour une étude de ces accords collectifs, v. L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 147, 2015, § 561 et s.