



HAL
open science

Aménagements raisonnables et non-discrimination

Tatiana Gründler

► **To cite this version:**

Tatiana Gründler. Aménagements raisonnables et non-discrimination. [Rapport de recherche] Ardis. 2016. hal-01674432

HAL Id: hal-01674432

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01674432>

Submitted on 2 Jan 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.



AMENAGEMENTS RAISONNABLES ET NON-DISCRIMINATION



Sous la direction de
Tatiana GRÜNDLER, Maître de conférences, Université Paris Nanterre CTAD-CREDOF

Avec la participation de
Thomas DUMORTIER, Docteur, Post-doctorant sur le projet

Recherche financée par l'Ardis

Octobre 2016

CHERCHEURS IMPLIQUES DANS LE PROJET

Le projet dont le présent rapport rend compte a réuni un groupe de huit enseignants-chercheurs, tous issus du monde juridique. Un équilibre a été trouvé entre les différentes spécialités juridiques, le projet regroupant tant des européenistes que des internistes, tant des publicistes que des privatistes, avec en leur sein une représentation conséquente des travaillistes.

Augustin Boujeka, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Directeur adjoint du Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC, EA 2320).

Josépha Dirringer, Maître de conférences en droit privé, Université Rennes 1, IODE (UMR CNRS 6262).

Thomas Dumortier, Docteur en droit public, post-doctorant, Université Paris Nanterre, Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF (UMR 7074).

Tatiana Gründler, Maître de conférences en droit public, Université Paris Nanterre, Centre de théorie et d'analyse du droit, équipe CREDOF (UMR 7074).

Frédéric Guiomard, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, IRERP

Ismaël Omarjee, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC, EA 2320).

Marjolaine Roccati, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC, EA 2320).

Morgan Sweeney, Maître de conférences en droit privé, Université Dauphine, CR2D

OBJET DE LA RECHERCHE

La théorie des accommodements raisonnables, forgée dans le cadre juridique nord américain à propos de la prise en compte par l'employeur des obligations religieuses de ses employés¹, est largement ignorée du droit français². Elle a pourtant à voir avec la notion d'aménagement raisonnable expressément consacrée, s'agissant des personnes handicapées, en matière d'emploi dans l'article 5 de la directive n°2000/78/CE. La loi du 11 février 2005 a transposé cet article en introduisant un nouvel article L. 5213-6 dans le code du travail évoquant non pas un « aménagement raisonnable » mais des « mesures appropriées »³. Indépendamment de cette consécration de la notion, le concept attaché à l'aménagement des conditions de travail dans le but de favoriser l'accès puis le maintien dans l'emploi des personnes handicapées préside à l'élaboration d'un certain nombre de dispositions de nature juridique variable : lois, règlements, circulaires, conventions collectives, accords d'entreprise.

L'objectif du présent projet était de rendre compte de l'étendue des dispositions consacrées à l'aménagement raisonnable des conditions de travail au bénéfice des personnes handicapées et d'évaluer leur portée. L'examen des différents textes constituant le droit positif permet de dessiner les potentialités d'un tel concept tandis que l'étude de sa réception par les différents acteurs concernés donne la mesure de son efficacité. A cette fin trois volets ont pu être distingués dans cette recherche.

Le premier est consacré à un inventaire analytique de l'ensemble des dispositions qui mettent en œuvre l'exigence d'un aménagement raisonnable dans les différents ordres juridiques. Une attention particulière a ainsi été accordée au droit international général⁴ mais également spécialisé⁵, aux droits européens - tout particulièrement au

¹ Sur la théorie des accommodements raisonnables voir Cour suprême canadienne 17 décembre 1985, *O'Malley c/ Simpsons-Sears* : « une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par une telle norme ». Pour une application dans le domaine du handicap, voir le Tribunal des droits de la personne de la province de Québec du 25 juillet 2013 (n°455-53-000009-113) qui a condamné un centre de soins ayant refusé à une massothérapeute non-voyante l'utilisation de son chien guide sur son lieu de travail, en raison notamment des allergies aux poils d'un employé, des odeurs et du manque d'espace disponible, considérant que le fait d'obliger une personne handicapée à laisser son chien guide à domicile ne pouvait constituer un accommodement ou aménagement raisonnable. G. Bouchard et C. Taylor, *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements liées aux différences culturelles*, Gouvernement du Québec, 2008.

² L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, 2015.

³ « 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. »

⁴ Nations Unies, *Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006.

⁵ V. notamment les conventions adoptées dans le cadre de l'OIT. Par ex *Convention n° 159 BIT sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées*, 1983.

droit de l'Union européenne¹, vecteur d'introduction de la notion en droit interne - et, conséquemment, au droit français (lois, décrets, circulaires). Si les références explicites à la notion ont systématiquement été recherchées, il convenait d'identifier, au-delà des termes, des dispositions qui visent la même finalité de compensation et d'adaptation du poste de travail au handicap. Aussi, ont été mesurés tant la pénétration de la notion en droit interne que son contenu par la prise en compte des mesures destinées effectivement à compenser un désavantage, de façon à éviter la survenue d'une discrimination indirecte.

Une deuxième partie de cette recherche collective est quant à elle consacrée à l'appréhension de la notion d'aménagement raisonnable par les juges comme par les acteurs non juridictionnels en charge de la lutte contre les discriminations. Une comparaison des jurisprudences judiciaire, administrative et européenne a tenté de déterminer le type et l'étendue des contrôles opérés par les juges, en particulier concernant l'appréciation du caractère « raisonnable » des aménagements ou, plus exactement, de leur caractère « approprié » selon l'expression retenue par le législateur français.

En complément de l'étude de la jurisprudence, les réclamations et les signalements portés devant le Défenseur des droits en matière de refus d'aménagement ont été envisagés. Il convenait de mettre ces réclamations en perspective avec les décisions finalement rendues par l'institution en la matière² et de mettre en lumière les possibles différences d'approche entre cette dernière et les juges dans l'appréciation du caractère raisonnable de l'aménagement.

Concernant ce contrôle de la mise en œuvre par les employeurs de leur obligation d'aménagement raisonnable, une comparaison avec la jurisprudence canadienne, a permis de nourrir la réflexion sur les spécificités de l'approche nationale de la question.

Le troisième volet de cette recherche porte sur la mise en œuvre de l'obligation par son débiteur, à savoir les employeurs privés ou publics. Dans cette perspective, nous avons étudié la place accordée aux considérations relatives aux aménagements raisonnables dans les différentes négociations entre les partenaires sociaux. L'impact sur ce point de la loi Rebsamen adoptée le 17 août 2015 a été analysé³. Une fois encore notre attention portait sur l'appréhension du caractère raisonnable ou non de tels aménagements puisque de cette perception dépend l'effectivité de la lutte contre les discriminations fondées sur le handicap en matière d'emploi par le biais de mesures positives compensatrices. Dans ce cadre, la question de la charge financière induite par de tels aménagements mérite des développements spécifiques. L'étude d'un panel d'accords collectifs – de branche et d'entreprise – a permis de montrer les mesures envisagées pour limiter l'impact financier de ces aménagements ainsi que les

¹ La Charte sociale européenne révisée (article 15) et la jurisprudence afférente du Comité européen des droits sociaux seront également analysées.

² V. par exemple une décision récente du Défenseur des droits : Décision MLD-2015-080 du 17 avril 2015.

³ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

conséquences des adaptations prévues sur l'organisation de l'entreprise. On a veillé par ailleurs à distinguer les dispositifs relatifs à l'inaptitude physique liée à un état de santé ou à un accident de ceux spécifiques aux personnes handicapées. A côté du handicap physique devait par ailleurs être pris en compte le trouble mental dont peut être affecté le travailleur.

CONDUITE DE LA RECHERCHE

I. SEMINAIRES DE RECHERCHE AU COURS DE L'ANNEE 2016

Afin de nourrir la réflexion commune sur le sens et la portée de l'aménagement raisonnable en droit français, un séminaire de recherche a été mis en place pendant six mois (décembre 2015 - juin 2016). Ce séminaire organisé et animé par les chercheurs du projet était ouvert aux étudiants de niveau Master et aux doctorants de l'Ecole doctorale de l'UFR de droit de Nanterre. Les chercheurs de cette même UFR impliqués dans un autre projet Lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité sous l'égide de la FIND et du CEDIN et financé par la Mission droit et justice ont régulièrement participé à ces rendez-vous.

Programme

Séance 1. 2 décembre 2015

Les accommodements raisonnables en droit canadien et québécois, un remède à la discrimination ? par Lucie Lamarche (Professeure à l'Université du Québec - UQAM), avec Danièle Lochak (Professeure émérite) en discutante.

Séance 2. 10 décembre 2015

L'appréhension du handicap par le droit, par Augustin Boujeka, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre.

Séance 3. 17 février 2016

La mise en œuvre des aménagements raisonnables, avec Jean-Michel Sterdyniak (Médecin du travail) et Ghislaine Bec (Responsable de la mission handicap du CNRS).

Séance 4. 4 avril 2016

Les aménagements raisonnables et le Défenseur des droits, par Fabienne Jegu (DDD), avec Véronique Ghesquière (Cheffe du service handicap du Centre belge pour l'égalité des chances) en discutante.

Séance 5. 14 juin 2016

Les aménagements raisonnables dans les entreprises. Le point de vue du syndicaliste, avec Sylvain Marsaud, CGT.

Présentation

Lucie Lamarche, 2 décembre 2015, Les accommodements raisonnables.

La venue de cette chercheuse canadienne a permis de présenter l'émergence et la logique des accommodements raisonnables en Amérique du Nord.

Après avoir précisé la notion, des illustrations en ont été données, avant que les critiques ne soient évoquées.

Si l'affaire *O Malley Simpson Sears* de 1985 est souvent présentée comme la jurisprudence fondatrice des accommodements raisonnables, trois sources juridiques textuelles préexistent. La Charte canadienne des droits de la personne tout d'abord, a un effet vertical (Etat/individus) en ce qu'elle interdit les discriminations fondées sur une liste non exhaustive de motifs. Elle permet donc, après le constat d'une discrimination, la recherche de remèdes. Les codes antidiscriminatoires des provinces et territoires ensuite, ayant un effet horizontal (entre personnes privées) et vertical, interdisent les discriminations fondées sur des motifs limitativement énumérés. Les discriminations constatées sur cette base donnent lieu à des accommodements raisonnables. Enfin, des lois ordinaires posent uniquement des remèdes aux discriminations, par exemple pour respecter les convictions.

Dans ces trois cas, la norme appelle à l'accommodement raisonnable comme remède à une discrimination.

La décision de 1985 s'inscrit dans cette logique préexistante de la recherche de remèdes aux discriminations indirectes en apportant des précisions sur les contours de l'accommodement : c'est une exemption ou un aménagement de la norme, en réponse à une demande individuelle, dans une situation précise de discrimination démontrée, limitée cependant par les contraintes pesant sur les débiteurs qui ne doivent pas être excessives, le demandeur devant collaborer à la recherche d'une solution. L'auteure insiste sur le fait que l'existence d'une discrimination est à la base de la théorie. C'est elle en effet qui justifie la recherche de remèdes.

Diverses illustrations postérieures ont été données dans les différents secteurs concernés, le handicap au travail constituant le motif justifiant le plus grand nombre d'accommodements raisonnables. La palette des handicaps pris en compte est très large et versatile (ex : allergie au parfum).

La théorie est néanmoins contestée dans son application aux motifs religieux et culturels (Projet de loi de 1962, Rapport Taylor Bouchard, etc.), domaines pourtant marginaux en termes d'accommodements raisonnables.

Augustin Boujeka, 10 décembre 2015, L'appréhension juridique du handicap.

L'auteur est revenu sur les différents modèles socio juridiques du handicap dans l'histoire en détaillant quatre : les modèles exclusif, caritatif, intégratif et inclusif.

Le modèle exclusif se caractérise par l'exclusion de la société des personnes handicapées. Il s'agit du modèle dominant dans l'Antiquité, au Moyen âge ainsi qu'au 19^e siècle (loi du 30 juin 1838 sur les personnes aliénées, abrogée en 1990). On parlait alors d'infirmités pour désigner les personnes avec un handicap physique et de personnes atteintes de fureur pour celles souffrant d'un handicap mental.

Le modèle caritatif, présent dans l'Europe catholique et latine dans le Bas Moyen âge, l'ancien droit, à la Révolution française ainsi qu'au début du 20^e siècle, intègre encore largement l'appréhension contemporaine du handicap. Ce modèle se développe avec la prolifération des ordres religieux au Moyen âge et est fondé sur la charité due aux pauvres et infirmes. C'est ainsi un abbé qui est à l'origine du langage des sourds. En outre, dans le Code Noir de Colbert de 1685, un article pose l'obligation pesant sur les maîtres de porter secours aux esclaves infirmes et malades, à défaut de quoi les hospices assurent le relai et font peser la charge financière sur les maîtres.

Le modèle intégratif part du principe que les personnes handicapées sont des inadaptés sociaux, des personnes hors normes. Il s'agit donc de les réintégrer dans la norme sociale. Ce modèle est construit sur des préjugés. Plusieurs lois au 20^e siècle visent ainsi l'intégration de ces personnes notamment par le travail (obligation d'emploi en 1924 au profit des mutilés de guerre, étendue en 1955 aux infirmes civils, lois du 30 juin 1975 et du 10 juillet 1987 en faveur des travailleurs handicapés). Ce modèle intégratif est repris dans la classification des handicaps élaborée par l'Organisation mondiale de la santé datant de 1980. Une telle approche du handicap en termes de déficience a été jugée stigmatisante, ce qui explique le retard pris pour sa traduction.

Enfin, le modèle inclusif se développe à partir des années 1980. Les personnes handicapées ne sont plus vues comme inadaptées mais comme subissant une discrimination fondée sur des barrières matérielles, environnementales ou comportementales. Ce modèle est illustré par la Convention n°159 de l'Organisation internationale du travail de 1983 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées, par la Convention internationale des droits de l'enfant (art 23) ou encore par la Convention sur les personnes en situation de handicap de 2006.

Après la présentation de ces modèles, le chercheur a insisté sur la notion de handicap, apparue tardivement au 18^e siècle (issue du jeu *hand in cap*). A l'heure actuelle, le handicap est compris comme le fruit d'une interaction entre d'une part une altération, un dysfonctionnement, et d'autre part une barrière environnementale ou comportementale (préjugés). Cette appréhension du handicap est celle qui prévaut dans la loi du 11 février 2005.

La définition donnée par la Cour de justice de l'Union européenne 2006 (dans l'arrêt Chacon Navas) est jugée réductrice dans la mesure où elle ajoute une exigence de durabilité du handicap.

Ghislaine Bec et Jean-Michel Sterdyniak, 17 février 2016, Les employeurs face au handicap.

Ghislaine Bec, responsable de la mission handicap du CNRS

Les notions employées par le législateur ne sont pas claires pour les employeurs : charges déraisonnables, mesures appropriées.

Très tôt, avant même que les obligations légales soient posées, le CNRS a adopté une politique en faveur des personnes handicapées sous la pression d'une association. Il s'agissait alors d'assurer l'accompagnement de personnes devenues handicapées en cours de carrière.

Dans les années 2000, cette politique s'est étendue à l'accès à l'emploi, notamment par la voie contractuelle.

La situation de l'organisme public est toutefois particulière aux yeux de Mme Bec compte tenu du poids du dialogue social et des valeurs d'humanisme et de solidarité le caractérisant. Le travail sur le handicap est un travail sur l'environnement qui n'est pas une affaire de spécialistes mais doit être porté par tous et qui est perçu au sein du CNRS comme un levier de réussite.

Avant la loi de 2005, la vision de l'accompagnement était très souple, avec des usages et pratiques informelles. La loi est venue bousculer ces pratiques et est paradoxalement apparue comme une restriction du champ habituel. L'idée était d'aller aussi loin que possible dans l'aménagement (intégration ou maintien dans l'emploi) tout en respectant l'égalité de traitement (taille de la structure déterminant la capacité des collègues à compenser, statut de la personne : travailleur handicapé ou non..., contexte du travail et des ressources disponibles).

Les difficultés tiennent surtout au budget et à la disponibilité des collègues.

Jean-Michel Sterdyniak, médecin du travail en Seine Saint-Denis

L'approche du handicap dans l'entreprise doit être pragmatique. La notion de handicap est en effet différente selon l'emploi en cause (ainsi, la perte d'un doigt est un handicap pour le pianiste mais pas nécessairement pour un employé lambda). Le problème majeur tient au fait que pour les employeurs un aménagement est toujours déraisonnable.

L'obligation d'aménagements raisonnables est parfois confondue dans l'entreprise avec l'obligation de reclassement des employeurs. Mais cette dernière aussi, selon l'intervenant, n'est pas correctement appliquée. Les préconisations du médecin du travail ne sont souvent pas suivies de sorte que 65 000 personnes sont licenciées (ou rupture conventionnelle du contrat de travail) chaque année pour inaptitude au travail.

Les plus grandes difficultés se rencontrent au sein des moyennes entreprises. Dans les grandes, les représentants du personnel disposent de moyens de pression. Et les petites entreprises sont caractérisées par les relations familiales et le souci pour les employeurs de ne pas licencier.

Le médecin doit montrer que l'aménagement est raisonnable. Il a des pouvoirs exorbitants car s'il déclare la personne inapte elle peut être licenciée. Le problème dans de nombreux environnements n'est pas lié au handicap mais aux conditions de travail qui créent une inadaptation des travailleurs (manutentionnaire qui a des problèmes de dos). Le passage par le handicap n'est donc pas toujours pertinent. Il s'agit souvent d'un problème de conditions de travail dégradées.

L'aménagement raisonnable résulte d'un travail pluridisciplinaire prenant appui sur le Service d'appui au maintien des travailleurs handicapés, service départemental. Un financement par l'AGEFIPH est possible mais les dépenses sont aujourd'hui réduites. Les collègues s'opposent souvent à l'aménagement car leur charge est accrue, ce qui rend l'acceptation compliquée.

Un cas rencontré ayant bien fonctionné : A Darty, un employé du service après vente a eu un accident de moto. Pour pouvoir être maintenu dans l'entreprise, Darty a créé une *hot line*

après avoir consulté des ergonomes et obtenu une prise en charge partielle par le Service d'Appui pour le Maintien dans l'Emploi des Travailleurs Handicapés (SAMETH).

Fabienne Jegu, 4 avril 2016, Le Défenseur des droits et les aménagements raisonnables.

Le handicap est vu essentiellement sous le prisme des obligations positives d'emploi existant depuis 1987. Il constitue le premier motif de discrimination en matière d'emploi dans les réclamations portées devant le Défenseur des droits (DDD). L'obligation d'emploi n'a pas permis, selon la représentante du DDD, de mettre fin à la discrimination dans l'emploi. Les discriminations dont a connaissance le DDD concernent principalement des personnes en situation d'emploi (80%) et non l'accès à l'emploi (20%). Elles portent sur les promotions, l'accès à la formation, les salaires.... *L'accès à l'emploi ne suffit pas ; c'est simplement un pied dans la porte. Reste ensuite à assurer l'égalité de traitement dans l'emploi.*

L'obligation d'aménagement raisonnable est appliquée différemment par le juge administratif et par son homologue judiciaire. Devant ce dernier, les avocats semblent préférer le développement de moyens classiques et efficaces comme l'obligation de reclassement qui, si elle n'est pas respectée, conduit à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, devant le Conseil d'Etat plusieurs affaires témoignent de la prise en compte de l'exigence d'aménagements. Et le DDD intervient au soutien des personnes handicapées concernées par ces contentieux. Par exemple, en 2012, le juge a eu à se prononcer sur le cas d'une magistrate de l'ordre judiciaire atteinte de déficience auditive. Ne pouvant plus effectuer sa fonction essentielle consistant à assurer des audiences, elle a obtenu une nouvelle organisation du travail : dispensée d'audiences elle s'est vue affecter en contrepartie un nombre accru de dossiers à traiter. Un tel aménagement a eu pour effet secondaire de la priver de la prime pour charge d'audience. Le Conseil d'Etat a alors précisé que l'aménagement de poste ne pouvait avoir pour effet de désavantager l'agent du point de vue de l'octroi des primes¹.

La spécialiste du handicap au sein du DDD souligne trois points en conclusion. Le fait que la loi de transposition de la directive de 2000 ne parle pas des personnes handicapées mais des bénéficiaires de l'obligation d'emploi, ce qui est plus restrictif ; le fait que la loi de 2008 sur les discriminations ne parle d'aménagements raisonnables et le fait que la sanction des discriminations devrait être étendue au secteur de la fourniture des biens et des services.

Sylvain Marsaud, 14 juin 2016, Les aménagements dans l'entreprise. Le point de vue du syndicaliste.

L'organisation syndicale, dans laquelle existe depuis peu un collectif handicap, se montre attentive aux situations dans lesquelles l'employeur crée du handicap (cf. loi El Khomri avec suppression par le Sénat de la pénibilité au travail).

La CGT privilégie une approche globale de la question tout en reconnaissant la nécessité en ce domaine de retenir également une approche individualisée.

Dans le cadre global, la CGT conclut des conventions de partenariat avec l'AGEFIPH et organise la formation des militants pour une meilleure connaissance des mécanismes et lois existants. Mais elle considère que face à une situation de handicap, quelle qu'elle soit et

¹ CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 11 juillet 2012, 347703.

quelle qu'en soit l'origine, la compensation doit être tout à la fois collective (ex : mise en place d'un ascenseur) et individuelle. S'agissant plus précisément des aménagements raisonnables, le syndicaliste insiste sur le fait que ceux-ci doivent être profonds et durables.

En pratique, cela n'est pas simple, tout particulièrement dans les PME de moins de 50 salariés.

La CGT s'appuie sur les institutions représentatives du personnel, qui vont voir le responsable RH, DRH. Ses interlocuteurs privilégiés, hors entreprise, sont l'AGEFIPH et les SAMETH.

L'une des difficultés relevées par l'organisation est celle de l'acceptation des aménagements raisonnables par les autres salariés. Cela exige beaucoup de pédagogie. La situation idéale est celle dans laquelle l'aménagement réalisé dans l'intérêt d'un travailleur en situation de handicap a des retombées positives sur l'ensemble du personnel (Exemple d'un aménagement : l'installation d'établissements électriques réglables qui a permis de lutter contre la pénibilité dans l'entreprise et a en conséquence réduit l'absentéisme de 30%).

L'intervenant souligne pour conclure le fait qu'il y a une focalisation sur le handicap alors que la nécessité est l'amélioration générale des conditions de vie dans l'entreprise.

II. TRAVAIL DE RECHERCHE DE L'ÉQUIPE

L'équipe n'étant pas pléthorique, la réflexion a pu être menée de façon véritablement collective. Les échanges ont été constants du début à la fin de la recherche. Les réunions de travail qui ont systématiquement suivi la tenue des séminaires ont en effet permis, dans la première phase de la recherche, un échange régulier et constant entre l'ensemble des chercheurs impliqués. Approfondissant les connaissances issues des différents champs du droit sur la question peu connue des aménagements raisonnables - grâce aux experts et acteurs invités -, les enseignants-chercheurs ont su, au fil des rencontres scientifiques, préciser les questions qu'il convenait d'explorer sur le plan juridique avec en perspective l'organisation de la journée d'étude du 1^{er} juillet 2016, point d'orgue de la deuxième étape de la recherche.

Des rencontres plus informelles, entre européenistes (I. Omarjee et M. Roccati), entre travaillistes (J. Dirringer, M. Sweeney et F. Guiomard) ou entre publicistes (T. Dumortier et T. Gründler), ont naturellement complété cette organisation et ont permis des échanges plus spécialisés sur les recherches individuelles menées sous la responsabilité de chacun des chercheurs.

Ce sont ces travaux, nourris par les discussions ayant eu lieu avec le public averti (acteurs des aménagements, spécialistes du handicap, chercheurs issus d'autres champs des sciences sociales) de la journée d'étude que retracent les différentes contributions figurant dans le présent rapport.

III. JOURNEE D'ETUDE

Les aménagements raisonnables comme réponse aux discriminations : une révolution juridique pour quels effets ?

Vendredi 1^{er} juillet - 9h-17h, Nanterre, Bâtiment B, Salle des conférences.

Cette journée d'étude avait pour ambition de susciter une réflexion sur l'état de la migration du concept d'accommodement raisonnable. La notion, même acclimatée - ce dont rendent compte les spécificités terminologiques -, soulève un certain nombre de questionnements, tant dans la mise en œuvre au sein des entreprises ou de la fonction publique que sur un plan plus théorique.

La dualité des enjeux a justifié la présence d'intervenants praticiens aux côtés de chercheurs impliqués dans le projet, ainsi que de spécialistes venus d'autres sciences sociales (la sociologie notamment) afin de compléter l'angle juridique choisi.

La journée d'étude a permis de montrer les voies empruntées pour la circulation des concepts (droit international, droit de l'Union européenne) mais aussi de rendre compte de certaines altérations et transformations du concept allant avec le voyage. Différents cas concrets rendent compte de l'accueil fait au concept.

Cet accueil est rendu complexe par les enjeux auxquels il renvoie. La notion invite à questionner le mode d'organisation « normal » (entreprise, communauté politique). Il apparaît que ce n'est pas la dimension « raisonnable » qui pose le plus grand défi. Les juristes ont l'habitude de travailler sur et avec des standards. S'il n'est pas simple de mesurer la proportionnalité, il est en revanche courant d'y prétendre. Le plus subversif, c'est l'accommodement et l'obligation qui en découle. Il suppose une prise de conscience des effets possiblement négatifs de comportements routiniers, traditionnels, fussent-ils démocratiques, imposant une tentative de correction.



LES AMENAGEMENTS RAISONNABLES COMME REPONSE AUX DISCRIMINATIONS

UNE REVOLUTION JURIDIQUE, POUR QUELS EFFETS ?

Vendredi 1^{er} juillet - 9h-17h
Université Paris Ouest Nanterre
Salle des conférences bât. B

9h-9h30 Allocutions d'ouverture

Bernard Quinio (UPOND)

Dominique Meurs (ARDIS)

Stéphanie Hennette-Vauchez (CREDOF)

9h30-10h : Propos introductifs - A l'origine, les accommodements raisonnables canadiens (Augustin Boujeka)

Matinée – LA GREFFE DES AMENAGEMENTS RAISONNABLES EN DROIT FRANÇAIS

Présidence – Danièle Lochak

10h-11h : Atelier 1 - Un bouleversement conceptuel

- La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations (Frédéric Guimard)
- Les aménagements raisonnables, entre logique d'égalité et logique de santé (Josépha Diringier)



11h15-12h15 : Atelier 2 - Un enchevêtrement normatif

- Panorama des règles juridiques sur les aménagements raisonnables : de la Convention internationale à la loi (Marjolaine Roccati et Ismaël Omarjee)
- Les accords collectifs de travail en faveur des personnes handicapées (Morgan Sweeney)

Après-midi - LES FRUITS DES AMENAGEMENTS RAISONNABLES

Présidence – Cyril Wolmark

13h30-15h : Atelier 1

La réalité dans l'entreprise



- Les aides – l'AGEFIPH (François Martinez)
- Quand, pour qui et comment produit-on des « aménagements raisonnables » ? (Emmanuelle Fillion et Delphine Thivet)
 - Des aménagements clefs en main ? (Najib Lamjaj)

15h15-16h30 : Atelier 2

Le contrôle du respect de l'obligation

- Le juge judiciaire et les aménagements raisonnables au profit des salariés (Laurène Joly)
- Le juge administratif et les aménagements raisonnables au profit des agents publics (Thomas Dumortier)
- Le Défenseur des droits (Fabienne Jegu)

16h30-17h : En guise de synthèse Un rejet ? La possible exportation des aménagements ? (Tatiana Gründler)

Introduction

A l'origine, les accommodements raisonnables canadiens, par Augustin Boujeka

La greffe des aménagements raisonnables en droit français

Un bouleversement conceptuel

La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations, par Frédéric Guiomard

Les aménagements raisonnables, entre logique d'égalité et logique de santé, par Josépha Dirringer

Un enchevêtrement normatif

Panorama des règles juridiques sur les aménagements raisonnables : de la Convention internationale à la loi, par Marjolaine Roccati et Ismaël Omarjee

Les accords collectifs de travail en faveur des personnes handicapées, par Morgan Sweeney

Les fruits des aménagements raisonnables

Le contrôle du respect de l'obligation

Les aménagements raisonnables devant le juge administratif, par Thomas Dumortier

L'existence d'obligations en dehors du handicap ?

Des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public ? Le cas des repas confessionnels, par Tatiana Gründler

A l'origine, les accommodements raisonnables canadiens¹

Augustin Boujeka

Le colloque qui s'est tenu en juillet 2016 à l'Université Paris Ouest Nanterre, étape importante d'un projet de recherche initié et soutenu par l'ARDIS, a pour titre : Les aménagements raisonnables, une réponse aux discriminations pour quel effet ? Mon propos se situe quant à lui aux origines de cette notion d'aménagement raisonnable. Il porte plus précisément sur l'origine des accommodements raisonnables en droit canadien². On remarque d'emblée que l'aménagement raisonnable et l'accommodement raisonnable ont en partage l'adjectif. Les substantifs sont-ils synonymes ? Le colloque tout entier vise à répondre à cette question. Pour l'heure, je répondrai par la négative. Ces deux notions ont un air de famille mais ne se confondent pas. Les auteurs s'accordent sur ce point, à commencer par le Professeur Lucie Lamarche de l'Université du Québec à Montréal qui, dans le cadre du présent projet de recherche a donné une conférence dans cette maison le 2 décembre dernier sur les accommodements raisonnables en droit canadien. Ces propos prolongent les siens.

D'un point de vue historique, la théorie des accommodements raisonnables apparaît aux Etats-Unis au cours des années 1960 dans une jurisprudence relative au droit du travail³. Le droit canadien ne l'a donc pas inventée, mais l'a empruntée au droit des Etats Unis. Toutefois, c'est le droit canadien qui a donné à cette théorie l'ampleur et la résonance qui sont les siennes aujourd'hui. L'obligation d'accommodement raisonnable s'affirme dans un contexte sociologique particulier propre au Canada. Ce pays est une terre d'immigration continue depuis le XVI^{ème} siècle. La majorité de la population canadienne est en effet anglophone et s'inscrit volontiers dans le multiculturalisme, pendant que la minorité francophone vit essentiellement au Québec et revendique quant à elle l'interculturalisme⁴. L'obligation d'accommodement raisonnable émerge encore dans le contexte juridique des relations de travail confrontées aux discriminations. Cette obligation s'étend par la suite aux autres critères et contextes de discrimination comme la religion et les convictions, le sexe, le handicap et en dehors des relations de travail. L'accommodement raisonnable apparaît en outre dans un cadre

¹ La forme orale de ces propos issus du colloque du 1^{er} juillet 2016 a été volontairement conservée.

² Sur cette question, voir notamment : Chr. Brunelle : « L'accommodement raisonnable dans les entreprises syndiquées du Québec : une valse à 1000 temps ? », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2009, 261 ; S. Fantoni-Quinton et A.-M. Laflamme : « L'obligation de « reclassement » à la lumière de la notion d'« accommodement raisonnable » du droit canadien », *Droit social* 2009, p. 215, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2009, 261 ; A.-M. Laflamme : « Le maintien en emploi du salarié handicapé : effets et limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en droit Québécois », *Jurisprudence sociale Lamy* 2009, 261 ; D. Roux et P. Verge : « Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2009, 261 ; P. Verge et D. Roux : « Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Droit social* 2010, p. 965 ; M. Suhas : « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne Cour suprême du Canada, Multani c/ Commission scolaire Marguerite Bourgeoys, (2006) 2 R.C.S. 256 ; Cour suprême du Canada Alberta c/ Hutterian Brethren of Wilson Colony (2009) 2 R.C.S. 567 », *Constitution* 2011, p. 205 ; M. Ulla : « La Charte des valeurs québécoises : le difficile équilibre entre l'aménagement de la diversité des croyances et l'organisation de l'Etat autour du principe de laïcité », *Constitution* 2014, p. 281.

³ E. Zoller : « Cour suprême des Etats-Unis : session d'octobre 2013 », *RDP* 2015, 1014, IV.

⁴ L. Lamarche : « Les aménagements raisonnables en droit canadien », conférence du 2 décembre 2015, Université Paris Nanterre.

institutionnel particulier au Canada. Le Canada est en effet un Etat fédéral comportant dix provinces et trois territoires. L'originalité réside ici dans ce que l'Etat fédéral énonce une Charte des droits fondamentaux et chaque province ou territoire la sienne propre, ce qui donne 14 instruments de droit fondamentaux¹.

Au Canada, la liste des motifs de discrimination égrenée dans les textes constitutionnels est limitative et non indicative. A s'en tenir au droit fédéral et au droit québécois, le handicap figure au nombre de ces motifs. Si l'on se réfère au contentieux² le handicap constitue le premier motif de mise en œuvre des accommodements raisonnables.

Toujours dans l'ordre juridique canadien, l'obligation d'accommodement raisonnable ne procède pas de la loi, mais de la jurisprudence. La tête de cette jurisprudence réside dans un arrêt O'Malley de la Cour suprême du Canada rendu en 1985. Cet arrêt impose à un employeur une obligation d'accommodement raisonnable vis-à-vis de sa salariée eu égard aux convictions religieuses de cette salariée. Une salariée membre de l'église adventiste du septième jour a ainsi pu obtenir le droit de ne pas travailler le samedi afin de respecter les préceptes de sa religion. Le port du poignard traditionnel sikh a suscité une controverse autrement plus acharnée sur ce terrain des accommodements raisonnables quelque vingt ans après l'arrêt O'Malley³. En condensant la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada, on retiendra cette définition générique de l'accommodement raisonnable empruntée à Anne-Marie Laflamme : « Suivant cette obligation, telle que définie par les tribunaux canadiens et québécois, l'employeur doit adapter ses règles d'emploi afin de tenir compte des employés incapables de respecter les conditions de travail, voire d'accomplir leur prestation de travail, pour des motifs protégés par les lois sur les droits de la personne »⁴. Ainsi définie, l'obligation d'accommodement raisonnable est un « corollaire du droit à l'égalité »⁵ et s'affirme résolument comme un instrument de lutte contre les discriminations. Pour bien le comprendre, il convient de procéder en deux étapes avec, en premier lieu, la notion d'accommodement raisonnable en droit canadien (I) et, en second lieu, la mise en oeuvre de l'accommodement raisonnable en droit canadien (II).

I. La notion d'accommodement raisonnable en droit canadien

Telle que conçue et développée par la Cour Suprême du Canada, l'obligation d'accommodement raisonnable innervé tous les aspects de la vie sociale confrontés aux critères de discrimination interdits par les textes constitutionnels : vie citoyenne, vie scolaire, fourniture de biens et services... Par sa généralité même, cette obligation est un instrument du droit à l'égalité nécessairement empreinte d'universalité. On envisagera, d'une part cette

¹ Voir notamment : J.-F. Gaudreault-Desbiens et M.-H. Baudoin : « Changer la société par le droit ? Les vingt-cinq ans du droit constitutionnel et l'égalité entre les sexes au Canada », *RDJ* 2010, p. 1751.

² Instrument de mesure à prendre avec des pincettes en ce qu'il ne révèle que la face pathologique du droit.

³ Cour suprême du Canada, *Multani c/ Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, (2006) 2 *R.C.S.* 256.

⁴ A.-M. Laflamme, *loc. cit.*, *Jurisprudence sociale Lamy* 2009, 261

⁵ *ibid.*

universalité de l'accommodement raisonnable (A) et, d'autre part, son déploiement dans le handicap (B).

A. L'universalité de l'accommodement raisonnable en droit canadien

Il a été dit plus avant que l'accommodement raisonnable est un corollaire de l'égalité. Cette notion d'égalité constitue le socle des accommodements raisonnables. Il importe ici de rappeler que l'égalité formelle, dans une approche devenue désormais classique, consiste à traiter de façon identique des personnes placées dans des situations identiques. Il importe davantage encore de rappeler que l'égalité concrète (ou réelle) vise à traiter différemment deux personnes placées dans des situations différentes car les traiter à l'identique créerait un désavantage au détriment de l'une d'elle en raison des caractéristiques personnelles qui lui sont propres. L'obligation d'accommodement raisonnable poursuit résolument un objectif d'égalité concrète. Cette obligation émerge à l'occasion de la mise en œuvre de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne de 1975. Les relations de travail furent sa terre élective. Dans ce contexte, le droit québécois proscrit l'interdiction de la discrimination en fonction de divers critères tels le handicap, la religion, le sexe, l'âge... Cette interdiction légale s'impose aux employeurs et aux salariés qui ne peuvent y déroger par convention collective.

Plus concrètement et dans son essence, l'obligation d'accommodement raisonnable s'affirme comme un instrument de lutte contre la discrimination indirecte. En effet, la norme ou la pratique à l'origine de la discrimination apparaît en l'espèce neutre au regard de l'ensemble des salariés de l'entreprise concernée. Cette norme ne devient discriminatoire qu'à l'occasion de son application à un salarié précis et selon un critère précis tel la religion, tel un handicap. La démarche est alors la suivante. Quand un employeur veut appliquer une norme formellement valide ou une pratique légale à un salarié et que cette norme ou pratique cause un préjudice au salarié en raison d'une caractéristique protégée par la charte, le salarié a droit à un accommodement raisonnable. Pour échapper à cette obligation, l'employeur doit prouver qu'il lui est impossible de faire droit à l'accommodement sans subir de contrainte excessive. En l'absence d'une telle preuve, l'employeur sera tenu responsable d'une discrimination. L'obligation d'accommodement raisonnable ne vise pas alors à mettre en cause la norme ou la pratique concernée mais à en corriger l'effet discriminatoire par l'adoption d'une mesure appropriée au profit du salarié concerné. Comme le rappelle Lucie Lamarche, ce n'est pas la norme qui est le problème, c'est son application : la norme dans son existence poserait ici une question de constitutionnalité tandis que l'application de la norme, seule en cause dans l'accommodement raisonnable, interroge en l'espèce sur la discrimination qu'elle engendre potentiellement¹. La sanction de l'absence d'une mesure d'accommodement raisonnable ne consiste d'ailleurs pas dans l'annulation de la norme ou de la pratique, mais dans la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur de l'obligation. Notons en outre que la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte n'est absolument pas opératoire dans la mise en œuvre de

¹ L. Lamarche : conférence préc., 2 décembre 2015, Université Paris Nanterre

l'accommodement raisonnable comme l'affirme la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Meiorin de 1999 que nous croiserons plus loin¹.

B. Le déploiement de l'accommodement raisonnable en matière de handicap en droit canadien

L'obligation d'accommodement raisonnable se développe en droit canadien principalement sur le terrain du handicap. Ce développement se révèle d'autant plus dynamique que la Cour suprême du Canada et les cours d'appel des différentes provinces délivrent des définitions très extensives du handicap. Ces définitions prennent appui sur l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés qui contient un droit à l'égalité emportant prohibition de toute discrimination fondée, parmi divers critères, sur « les déficiences mentales et physiques »². L'article 10 de la charte québécoise des droits de la personne procède sensiblement de la même manière.

Assurément, un accommodement raisonnable apparaît exclu en présence de ce que le droit québécois entend par « l'incapacité du salarié à offrir une prestation de travail dans un avenir raisonnablement prévisible »³. En droit français, une semblable situation s'analyserait en l'incapacité au travail médicalement constatée.

En tout état de cause, les accommodements raisonnables sont divers dans leur nature : aménagements d'horaires de travail, assouplissement des tâches du salarié, déplacement de personnel dès lors que les contraintes inhérentes ne sont pas excessives. Ces accommodements constituent très clairement des charges imposées à certaines personnes au profit d'autres personnes. Les premières sont les auteurs de faits discriminatoires, les secondes les victimes de tels faits. On doit pouvoir raisonner ici en termes de créances et de dettes. En effet, si l'accommodement raisonnable est une obligation, il doit avoir un créancier et un débiteur. Le créancier s'identifie aisément dans la victime de la discrimination. Le débiteur se révèle en fonction du contexte de discrimination : un établissement scolaire, une collectivité publique, un prestataire de service ou un employeur selon le cas. En matière de handicap, l'employeur est souvent ce débiteur. En droit québécois, il n'existe qu'un seul débiteur de l'obligation d'accommodement raisonnable, l'entreprise. Quand on considère cette fois non pas le débiteur de l'obligation, mais le responsable du défaut d'aménagement raisonnable, les choses s'avèrent plus complexes. Assurément, l'entreprise est responsable du défaut d'accommodement raisonnable. Toutefois, le syndicat représentant les salariés dans cette entreprise peut être coresponsable⁴. Cette coresponsabilité du syndicat n'intervient cependant que dans deux situations, d'un côté, quand le syndicat a négocié l'accord collectif contenant l'aménagement et, de l'autre côté, quand le syndicat entrave les efforts de l'entreprise dans la

¹ Cour suprême du Canada : Colombie-Britannique Public Service Employee Relations Commission c/ BCGSEU (1999) 3 R.C.S 3

² Expression vieillotte pour désigner le handicap

³ Cour suprême du Canada, Centre universitaire de santé McGill (hôpital général de Montréal) C.S. Syndicat des employés de l'hôpital général de Montréal, (2007) 1 R.C.S. 161

⁴ Chr. Brunelle : *loc. cit.*, *Jurisprudence sociale Lamy* 2009, 261

mise en place d'un accommodement raisonnable avec le salarié. Dans l'hypothèse où c'est l'accord collectif qui se trouve à l'origine de la responsabilité du syndicat, celui-ci peut s'exonérer en prouvant son opposition à une clause discriminatoire contenue dans la convention collective faisant obstacle à l'accommodement raisonnable.

Aux termes de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, l'obligation d'accommodement raisonnable n'apparaît ni absolue, ni illimitée et, en tout état de cause, ne saurait dénaturer l'essence du contrat de travail consistant dans la fourniture d'un travail contre rémunération ; cette obligation vise à permettre à l'employé capable de travailler de le faire. A partir de là, on peut esquisser une distinction entre accommodement raisonnable et aménagement raisonnable. Lucie Lamarche propose de procéder ainsi : L'accommodement consisterait dans la recherche d'un arrangement exigé par une application d'une loi indirectement discriminatoire. L'aménagement serait la recherche de la solution adéquate et s'inscrirait autant dans la prévision que dans l'effectivité légale¹.

II. La mise en œuvre de l'accommodement raisonnable en droit canadien

La structure institutionnelle du Canada commanderait d'étudier la mise en œuvre de l'accommodement raisonnable dans le droit fédéral, dans le droit local et dans l'articulation entre droit fédéral et droit local. Afin de ne pas complexifier le propos à l'excès et dans la mesure où seul deux des trois hypothèses envisagées s'avèrent véritablement très prégnantes ici, on considérera successivement, d'une part, la mise en œuvre dans l'articulation du droit fédéral avec le droit québécois (A), d'autre part, la mise en œuvre en droit québécois (B).

A. La mise en œuvre dans l'articulation de l'ordre juridique fédéral et de l'ordre juridique québécois

Ainsi qu'il a déjà été précisé, la source principale des accommodements raisonnables en droit canadien est la Charte canadienne des droits de la personne de 1982. Ce texte d'essence constitutionnelle prohibe en effet les discriminations, notamment celle fondée sur la déficience, (art. 3 et 7). Les dispositions pertinentes s'appliquent en l'espèce aux relations de travail tant dans l'administration fédérale que dans les entreprises relevant du droit fédéral en matière de travail. Quant à la Charte québécoise des droits de la personne de 1975, elle a valeur de loi ordinaire et se trouve en position hiérarchiquement inférieure à la Charte canadienne. Toutefois, la Cour suprême du Canada a reconnu une valeur quasi constitutionnelle à la Charte québécoise, ce qui en fait une norme pas tout à fait constitutionnelle mais de valeur tout de même supérieure à celle d'une simple loi. Au demeurant, les droits fondamentaux contenus dans les articles 1er à 38 de la Charte québécoise des droits de la personne prévalent

¹ L. Lamarche : conférence préc., 2 décembre 2015, Université Paris Nanterre

en principe sur les autres lois du Québec (article 52 de la Charte québécoise) et se présentent donc comme l'un des éléments de l'ordre constitutionnel de la Belle Province.

Comment s'articulent concrètement la Charte canadienne et la Charte québécoise eu égard aux accommodements raisonnables ? Le point nodal réside ici dans l'article 1er de la Charte canadienne qui autorise des dérogations légales aux droits et libertés qu'elle édicte mais par « une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». En pratique, quand une loi ordinaire vient déroger à l'article 15 de la Charte canadienne, la question se pose de savoir si cette dérogation est conforme à la constitution. Ce point de droit alimente un contentieux abondant en matière d'accommodement raisonnable. La solution tient alors dans le test dit de *Oakes* fixé par la Cour suprême du Canada en 1986¹.

Ce test de *Oakes* consiste dans une méthode spécifique d'appréciation des dérogations apportées par les droits locaux à la prohibition des discriminations posées par la constitution fédérale du Canada. L'article 1er de la Charte des droits et libertés du Canada autorise en effet des dérogations légales aux droits et libertés qu'elle édicte mais par « une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». En substance, trois critères opèrent dans le test de *Oakes* : 1° le contenu de la limitation dans une règle de droit (critère de légalité) ; 2° la poursuite par cette règle d'un objectif suffisamment important (critère de l'objectif) ; 3° une mesure proportionnée (critère de proportionnalité).

Il existe comme un air de famille entre cette méthode d'appréciation et la mesure de l'obligation d'accommodement raisonnable tant dans son existence que dans sa mise en œuvre. Toutefois, le test de *Oakes* ne concerne que l'appréciation de la limitation du droit ou d'une liberté issue de la Constitution fédérale par une règle locale. L'accommodement raisonnable poursuit en revanche le rétablissement de l'égalité rompue par une norme indirectement discriminatoire. Pour autant, un même litige peut exiger le déploiement du test de *Oakes* pour l'appréciation de la limitation à un droit fondamental issu de la constitution fédérale et le test de Meiorin pour apprécier l'obligation d'aménagement raisonnable. Il semble qu'en matière religieuse, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et celle de la Cour d'appel du Québec divergent assez nettement sur la question des accommodements raisonnables. On explique cette divergence par les différences de conception de la religion par les deux juridictions².

B. La mise en œuvre dans l'ordre juridique québécois

Le droit québécois est retenu en l'espèce à titre simplement illustratif et davantage encore pour sa proximité (relative) avec le droit français. Bien que la Charte québécoise des droits de la personne ne fasse pas techniquement partie des textes constitutionnels canadiens, la Cour

¹ Cour suprême du Canada, *Oakes* (1986) 1. R.C.S. 103

² M. Ulla, art. préc. *Constitution* 2014, p. 281 s.

suprême du Canada la considère, important rappel, comme ses équivalentes issues d'autres provinces, comme un texte quasi constitutionnel. Comment cet ordre juridique applique-t-il concrètement l'obligation d'accommodement raisonnable ? La mise en œuvre de l'obligation d'accommodement raisonnable prend appui sur un mécanisme dit "*Test Meiorin*" dégagé dans un arrêt éponyme de la Cour Suprême du Canada de 1999¹. Le contexte de l'affaire tient dans une allégation de discrimination en raison du sexe à l'encontre d'une femme candidate à un emploi de pompier forestier n'ayant pas satisfait à des tests aérobiques. Le test Meiorin s'affranchit *ab initio* de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte qui n'apparaît pas opératoire dans le déploiement de l'obligation d'accommodement raisonnable. Ce test opère ensuite renversement de la charge de la preuve au détriment de l'employeur qui, pour échapper à l'obligation d'accommodement raisonnable, doit produire une démonstration visant à établir que la norme discriminatoire à première vue est une exigence professionnelle justifiée.

Les principales étapes du test Meiorin sont alors les suivantes :

Primo : l'adoption de la norme dans un but rationnellement liée à l'exécution du travail en cause ;

Secundo : la conviction sincère de l'employeur que l'adoption de la norme était nécessaire à un but lié au travail ;

Tertio : le caractère raisonnablement nécessaire de la norme pour la réalisation du but lié au travail (ce qui implique que l'employeur démontre qu'il est impossible de composer avec des employés ayant les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive).

La notion de contrainte excessive revêt une importance singulière dans la mise en œuvre d'obligation d'accommodement raisonnable, raison pour laquelle il convient en l'espèce de la mettre en relief. En droit québécois, la notion de contrainte excessive faisant obstacle à la notion d'aménagement raisonnable est une question de fait. L'appréciation du caractère excessif de cette contrainte ne s'effectue cependant pas au doigt mouillé. Trois critères permettent d'apprécier la contrainte excessive pesant sur l'employeur soumis à l'obligation d'aménagement raisonnable : d'abord, les limites des ressources financières et matérielles du débiteur, ensuite, l'atteinte au droit d'autrui (par exemple les autres salariés), enfin, le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution. On soutient que les tribunaux des Etats-Unis se montrent bien plus favorables aux entreprises que les tribunaux canadiens en retenant que même des coûts minimaux d'accommodement raisonnable constituent une contrainte excessive pour l'employeur².

Pour conclure, on relèvera que l'obligation d'accommodement raisonnable semble aussi étrangère à l'ordre juridique français que le beefsteak à l'alimentation d'un ruminant. Le légicentrisme qui caractérise notre droit n'autorise pas en effet le législateur à tenir une norme

¹ Colombie-Britannique Public Service Employee Relations Commissions c/ BCGSEU (1999) 3, R.C.S. 3

² D. Roux et P. Verge : « Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Jurisprudence sociale Lamy* 2009, 261

juridiquement valide pour discriminatoire, ce qui est de l'essence de l'accommodement raisonnable canadien. Cependant, doit-on en être si sûr ? La volonté récente de notre Cour de cassation de désactiver, à propos d'un litige déterminé, une loi effective par le biais du contrôle de proportionnalité, remet peu ou prou en cause le légicentrisme traditionnel. Ce contrôle de proportionnalité n'a rien à voir avec le *test Meiorin* de l'accommodement raisonnable mais ouvre des horizons qui pourraient alimenter positivement ou négativement selon qu'on est salarié ou employeur, la mise en œuvre de l'accommodement raisonnable. Plus substantiellement et sans crier gare, le droit français s'approprie les accommodements raisonnables et en dehors du handicap. On peut le découvrir dans le droit applicable aux inhumations dans les cimetières comportant un espace confessionnel. Supposons qu'une personne souhaite se faire inhumer dans un espace confessionnel à côté d'un proche dont elle ne partage pas la confession, ou que la famille souhaite une telle inhumation conforme au souhait du défunt. Le maire doit pouvoir faire droit à pareille demande sans dénaturer cet espace, dit une circulaire de la Ministre de l'Intérieur du 19 février 2008 relative à la police des lieux de sépulture (INTA 0800038 C). Cette circulaire ajoute : « Il convient de souligner toutefois qu'un accommodement raisonnable en la matière suppose de ne pas apposer sur la sépulture du défunt un signe ou emblème religieux qui dénaturerait l'espace ou pourrait heurter certaines familles » (art. 3.2).

De même, le droit du travail français semble recevoir la théorie des accommodements raisonnables dans les relations de travail, soit par une initiative unilatérale de l'employeur, soit dans une démarche de négociation¹.

¹ J.-M. Chonnier : « Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise », *JCP S* 2016, 1083. Il convient de préciser que, depuis le jour de la communication, la loi du 8 août 2016 a admis que « le règlement intérieur [puisse] contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché » (C. trav. Art. L. 1321-2-1).

La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations dans le champ de l'emploi

Frédéric Guiomard

Que signifie l'expression « aménagement raisonnable » choisie afin d'organiser la protection des personnes handicapées contre les discriminations ? Marque-t-elle une approche spécifique des discriminations dans ce champ ? Désigne-t-elle un régime spécifique, une intensité de contrôle particulière ? L'examen de la question, à la lumière du droit français montre tout le paradoxe que peut renfermer le choix de cette terminologie, qui exprime la volonté d'une protection rafferme en faveur des personnes handicapées, sans que les normes adoptées sur ce fondement parviennent en offrir une pleine traduction.

En apparence, cette expression pourrait paraître simple dans sa formulation. La directive 2000/78 indique qu'« *afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus*¹ ». L'emploi de cette voie passive (sont prévus) paraît indiquer que le droit doit imposer aux différents acteurs, et en particulier aux employeurs, la mise en place d'aménagements raisonnables, ce qui signifie, selon ce même texte, que l'employeur doit prendre « *les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée* ». La version anglaise de la Directive emploie l'expression « *Reasonable accommodation* », expression qui s'inspire expressément de certains droits européens et des textes internationaux². En France, le choix a été fait, lors de la transposition de la directive, de ne pas reprendre l'expression « *aménagements raisonnables* » mais de préférer l'expression présentée comme équivalente par la directive de « *mesures appropriées* ».

Le choix de cette terminologie a été justifié, par la Commission européenne, par le passage d'une « *approche d'aide sociale à une démarche fondée sur les droits de l'homme* ». En conséquence, le droit s'attacherait avant tout à « *la prévention et l'élimination des obstacles qui s'opposent à l'égalité d'accès des personnes handicapées au marché du travail notamment* », et donc à « *éliminer les discriminations, principalement par une adaptation raisonnable aux besoins et aux aptitudes des personnes handicapées*³ ».

La place essentielle faite aux aménagements raisonnables montrerait ainsi la promotion d'une approche spécifique des discriminations, marquée par l'imposition d'une obligation de faire aux employeurs, afin de favoriser l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées,

¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Article 5.

² Explanatory Memorandum to COM(1999)565 - *General framework for equal treatment in employment and occupation*, COM(1999)565, 25-11-1999 : la Commission Européenne se réfère au droit du Royaume-Uni, au droit irlandais et néerlandais, ainsi qu'aux Règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées adoptées par l'ONU (Résolution du 20 décembre 1993 de l'Assemblée Générale des Nations Unies).

³ Exposé des motifs, Proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM/99/0565 final, Journal officiel n° C 177 E du 27/06/2000 p. 42-46.

en leur permettant un meilleur accès à l'emploi, au moyen de mesures d'aménagement spécifiques. La teneur de cette obligation n'est que peu explicitée par les différents textes qui en déclinent l'application.

Derrière cette formulation, simple en apparence, se cache pourtant une question d'une grande complexité : celle du rapport qu'entretiennent ces règles relatives au traitement des discriminations en raison du handicap avec les autres normes prohibant les discriminations. Sont-elles un complément de ces dernières, une déclinaison spécifique dans le champ du handicap ? Ou au contraire proposent-elles une conception différente de la lutte contre les discriminations, parfois concurrente voire antagonique ? Ces différentes questions ne sauraient recevoir une réponse univoque. Pour se convaincre de l'ambivalence de la rédaction des textes, il suffit de s'enquérir de l'emplacement réservé aux dispositifs relatifs aux aménagements raisonnables en matière de handicap. Dans le droit français, ils ne figurent pas dans le corpus des règles anti-discriminatoires du Code du travail (C. trav. Art. L. 1132-1 et suivants), mais dans un titre consacré à l'emploi des travailleurs handicapés¹. De même, la reconnaissance du droit à des aménagements raisonnables dans la directive 2000/78 s'inscrit dans un texte général consacré à l'égalité de traitement et à la non-discrimination, mais il est énoncé dans un article séparé² et fait l'objet d'un considérant spécifique (n°20), sans que l'articulation de ces règles avec le reste du texte ne soit précisée. La simple architecture des textes montre ainsi que la place reconnue aux aménagements raisonnables et le sens conféré à cette notion est difficile à déterminer, et se prête à des conflits d'interprétation.

La métaphore de la greffe peut aisément venir à l'esprit s'agissant de l'importation de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit de l'Union Européenne et du droit français³. La métaphore est intéressante en ce qu'elle permet de réfléchir à la manière dont un concept nouveau et *a priori* étranger au système juridique peut s'insérer dans celui-ci et se déployer dans cet ensemble normatif plus vaste. A cet effet, il convient de réfléchir à ce qui fait l'originalité de la notion nouvelle introduite (I) avant de s'interroger sur les modifications qu'elle permet d'introduire dans l'ordre juridique et la spécificité du régime de protection des droits qu'elle impose (II).

I. L'originalité de l'exigence d'aménagement raisonnable

En quoi l'exigence d'aménagement raisonnable se distingue-t-elle des autres règles relatives aux discriminations et à l'égalité de traitement ?

La distinction peut, de façon négative, s'opérer par la mise en valeur des aspects qui différencient ces normes (A), et de façon positive, être révélée par la caractérisation de ses aspects propres (B).

¹ Titre I (Travailleurs handicapés) du Livre 2 (Dispositions applicables à certaines catégories de travailleurs, le second titre étant consacré aux travailleurs étrangers de la cinquième partie du Code du travail (L'emploi).

² Article 5 de la directive 2000/78 (Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées).

³ V. *infra* T. Gründler.

A. Une acception distincte des autres normes anti-discriminatoires

L'exigence d'un aménagement raisonnable de l'emploi des personnes handicapées révèle une approche distincte de celle le plus souvent mise en avant par les autres normes anti-discriminatoires. Les notions d'égalité et de non discrimination étant susceptibles d'acceptions différentes¹, il est utile de la confronter avec les principales significations qui peuvent être octroyées à ces normes. Trois modèles peuvent être opposés à ce titre : la non discrimination – indifférenciation, la non-discrimination – catégorisation et la non-discrimination – action positive.

1. Non-discrimination – indifférenciation

Dans une première acception, l'interdiction des discriminations se caractérise par la prohibition de la prise en compte d'un certain nombre de caractéristiques énoncées par une règle de droit. L'article L. 2141-5 C. Trav. interdit par exemple à l'employeur de prendre en considération l'appartenance syndicale ou l'exercice d'une activité syndicale dans le recrutement, les mesures disciplinaires ou le licenciement. La règle exige une forme de neutralité, imposant aux employeurs d'ignorer des caractéristiques de certains de leurs salariés.

Même si, à certains égards, le handicap n'échappe pas totalement à cette approche (le handicap étant mentionné parmi les critères des discriminations interdites par l'article L. 1132-1 du Code du travail), la règle exigeant des aménagements raisonnables à l'égard des personnes handicapées, présente, de son côté un visage clairement distinct. Elle exige, par nature, que les différences présentées par les personnes handicapées soient prises en compte afin d'adapter les conditions d'emploi à leurs besoins. Les normes visent donc, à l'opposé d'une indifférenciation à l'égard des caractéristiques en question, une prise en compte de celles-ci afin d'adapter le travail aux besoins des personnes.

2. Non-discrimination – catégorisation

La deuxième forme de règle destinée à lutter contre la discrimination est celle que l'on peut appeler la non-discrimination - catégorisation. Elle met en place des traitements différenciés à l'égard de personnes vues comme particulièrement fragiles ou présentant des besoins spécifiques afin de rétablir une forme d'égalité.

Tel est le sens des premiers textes prohibant les discriminations en France. Ceux-ci concernent les invalides de guerre, bénéficiaires des premières obligations d'emploi. La loi du 17 avril 1916 réservait préférentiellement un certain nombre d'emplois de la fonction publique aux anciens militaires invalides de guerre². Elle fut reconduite par la Loi du 30 janvier 1923 dite *Maginot* réservant des emplois publics aux anciens militaires pensionnés pour infirmités

¹ V. J. Porta, « Égalité, Discrimination et égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination, 1ère partie », *RDT* 2011 p. 290.

² V. A. Dulait, Rapport au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi relatif aux emplois réservés et portant dispositions diverses relatives à la défense, Sénat, n° 264, 9 avril 2008.

de guerre ainsi qu'aux veuves et aux orphelins de guerre¹. Elle fut ensuite complétée, dans le secteur privé, par la loi du 26 avril 1924 assurant l'emploi obligatoire des mutilés de la guerre, qui, la première, a introduit une obligation d'emploi dans le secteur privé². Reprenant ce modèle, la loi du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés introduisit une obligation d'emploi à destination de l'ensemble des personnes handicapées et non des seules victimes de guerre. Ce texte fut lui-même remanié ensuite par la loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés. La logique de catégorisation inhérente à ces dispositifs a trouvé un complément dans différents mécanismes d'aide sociale qui octroient des prestations d'aide sociale spécifiques aux personnes handicapées, telle que l'allocation adulte handicapé (créée par la Loi du 31 juillet 1971)³.

Ces dispositifs, tout en se focalisant sur l'objectif de lutter contre les discriminations faites aux personnes handicapées, sont fondés sur un traitement différencié des personnes catégorisées comme handicapées, leur conférant à ce titre un statut spécifique. Cette logique n'est pas réservée au handicap : elle est largement partagée par d'autres normes anti-discriminatoires telles que les normes spécifiques en faveur de l'emploi des jeunes, des personnes âgées ou des personnes en situation de précarité, les mesures spécifiques destinées aux femmes enceintes, etc.

Cette forme de catégorisation demeure l'un des piliers de l'intervention des pouvoirs publics à destination des personnes handicapées en France. Les employeurs sont tenus d'employer des travailleurs handicapés ou mutilés de guerre et assimilés à hauteur de 6 % de leur effectif (C. Trav., Art. L. 5212-2). L'obligation d'emploi exige une catégorisation des bénéficiaires très détaillée (C. Trav., Art. L. 512-13). Une telle politique peut être critiquée par l'effet de stigmatisation qu'elle emporte, entraînant la mise en place d'un statut différentiel plutôt que la pleine réalisation de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances. La loi du 26 avril 1924 autorisait ainsi une réduction des salaires dus aux invalides employés⁴. De même, l'octroi de prestations d'aide sociale est de nature à promouvoir une vision uniquement réparatrice ou compensatrice du handicap, sans favoriser l'insertion des personnes handicapées. Aussi la Commission a-t-elle ouvertement affirmé son souhait de passer « *d'une approche d'aide sociale à une démarche fondée sur les droits de l'homme* », démarche « *axée sur la prévention et l'élimination des obstacles qui s'opposent à l'égalité d'accès des personnes handicapées au marché du travail notamment* », notamment en cherchant à « *éliminer les discriminations, principalement par une adaptation raisonnable aux besoins et aux aptitudes des personnes handicapées*⁵ ».

¹ V. P. Bette, « Reclassement des victimes de la Première Guerre mondiale : Le cas de la loi du 30 janvier 1923 sur les emplois réservés en France (1923-1939) », *Amnis* [En ligne], 6/2006, <http://amnis.revues.org/880> ; DOI : 10.4000/amnis.880.

² V. P. Romien, « À l'origine de la réinsertion professionnelle des personnes handicapées : la prise en charge des invalides de guerre », *RFAS* 2-2005. 229.

³ Sur les différentes prestations d'aide sociale octroyées aux personnes handicapées, v. E. Alfandari, Fl. Tourette, *Action et aide sociales*, Dalloz, 5^e ed., 2011, p. 640 et ss.

⁴ P. Romien, *op. cit.*, p. 234.

⁵ Exposé des motifs de la directive 2000/78, *prec. note*.

Sans que cette démarche ne suppose un abandon de la mise en place des prestations requises par les besoins spécifiques des personnes handicapées¹, les aménagements raisonnables impliquent de s'écarter de la seule différenciation du traitement à l'égard des personnes handicapées pour promouvoir une participation à l'emploi en milieu ordinaire. Les employeurs doivent alors tenir compte des particularités présentées par les personnes afin de leur permettre de s'insérer dans l'emploi. Bien qu'une telle démarche ne soit pas sans exiger une catégorisation des personnes, elle s'en distingue par le résultat auquel elle entend parvenir : si le moyen demeure un traitement différencié, celui-ci n'est plus la finalité du dispositif, qui est entièrement tourné vers la participation aux activités économiques et sociales des personnes handicapées.

3. Non-discrimination - actions positives

L'exigence d'aménagement raisonnable serait-elle alors une forme d'action positive (parfois nommée à tort discrimination positive) ? La distinction pourrait paraître moins nette : l'aménagement exigé de l'employeur n'est-il pas une action spécifique destinée à compenser les conséquences du handicap ?

Au sens de l'article 157 TFUE, l'action positive, en matière de discrimination sexuelle, est constituée par l'octroi d'« *avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ». Cette acception très large des actions positives pourrait conduire à retenir cette qualification pour l'exigence d'aménagement raisonnable, en ce qu'elle permet des avantages spécifiques compensant des désavantages subis par les personnes handicapées : elle promeut une conception « *différentielle* » des discriminations².

Néanmoins, les aménagements raisonnables s'éloignent de cette idée d'action positive par deux dimensions : son caractère temporaire et son caractère individuel.

L'action positive emporte d'abord une dérogation au regard du principe d'égalité de traitement, qui conduit à ne la considérer comme justifiée que si elle se présente comme une mesure temporaire. Comme le note Gwenaële Calves, « *Le caractère temporaire de la discrimination positive est en effet inhérent à sa définition même de mesure de 'rattrapage'* »³. La persistance sur le long terme des discriminations peut toutefois conduire à relativiser cette exigence propre aux actions positives⁴.

Par contraste, les mesures d'aménagement raisonnable ne sont pas présentées comme des mesures temporaires par nature : elles ont vocation à s'appliquer durablement afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement. Le caractère durable de l'exigence d'aménagement raisonnable se manifeste sous différents aspects. En premier lieu, les Etats européens sont tenus de mettre en œuvre de telles mesures, en application de l'article 5 de la directive 2000/78, alors que les actions positives destinées à lutter contre d'autres formes de discriminations ne sont que facultatives. Par ailleurs, il semble que les Etats ou les

¹ Parlement Européen, *Résolution sur les droits des personnes handicapées*, Journal officiel n° C 020 du 20/01/1997 p. 0389.

² L. Waddington, Mark Bell, Exploring the boundaries of positive action under eu law: a search for conceptual clarity, *Common Market Law Review* n° 48, 2011, p. 1503.

³ G. Calves, *La discrimination positive*, QSJ, PUF, 2016, p. 39.

⁴ G. Calves, *ibid.*

employeurs qui mettent en place des mesures d'aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées n'aient pas à s'en justifier, alors que les actions positives, perçues comme une dérogation exceptionnelle au principe du traitement égal, doivent en principe être justifiées, ainsi que l'arrêt Kalanke l'avait indiqué¹, même si la situation née de l'article 7 de la directive 2000/78 est moins nette aujourd'hui. Enfin, les actions positives s'entendent de mesures ponctuelles destinées à rétablir l'égalité, alors que les aménagements raisonnables s'imposent comme des mesures permanentes, s'imposant dans l'ensemble des rapports d'emploi depuis l'accès à l'emploi, à la rupture du contrat de travail, en passant par la formation et le déroulement des carrières des salariés.

Par ailleurs, action positive et aménagement raisonnable semblent exiger une approche différente, en ce que la première paraît davantage orientée vers un traitement spécifique d'un groupe donné, alors que le second paraît se fonder sur une approche individualisée². En effet, alors que les mesures d'action positive semblent se contenter d'un agencement spécifique des règles permettant d'octroyer un traitement différencié au profit des salariés d'un groupe donné (par exemple une priorité d'emploi au profit d'un groupe sous-représenté³), l'aménagement raisonnable exige une application individualisée de la règle : il constitue, selon l'expression heureuse de Laurène Joly, un « *correctif individuel*⁴ ».

Il apparaît ainsi que l'exigence d'aménagement raisonnable ne répond à aucun des modèles de réalisation de l'égalité, qu'il s'agisse du traitement catégoriel, de l'interdiction des différences ou de la promotion des actions positives. En creux se dessinent alors les éléments qui caractérisent cette exigence.

B. Les éléments caractéristiques de l'exigence d'aménagement raisonnable

Quels sont les éléments qui permettent de caractériser l'exigence d'aménagement raisonnable ?

La formulation des règles permet de déceler les traits distinctifs présentés par cette exigence (1) permettant de dégager l'acception singulière de la non-discrimination qu'elle emporte (2).

1. Les traits distinctifs de l'exigence d'aménagement raisonnable

La promotion des aménagements raisonnable s'inscrit d'abord pleinement dans le champ des règles destinées à assurer l'égalité de traitement au profit des personnes handicapées, ainsi que l'exprime ouvertement l'article L. 5113-6 C. Trav. La forme d'égalité visée peut être désignée comme une « *égalité différentielle*⁵ » visant à éliminer les obstacles à la situation de handicap, déterminée de façon individuelle, en mettant en œuvre des adaptations requises par les besoins spécifiques des personnes handicapées.

¹ V. CJCE 17 octobre 1995, Kalanke, Aff. C-450/93.

² V. en ce sens O. De Schutter, A. Verstichel, *The Role of the Union in Integrating the Roma : Present and Possible Future*, European Diversity and Autonomy Papers 2/2005, p. 20.

³ La mise en place de quotas à destination d'un groupe n'empêche cependant pas une appréciation individuelle par la suite cf. CJCE Kalanke, *op. cit.*

⁴ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, 2015, n° 327.

⁵ L. Joly, *ibid.*, n° 327.

Les termes « *aménagement* » et « *raisonnable* » permettent de cerner l'étendue des droits reconnus aux bénéficiaires de ces règles.

L'aménagement (traduction de « *l'accommodation* » des textes juridiques en langue anglaise) désigne une obligation de faire, consistant à prendre toute mesure d'adaptation des conditions de travail ou d'emploi permettant à une personne handicapée donnée d'accéder à un emploi, de s'y maintenir ou d'y progresser. La notion de « *mesure* » est très large et renvoie à tout ce qui permet à la personne d'être traitée à l'égal d'une personne qui ne serait pas atteinte d'un handicap : aménagement du poste de travail, détermination d'horaires et durée de travail adaptés¹, accès aux locaux, etc.

Ces aménagements sont, dans les textes, rapportés à la seule personne handicapée, et n'emportent pas de façon générale un aménagement des locaux pour l'ensemble des personnes handicapées. Ainsi que l'exprime la directive 2000/78, il s'agit de « *prendre les mesures appropriées, en fonction des besoins dans la situation concrète* » (Article 5 al. 2). Cette notion de « *besoins* » est elle-même révélatrice d'une certaine ambiguïté des politiques publiques contemporaines déployées en direction du handicap. A l'image des politiques d'aide sociale, basées sur cette même notion, les règles sur l'aménagement raisonnable imposent à une autorité (l'employeur ici) le pouvoir d'évaluer l'aide nécessaire à la personne en situation de besoin. Ce type d'intervention n'est pas sans comporter une part de paternalisme face à une personne en attente d'une intervention en sa faveur, laissant à l'employeur une large marge d'appréciation sur les mesures entreprises, et offrent peu de prise à des discussions ou à des contestations sur les appréciations ainsi portées. Elle rend difficile la mobilisation de ces droits, notamment dans le cadre d'actions en justice.

- Quant au caractère « *raisonnable* » de l'aménagement, celui-ci paraît être l'expression d'un degré d'exigence à l'égard de l'aménagement, qui doit être adapté aux besoins de la personne. Comme l'indiquent les motifs avancés lors de l'adoption de la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement, l'aménagement raisonnable exige « *l'identification et l'élimination des obstacles auxquels sont confrontées les personnes handicapées* », afin de permettre « *l'utilisation des aptitudes de la personne concernée* ».

Pourtant, comment ne pas souligner la profonde ambivalence inhérente à ce critère² ? Le raisonnable s'entend en général de l'appréciation portée par tout un chacun, par un « homme moyen », mis à l'écart de tout intérêt spécifique, dans un contexte donné. Il est à craindre que ces appréciations n'aient pourtant rien d'objectif et dépendent avant des valeurs de celui qui évalue le caractère raisonnable³.

Lisa Waddington montre que deux lectures, dans les systèmes juridiques, s'affrontent sur la manière d'apprécier le caractère raisonnable d'un aménagement⁴. Dans une première interprétation, le raisonnable peut se rapporter à l'aménagement lui-même : est raisonnable l'aménagement qui permet une adaptation effective de l'emploi, en fonction des besoins de la

¹ CJUE 11 juillet 2006, Chacon Navas, Aff. C-13/05.

² V. L. Waddington, « When it is reasonable for europeans to be confused : understanding when a disability accommodation is "reasonable" from a comparative perspective », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n° 29, 2008, p. 317.

³ V. P. Brunet, Perelman, « Le positivisme juridique et l'interprétation », in M. Meyer et B. Frydman (dir.), Perelman (1912-2012). *De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris PUF, 2012.

⁴ L. Waddington, *op.cit.*, note.

personne. Une seconde interprétation, portée par des valeurs économiques, évaluerait au contraire le raisonnable à l'aune du coût et des contraintes imposées au débiteur de l'obligation. Selon que l'on retient l'une ou l'autre de ces conceptions, le sens de l'obligation paraît sensiblement différent. Dans le premier cas, il appartient à l'employeur de rechercher à aménager la situation ; il ne peut se prévaloir du caractère disproportionné des charges que cela pourrait représenter (en application de l'article 5 de la Directive et de l'article Art. L. 5213-6C. Trav.) qu'après avoir recherché toute solution envisageable. Dans le second cas, l'employeur pourrait se contenter d'exciper du coût excessif de l'aménagement au regard de sa situation économique sans même avoir à envisager concrètement les solutions envisageables. Les droits nationaux peuvent se montrer plus ou moins exigeants dans cette interprétation du caractère raisonnable. Il apparaît ainsi que le droit des Etats-Unis intégrerait pleinement l'idée de « *contrainte excessives*¹ », alors que d'autres droits auraient une démarche plus progressiste, à l'image du droit néerlandais ou irlandais². Selon Lisa Waddington³, la rédaction du Code du travail français, par sa référence aux « mesures appropriées » renverrait à l'idée d'un aménagement effectif, et aurait donc retenu une telle conception exigeante des discriminations. L'absence de toute jurisprudence sur la question ne permet pas de conforter cette interprétation. La faiblesse du contentieux engagé sur le terrain des aménagements raisonnables en France soulève d'ailleurs la question de l'effectivité des règles inscrites dans les Code du travail.

Le « *raisonnable* » revêt une signification difficile à déterminer de façon objective, et ne peut qu'émerger à partir de débats permettant de confronter les points de vue sur ce qui peut être raisonnable ou déraisonnable⁴. Le droit français offre pourtant peu d'occasions de confronter le point de vue du salarié ou du candidat à l'emploi et celui de l'employeur sur le caractère raisonnable des aménagements. L'essentiel des débats semble en pratique se concentrer sur la question de l'inaptitude physique du travailleur, telle qu'elle peut être appréciée par le médecin du travail (C. Trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10). Si la question du reclassement sur un emploi « *approprié aux capacités* » du travailleur est envisagée pour les salariés reconnus inaptes par le médecin du travail, le débat paraît se concentrer sur la question du licenciement pour inaptitude bien davantage que sur la question du maintien dans un emploi adapté. Certains appellent à ce titre à une évolution des règles permettant de passer d'un droit de l'inaptitude à un droit de l'aptitude⁵.

Sans doute faudrait-il imaginer en conséquence une interprétation plus audacieuse des textes, voire une réforme des textes, qui conduise à imposer systématiquement à l'employeur de justifier du respect de son obligation d'aménager raisonnablement les postes de travail et les emplois.

2. Une acception spécifique de la non-discrimination

¹ *Ibid.*, p. 329.

² *Ibid.*, p. 332.

³ *Ibid.*, p. 334.

⁴ R. Alexy, *The Reasonableness of Law*, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor, Chiara Valentini (Ed.), Springer, 2009, p. 5.

⁵ G. Pignarre, « Réformer le droit de l'inaptitude ? », *RDT* 2011. 413.

Inscrite dans une directive relative à l'égalité de traitement et à la non-discrimination, l'exigence d'un aménagement raisonnable pour les personnes handicapées se rattache indiscutablement au champ du droit de l'égalité. L'égalité est ici conçue comme le produit d'un traitement spécifique de la situation des personnes handicapées au travail. La forme d'égalité recherchée n'est donc pas une égalité formelle, qui exigerait un traitement identique de tous les travailleurs sans prendre en compte leurs caractéristiques propres. Elle s'apparente plus volontiers à une forme d'égalité concrète, prenant en compte les caractéristiques des personnes pour parvenir à un résultat égalitaire. Celui-ci est recherché au travers d'une égalité des chances permettant d'offrir aux personnes handicapées l'opportunité de bénéficier d'un droit à l'emploi à l'égal des autres salariés : l'aménagement raisonnable est en ce sens demeure porté par une conception plutôt libérale de l'égalité.

Si l'égalité des chances constitue l'objectif de ces normes, le vecteur de leur réalisation passe par la mise en œuvre d'une interdiction des discriminations, c'est-à-dire des distinctions fondées sur un handicap. Mais le régime des discriminations connaît deux formes distinctes : les discriminations directes, destinées à lutter contre les comportements motivés par un motif discriminatoire et les discriminations indirectes destinées à lutter contre les conséquences de comportements en apparence neutres mais dont les effets sont discriminatoires à l'égard d'un groupe donné.

Le régime de l'exigence d'aménagement raisonnable s'apparente-t-il aux premières ou aux secondes ?

Le régime de l'exigence d'aménagement raisonnable paraît en premier lieu clairement écarter une proximité avec les discriminations directes. Il impose une obligation de faire (aménager de façon raisonnable) alors que les discriminations directes s'apparentent plus à une prohibition (ne pas prendre en compte un motif donné). Par ailleurs, la discrimination directe exige de recourir à une comparaison en imposant de confronter la situation entre le traitement fait à la personne et celui d'un comparant présent, passé, ou éventuellement hypothétique¹. On pourrait considérer que la discrimination directe provient du défaut d'attention portée au handicap ou à l'absence de prise en compte du handicap lors du recrutement ou des différentes décisions adoptées. Mais ce serait sans doute là solliciter la notion de discrimination directe au-delà de ce qu'elle permet de sanctionner.

L'exigence d'aménagement raisonnable est-elle plus proche des discriminations indirectes ? Celles-ci impliquent « *une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre* » adoptée par l'employeur, mais susceptible d'entraîner un « *désavantage particulier pour des personnes* » appartenant à un groupe protégé, sauf à ce que cette pratique soit « *objectivement justifiée* »². Cette démarche paraît plus proche de celle exigée par les aménagements raisonnables : l'organisation habituelle des activités est de nature à empêcher de façon générale l'accès ou le maintien dans l'emploi des personnes handicapées, sauf à l'employeur de prouver que les mesures qu'il a adoptées sont raisonnables et justifient la différence de traitement opéré.

¹ V. L. 2008-496 du 27 mai 2008, Art. 1^{er}, exigeant qu'une personne soit traitée de manière « moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été ». Voir de même article 2-2.a) de la directive 2000/78.

² Art. 2-2.b) de la Directive 2000/78.

Cependant cette interprétation des textes ne paraît pas exacte¹. Si le défaut d'aménagement raisonnable peut parfois conduire à une discrimination indirecte (voir infra II), il ne se confond pas avec cette notion.

Formellement, la Directive 2000/78 a d'abord prévu un régime spécifique de justification pour les différences de traitement liées au handicap. Elle indique en effet que le désavantage subi en cas de discrimination indirecte peut être soit justifié par un motif légitime (Art. 2.2.b)i) soit par l'obligation faite à l'employeur « *de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique* » (Art. 2.2b)ii). Cette alternative n'est pas entièrement claire : on peut se demander ce que signifie le « *ou* » qui ouvre l'alternative entre ces deux formes de justification des différences pratiquées à l'égard des personnes handicapées. Dans une première lecture, on pourrait imaginer que la 2^e option exclut toute application de la première : dès lors que l'employeur est légalement tenu d'une obligation d'aménagement raisonnable du poste de travail, il n'a pas à justifier de pratiques qui paraissent atteindre l'égalité de traitement. Dans une seconde lecture, les deux textes peuvent se cumuler : la distinction peut être justifiée par l'employeur en invoquant un objectif légitime et l'emploi de moyens appropriés ou en montrant qu'il a satisfait à son obligation d'aménagement raisonnable des postes de travail ont véritablement permis d'éliminer les désavantages subis par les personnes handicapées. La première interprétation conduirait à exonérer l'employeur de toute justification des effets discriminatoires de ses politiques à l'égard des personnes handicapées dès lors que la loi met en œuvre une obligation d'aménagement raisonnable à leur égard, alors que la deuxième pourrait pleinement compléter l'exigence de justification des discriminations indirectes en autorisant l'employeur à justifier les différences en montrant comment l'aménagement raisonnable pratiqué est de nature à justifier cette différence. Cette seconde interprétation, plus exigeante, paraît mieux à même de garantir la protection contre les discriminations indirectes subies par les personnes handicapées, que l'exigence d'aménagement raisonnable ne peut assurer à elle seule.

Quelle que soit l'interprétation retenue, il apparaît que la rédaction même de la directive distingue discrimination indirecte et aménagement raisonnable, les traitant soit comme des formes de protection alternatives (dans la première interprétation) soit comme des formes complémentaires (dans la seconde). En effet, la discrimination indirecte peut être évaluée à un niveau collectif, lorsqu'une mesure neutre conduit à désavantager les personnes handicapées, alors que l'aménagement raisonnable s'applique à un niveau individuel, en appréciant si l'employeur pratique des efforts suffisants au regard des besoins de la personne concernée.

En outre, l'aménagement raisonnable s'impose à l'employeur sans qu'on ait à considérer si, dans l'ensemble, ses politiques conduisent à éliminer les désavantages subis par les personnes handicapées. Un employeur qui aurait par exemple un taux d'emploi de personnes handicapées supérieur au taux légal imposé ne saurait de ce seul fait être exonéré de son obligation d'aménager individuellement les postes de travail.

Il apparaît ainsi que l'exigence d'aménagement raisonnable ne peut être apparentée ni à une discrimination directe ni à une discrimination indirecte. Elle constituerait en conséquence, selon l'analyse proposée par Lisa Waddington et Aart Hendriks une « *forme sui generis de*

¹ V. L. Waddington et A. Hendriks, *op. cit.*, p. 425.

discrimination »¹. Cette forme de discrimination impose de prendre en compte le désavantage dans l'emploi subi par des salariés appartenant à des groupes jugés comme fragiles et à imposer à l'employeur, dans la prise de décision qui les concerne, des adaptations qui permettent de compenser ces difficultés. Elle nécessite, comme l'indiquent ces auteurs « *une approche différente qui exige de prendre en compte les particularités d'un individu dans une situation donnée -ou, comme l'a décidé la Cour Suprême Canadienne, 'L'accommodement assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles plutôt qu'en fonction de présumées caractéristiques de groupe'* »².

Cette acception singulière des discriminations paraît également être reconnue dans d'autres domaines tels que les droits octroyés aux femmes enceintes et les droits liés aux congés parentaux³, et la question est posée de savoir si elle pourrait être transposée à d'autres motifs discriminatoires⁴.

L'exigence d'aménagement raisonnable peut au total être conçue comme une norme anti-discriminatoire singulière, imposant à l'employeur une obligation de faire (l'aménagement raisonnable du poste de travail ou de l'emploi en fonction des besoins de la personne concernée). Comme nous l'avons vu, elle conduit à une approche particulière de l'égalité de traitement, qu'on pourrait désigner comme une égalité différenciée par traitement singulier des besoins individuels dans le but de garantir une égalité des chances dans l'accès à l'emploi. L'originalité ainsi caractérisée de l'exigence d'aménagement raisonnable conduit par voie de conséquence à s'interroger sur la spécificité du régime de protection des droits que cette norme impose.

II. L'originalité du régime de protection des droits

La singularité de la notion l'aménagement raisonnable invite à s'interroger sur les traits caractéristiques du régime de protection des droits qu'elle induit.

Sans ignorer l'importance que revêt la protection tirée de dispositifs institutionnels dans le champ du handicap (intervention du médecin du travail, des représentants du personnel, des organismes spécialisés dans le champ du handicap), il convient en effet, d'un point de vue juridique, de s'interroger sur la manière dont le droit peut être mobilisé afin de garantir le respect du régime original de protection des droits induit par ces normes. Il importe en conséquence d'explorer à la fois la garantie juridictionnelle du droit aux aménagements raisonnables pour les personnes handicapées (A), avant de s'enquérir des sanctions applicables (B).

En l'absence de jurisprudence, cette exploration sera proposée de façon prospective.

¹ *Ibid.*, p. 425.

² *Ibid.*, p. 425. L'arrêt cité est l'arrêt *Grismer v. The British Columbia Council of Human Rights*, [1999] 3 S.C.R. 868.

³ L. Waddington, A. Endrinks, « The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe : From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, p. 418.

⁴ V. *infra*, T. Gründler.

A. La garantie juridictionnelle des droits

Les normes de la Directive et le Code du travail sont formulés avec une grande généralité, sans doute pour signifier l'ampleur des obligations imposées, mais sans envisager de situation concrète dans laquelle la norme a vocation à être mobilisée. La Directive 2000/78 emploie la voie passive (« *des aménagements raisonnables sont prévus* »), avant d'imputer une obligation générale à l'employeur (« *l'employeur prend les mesures appropriées* »). Le Code du travail, de son côté envisage des « droits et garanties des travailleurs handicapés¹ » de façon assez générale, même si l'article L. 5213-6 impose la prise en compte des « besoins dans une situation concrète » en évoquant à la fois l'accès à l'emploi, sa conservation ou la progression professionnelle. Il n'indique cependant pas quelles procédures concrètes garantissent l'exercice d'un tel droit.

Ces normes ont à l'évidence été imaginées de façon générale, afin d'imposer à l'employeur le principe d'une obligation de faire destinée à s'appliquer dans la plupart des choix qu'il peut prendre à l'égard d'une personne handicapée. La perception contentieuse ne manque pas d'offrir une vue déformée (ou pathologique) de la réalité : elle ne permet que de saisir les cas de violation des droits sans envisager l'hypothèse d'un respect spontané des normes. Pourtant, la force normative conférée à un dispositif ne peut être comprise qu'au regard de la manière dont les droits proclamés peuvent se prêter à une mobilisation contentieuse.

Il apparaît que les normes relatives au handicap n'octroient que peu de place à une approche contentieuse des manquements à l'obligation d'aménagement raisonnable. Contrairement aux autres règles sur les discriminations, elles ne détaillent le régime de l'action en justice applicable au refus d'aménagement raisonnable du poste ou de l'emploi, contrairement aux règles relatives aux discriminations, auxquelles est consacré un chapitre spécifique du Code du travail (Articles L. 1134-1 et s.). Et si l'article L. 5213-6 al.3 renvoie au droit des discriminations en la matière, c'est uniquement en indiquant que le refus de prendre des mesures d'aménagement raisonnable « *peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3* ». La qualification de discrimination est donc envisagée², mais sans que le régime de l'action en justice ou de la preuve soit imposé. L'utilisation du verbe « *pouvoir* » laisse par ailleurs le juge libre d'apprécier si cette qualification s'impose.

Il semble en conséquence que le seul refus d'aménager le poste de travail ne puisse qu'ouvrir la voie à une action en responsabilité civile, dont la faute serait caractérisée par le manquement à l'obligation d'aménager raisonnablement le poste de travail. La charge de la preuve de l'absence d'aménagement ainsi que du caractère déraisonnable seraient entièrement laissés au salarié. Cette charge s'avère particulièrement délicate lorsque le salarié fait face à une décision sur laquelle l'employeur n'a pas à donner d'explication, comme le refus d'embauche, de changer les conditions de travail ou encore d'organiser une formation.

Les règles relatives à l'aménagement de l'emploi ne peuvent dès lors que difficilement se prêter à contentieux lorsqu'elles sont invoquées seules. Les difficultés probatoires nécessitent d'invoquer dans le même litige la violation d'autres règles : celles relatives au licenciement lorsque le salarié a été licencié (mais le plus souvent le régime de l'inaptitude médicale

¹ Titre de la sous-section 1 dans laquelle s'insèrent les dispositions relatives aux obligations d'aménagement raisonnable.

² V. sur la question des sanctions applicables en ce cas ci-après, B.

conduira à une neutralisation des règles relatives aux aménagements raisonnables), celles relatives au harcèlement ou celles concernant les discriminations indirectes fondées sur le handicap. L'application de ces différentes règles peut alors conduire à adopter un aménagement de la charge de la preuve plus favorable au salarié. Néanmoins, imposer une telle démarche conduit à déplacer le litige sur d'autres plans que la protection du droit à un aménagement raisonnable du poste ou de l'emploi et à amenuiser la protection que les salariés ou les candidats à l'emploi peuvent espérer de ce texte.

Il serait donc souhaitable que la jurisprudence dégage un régime d'action en justice plus favorable aux travailleurs handicapés. Si certaines décisions conduisent à considérer que le défaut d'aménagement raisonnable peut être constitutif d'une discrimination¹, aucune précision n'a été apportée quant au régime d'action et de preuve applicable.

Certaines décisions des juridictions du fond paraissent aujourd'hui ouvrir la voie à une telle interprétation des règles. Un arrêt fort intéressant de la Cour d'appel de Lyon du 10 mars 2014 en fournit un bel exemple². Il concerne un salarié employé par l'UDAF du Rhône, chargé de fonctions de délégué à la tutelle. Il est atteint d'un déficit visuel ayant conduit son employeur à un aménagement de son poste de travail (logiciels et écran d'ordinateur adaptés) et à une réduction de son temps de travail. Il demande par la suite à changer de fonctions afin de se consacrer à l'accompagnement social en tant qu'éducateur spécialisé. L'accès à un tel poste lui est refusé, alors que des emplois se libèrent dans l'entreprise. L'employeur fait valoir que le salarié ne peut conduire un véhicule, activité qui peut être exigée en cas d'intervention auprès de mineurs en situation de danger. Contestant ce refus, le salarié demande devant le conseil de prud'hommes des dommages et intérêts pour discrimination en raison du handicap. Le litige est intéressant en ce que le salarié invoque une combinaison entre l'article L. 1132-1 (discrimination en raison du handicap) et l'article L. 5213-6 (absence d'aménagement raisonnable). L'employeur de son côté prétend qu'il s'est déjà acquitté de ses obligations, ayant déjà aménagé le poste de travail deux ans plus tôt, et que l'exigence de conduite d'un véhicule rendait impossible l'octroi du poste sollicité. Ce dernier argument n'était guère convaincant : il lui était possible, en réorganisant le service, de l'affecter dans une zone desservie par les transports en commun. Aussi la Cour d'appel indique-t-elle que *« l'employeur ne justifie pas du fait que des mesures appropriées aient été prises pour lui permettre d'exercer son emploi ni que cela génère des charges de mise en œuvre disproportionnées »*.

Cette interprétation paraît très intéressante. D'une part elle se fonde sur une interprétation des règles relatives aux discriminations et aux aménagements raisonnables pour dégager un régime approprié. Face à un refus d'aménager le poste de travail, il appartient à l'employeur de justifier soit des efforts d'aménagements raisonnables faits, soit du caractère disproportionné de la demande d'aménagement. D'autre part, la décision montre la puissance de cette obligation d'aménagement raisonnable, qui impose parfois de repenser les conditions de travail non seulement pour le salarié concerné mais pour l'ensemble des salariés d'un établissement.

¹ CE, Assemblée, 22 octobre 2010, n° 301572 (insuffisance de l'aménagement de l'accessibilité du Palais de justice pour une avocate).

² Lyon, 10 mars 2014, n° 12/06651.

Pour autant, la décision montre en même temps la faiblesse des sanctions appliquées (comme souvent dans le droit des relations de travail). Alors que le salarié demandait une réparation du préjudice à hauteur de 20000 €, la Cour ne lui en concède que 2500. Sans doute la motivation du salarié était-elle plus symbolique (volonté d'agir afin de faire reconnaître les difficultés nées de son handicap) que financière, mais le caractère modique de la réparation pourrait être à même de laisser penser que le préjudice n'est que modique, alors qu'il est très révélateur des difficultés auxquelles se heurtent en permanence les travailleurs handicapés, qui font obstacle à un déroulement de carrière auquel ne se heurtent pas les autres travailleurs. C'est donc du côté de la sanction que les réflexions doivent se déployer afin de garantir la protection de ce droit.

B. La sanction du défaut d'aménagement raisonnable

Les textes français permettent-ils de garantir, ainsi que l'exige l'article 17 la directive 2000/78 des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* » en cas de méconnaissance de l'exigence d'aménagement raisonnable ?

La rédaction de l'article L. 5213-6 montre sur ce point l'ambivalence du droit français, qui paraît méconnaître l'application des sanctions propres au droit des discriminations en énonçant dans son alinéa 3 que « *le refus de prendre les mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3* ».

La rédaction du texte semble en premier lieu ne conférer qu'un caractère facultatif à cette mesure : le juge pourrait donc soit prononcer des réparations en fonction du préjudice subi, ou encore, si la situation s'apparente à une discrimination, appliquer les sanctions propres à ces règles. Cette rédaction montre que le choix fait par le Parlement de placer les aménagements raisonnables dans un chapitre distinct de celui des discriminations n'est pas seulement lié à l'enjeu de la lisibilité du Code du travail, comme cela a pu être énoncé lors des débats parlementaires¹, mais à la conception même de ce dispositif. La mise en place de sanctions distinctes de celles des discriminations tend à maintenir le dispositif dans le giron d'un traitement médico-administratif du handicap, qui fait obstacle au plein déploiement des sanctions vigoureuses existant en matière de discrimination.

En second lieu, le renvoi facultatif aux dispositions relatives aux discriminations par l'article L. 5213-6 ne vise pas l'article L. 1132-4, qui pose le principe de la nullité de toute mesure méconnaissant les règles relatives aux discriminations, mais l'article L. 1133-3. Ce dernier est inscrit dans un chapitre consacré aux « *différences de traitement autorisées* ». Il indique que « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». En conséquence, le renvoi au droit des discriminations a pour seul objectif d'exonérer l'employeur lorsque le refus d'aménagement raisonnable a débouché sur un licenciement pour inaptitude, prononcé après avis du médecin

¹ Rapport n° 20 (2004-2005) de M. Paul Blanc, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 13 octobre 2004, p. 70 : « la nouvelle insertion des dispositions relatives aux aménagements raisonnables dans le Code du travail proposée par les députés, à savoir une insertion dans le livre premier, au sein des dispositions relatives aux discriminations, plutôt que dans le livre III au sein du chapitre qui énumère l'ensemble des règles applicables concernant les personnes handicapées dans l'emploi, pourrait finalement nuire à la connaissance par les employeurs de l'ensemble de leurs obligations à l'égard de cette population ».

du travail. *A contrario*, ce renvoi signifie donc que le licenciement prononcé en méconnaissance de cet avis ou que la mesure n'est pas objective, nécessaire ou appropriée peut être qualifié de discriminatoire. Le texte ne dit rien des mesures autres que le licenciement.

Les sanctions mises en œuvre en cas de méconnaissance de l'exigence d'aménagement raisonnable conduisent en conséquence à souligner l'ambivalence de ce dispositif en droit français. Né dans le souci de promouvoir une conception protectrice des droits des personnes handicapées, imposant une évaluation individuelle des besoins de mesures appropriées, il a été inscrit dans un chapitre du Code du travail qui peine à s'émanciper des dispositifs anciens de traitement du handicap par la mise en place de traitements spécifiques combinant des dispositifs d'aide sociale et l'intervention de la médecine du travail. La question des actions en justice qui peuvent en naître n'a, par voie de conséquence, pas été privilégiée, et les sanctions prévues frappent par leur caractère peu dissuasif.

La mobilisation de ces règles exige par conséquent que les bénéficiaires se fondent sur les règles relatives aux discriminations fondées sur le handicap en même temps que celles portant sur les aménagements raisonnables pour pouvoir bénéficier d'une protection plus énergique. La complexité juridique qui en résulte explique sans doute le peu de contentieux généré par cette matière.

Les aménagements raisonnables : entre logique de santé et logique d'égalité

Josépha Dirringer

La notion d'aménagement raisonnable est née dans le giron du droit de l'égalité et de la non-discrimination notamment sous l'impulsion du droit de l'Union européenne¹.

Elle est une technique juridique originale, déjà ancienne et pourtant encore méconnue et peu répandue. Un des freins à sa diffusion en France est évident : l'expression est tout simplement absente de la législation sociale. Cela n'est certainement pas l'unique raison. Les obstacles à cette diffusion sont en réalité plus profonds et il importe de pouvoir les identifier pour tenter de les surmonter.

Il faut partir de la manière dont le droit social s'est structuré et ce faisant, a forgé une certaine conception du handicap.

D'un côté, il y a le droit de l'aide sociale qui, suivant une logique assistantielle, bénéficie aux personnes qui ne sont pas en mesure de subvenir par elles-mêmes à leurs besoins. Parmi celles-ci figurent les personnes handicapées². De l'autre, il y a le droit du travail et le droit de la sécurité sociale qui, ensemble, définissent le statut du salariat, assurant une protection aux travailleurs lorsque leur état de santé est altéré, parfois durablement. Le droit du travail pose les principes généraux de prévention en matière de sécurité et de santé au travail ; le droit de la protection sociale offre aux salariés des garanties lorsque leur état de santé ne leur permet plus de travailler et prévoit une réparation des préjudices subis à la suite de l'altération de l'état de santé d'origine professionnelle. Autrement dit, le droit du travail et le droit de la protection sociale s'appuient une logique de santé-travail, c'est-à-dire une logique qui ne saisit pas uniquement la question de la santé du travailleur au travail mais qui, plus largement, appréhende la question des effets de l'activité laborieuse sur la santé des travailleurs.

Parallèlement à ce cadre juridique sont affirmées des règles de non-discrimination fondée sur le handicap ou sur l'état de santé. L'approche intégrative du handicap est allée de pair avec l'affirmation de l'égal accès et de l'égal maintien dans l'emploi des personnes handicapées³. Et sans aucun doute, le droit social va dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'exigence d'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, au moyen notamment de leur insertion professionnelle. Outre l'obligation d'emploi et les incitations à l'embauche des personnes handicapées, existe une obligation de négocier des mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés dans le cadre de l'obligation de négocier sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail⁴.

Malgré cela, cette logique de santé-travail domine, de sorte que les mécanismes du droit de la santé et de la sécurité au travail sont bien plus mobilisés que ne le sont les règles de non-discrimination à raison de l'état de santé et du handicap. Il en résulte un conflit de logiques

¹ O.-A. Macovei, « L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne », *Rev. UE* 2016, p. 37.

² Voir C. act. Soc. Fam. Art. L. 114 définissant le handicap. Voir aussi CJCE, 11 juill. 2006, *Sonia Chacon Navas c/Eurest Colectividades SA*, aff. C-13/05, Rec. CJCE, p. I-6467 et CJUE, 4 juillet 2013, *Commission c. Italie*, C- 312/11, obs. A. Boujeka, *RDT* 2013, p. 707. Voir aussi Conv. OIT no 159 et Rec. OIT no 168.

³ Sur cette question, Voir *supra*, Augustin Boujeka, 10 décembre 2015, L'appréhension juridique du handicap.

⁴ Code du travail Art. L. 2242-8.

dans le champ du travail et de l'emploi : l'exigence de santé-travail est première et l'exigence d'égalité, qui peine encore à s'imposer, demeure dans l'ombre persistante de celle de la santé-travail.

Telle nous semble être la raison essentielle des difficultés que connaît encore la diffusion de la notion d'aménagements raisonnables, fondamentalement et essentiellement attachée à l'exigence d'égalité. Dès lors que les aménagements raisonnables participent de l'exigence d'égalité (I), ils resteront dans l'ombre de l'exigence de santé des travailleurs (II).

I. Les aménagements raisonnables à la lumière de l'exigence d'égalité

La notion d'aménagement raisonnable est essentiellement conçue comme un instrument mis au service de l'exigence d'égalité.

La notion première est celle d'« *accommodement raisonnable* » qui constitue une mesure individuelle venant sanctionner une discrimination indirecte¹. Le droit de l'Union européenne s'en est inspiré en la rebaptisant toutefois « *aménagement raisonnable* »². Les aménagements raisonnables y sont définis comme l'ensemble des mesures visant à éliminer « *les diverses barrières qui entravent la pleine et effective participation des personnes handicapées à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs* »³.

Elle figure d'abord au sein des instruments normatifs de l'Union européenne et en particulier de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁴. Le préambule de la directive 2000/78 CE dispose ainsi que « *la mise en place de mesures destinées à tenir compte des besoins des personnes handicapées au travail remplit un rôle majeur dans la lutte contre la discrimination fondée sur un handicap* ».

C'est ensuite dans le cadre des politiques publiques de l'Union européenne que la notion d'aménagements raisonnables est mobilisée. L'Union européenne a en effet mis en place un plan d'action intitulé « *Egalité des chances pour les personnes handicapées* » pour la période 2003-2010, puis la « *Stratégie handicap 2010-2020* ». Dans ce cadre, la lutte contre les discriminations et l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables visent également à remplir les objectifs de la Stratégie Europe 2020 en matière d'emploi. En effet, l'objectif

¹ P. Verge, D. Roux, « L'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Dr. Soc.* 2010, p. 965.

² Article 5 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 : Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, *des aménagements raisonnables sont prévus*. Cela signifie que *l'employeur prend les mesures appropriées*, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. Sur les sources européennes, Voir *infra* Contribution de I. Omarjee et M. Roccati.

³ CJUE, 4 juillet 2013, *Commission c. Italie*, C-312/11, point 59. Contrairement au droit québécois, le droit de l'Union européenne limite la notion d'aménagement raisonnable au seul champ des travailleurs handicapés et la définit, non pas comme une sanction, mais comme une obligation mise à la charge de l'employeur.

⁴ Voir *Infra* Contribution Marjolaine Roccati et Ismaël Omarjee. On soulignera que la proposition de directive du 2 juillet 2008 n'a à ce jour pas été adoptée. Voir A. Boujeka, « Egalité de traitement et handicap : à propos de la proposition de directive européenne du 2 juillet 2008 », *RDSS* 2009, p. 92.

principal est l'augmentation du taux d'emploi des personnes handicapées qui n'est que de 47%.

En droit interne, le droit du travail comporte essentiellement trois dispositifs. D'abord, depuis la loi du 12 juillet 1990¹, le Code du travail prévoit un principe général de non-discrimination : aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son état de santé ou de son *handicap*².

Ensuite, le législateur a institué une obligation de négocier en matière de handicap. Dans l'entreprise, cette négociation figure désormais dans le cadre de la négociation triennale sur l'égalité entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail³. L'obligation de négocier à la charge de l'employeur est d'abord annuelle puis, lorsqu'un accord est conclu, devient triennale. Elle porte, non seulement sur les mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle, mais encore sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, notamment les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap, étant précisé que cette négociation s'effectue sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

Enfin, la partie V du Code du travail, largement rénovée à la suite de la loi du 11 février 2005 transposant la directive 2000/78⁴, prévoit à la charge de l'employeur deux obligations. D'une part, la loi impose à l'employeur une obligation d'emploi. L'article L. 5212-2 du Code du travail dispose que tout employeur emploie, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés⁵.

¹ 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. L'article L. 122-45 ajoute un critère « sauf inaptitude constatée par la médecine du travail en raison de son état de santé ou de son handicap ».

² C. trav. Art. L. 1132-1.

³ C. trav. Art. L. 2242-8 issu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi. Sur cette question, V. *infra* La contribution de M. Sweeney.

⁴ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁵ Bénéficient de l'obligation d'emploi instituée par l'article L. 5212-2 : 1° Les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles ; 2° Les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire ; 3° Les titulaires d'une pension d'invalidité attribuée au titre du régime général de sécurité sociale, de tout autre régime de protection sociale obligatoire ou au titre des dispositions régissant les agents publics à condition que l'invalidité des intéressés réduise au moins des deux tiers leur capacité de travail ou de gain ; 4° Les bénéficiaires mentionnés à l'article L. 394 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ; 5° Les bénéficiaires mentionnés aux articles L. 395 et L. 396 du même code [...] ; 9° Les titulaires d'une allocation ou d'une rente d'invalidité attribuée dans les conditions définies par la loi n° 91-1389 du 31 décembre 1991 relative

D'autre part, et c'est ici que figure la transposition de l'article 5 de la directive relatif aux aménagements raisonnables, l'article L. 5213-6 dispose qu'« *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 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* ». Et d'ajouter que « *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* ». La loi du 8 août 2016 a précisé cette obligation. Ainsi il est prévu désormais que « l'employeur s'assure que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel sont accessibles. Il s'assure également que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail ». Cependant, le législateur a souhaité repousser l'entrée en vigueur de cette disposition de trois ans. Quoiqu'il en soit, il convient de relever le choix sémantique opéré par le législateur qui n'a pas souhaité que figure dans la langue du droit la notion d'aménagement raisonnable. Celle-ci ne figure que de manière sous-jacente quoique certaine. L'expression de mesures appropriées et la précision quant à leur caractère non-disproportionné expriment en effet la volonté du législateur de transposer la directive¹.

Interdiction des discriminations, obligation d'embauche, obligation de négociation et obligation de prévoir des mesures appropriées, voilà l'essentiel des règles issues du droit du travail en matière de handicap. Ceci peut paraître maigre, en particulier si l'on prend en compte les possibilités d'exonération de l'employeur à son obligation d'emploi², la faculté de modifier la périodicité de la négociation obligatoire³ ou encore les limites qui découlent du fait que les charges consécutives à la mise en œuvre des mesures appropriées ne doivent pas être disproportionnées. Mis bout à bout, l'ensemble de ces dérogations affaiblit l'effectivité de l'exigence d'égalité au profit des personnes handicapées. A cet égard, il faut espérer que le nouveau dispositif issu de la loi du 8 août 2016 renforce l'effectivité du droit à l'égalité et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. Ce dispositif vise à permettre aux personnes handicapées « d'accéder et de se maintenir dans l'emploi rémunéré sur le marché du travail ». Plus précisément, il consiste, en complément des services, aides et prestations existants, en une contractualisation du soutien et de l'accompagnement offert aussi bien au travailleur handicapé qu'à son employeur. L'article L. 5213-2-1 prévoit ainsi la conclusion

à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service ; 10° Les titulaires de la carte d'invalidité définie à l'article L. 241-3 du code de l'action sociale et des familles ; 11° Les titulaires de l'allocation aux adultes handicapés.

¹ Cf. Exposé des motifs.

² Il peut notamment s'en acquitter en versant au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés prévu à l'article L. 5214-1 une contribution annuelle pour chacun des bénéficiaires de l'obligation qu'il aurait dû employer.

³ Code du travail Art. L. 2242-20 : Un accord d'entreprise peut modifier la périodicité de chacune des négociations prévues à l'article L. 2242-1 pour tout ou partie des thèmes, dans la limite de trois ans pour les deux négociations annuelles et de cinq ans pour la négociation triennale. Cette possibilité de modifier la périodicité de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail mentionnée à l'article L. 2242-8 n'est ouverte que dans les entreprises déjà couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle ou, à défaut, par un plan d'action.

d'une convention individuelle d'accompagnement entre la Maison départementale des personnes handicapées, la personne accompagnée ou son représentant légal et son employeur. Elle précise notamment les modalités d'accompagnement et de soutien du travailleur handicapé et de l'employeur, notamment sur le lieu de travail.

Pour s'en tenir aux aménagements raisonnables, l'absence de référence explicite est déjà significative et signifiante¹. Il est précisé que le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa *peut être* constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-2. L'emploi du verbe modal « *peut* » est révélateur de la réticence du législateur à l'idée que cette technique juridique puisse déployer tous ses effets. Mais c'est surtout la place de cette disposition dans le Code du travail qui mérite d'être soulignée. La notion de mesures appropriées est insérée dans le cadre de la législation relative aux bénéficiaires de l'obligation d'emploi, inspirée des politiques sociales fondées sur la solidarité nationale, c'est-à-dire fondées sur l'égalité entre citoyens au moyen d'un droit à la compensation des conséquences d'un handicap², plutôt que sur l'égalité de traitement entre travailleurs dont est pleinement responsable l'employeur³.

A tout cela s'ajoute l'incertitude encore présente quant à la notion de salarié handicapé et des différences de régimes possibles entre les travailleurs selon qu'ils aient ou non obtenu le statut de travailleur handicapé⁴. Tout ceci évidemment est une source autant d'insécurité que d'ineffectivité des droits⁵.

Bref, cette disposition présente intrinsèquement des insuffisances, limitant l'efficacité possible de la technique des aménagements raisonnables. Mais l'obstacle vient aussi d'ailleurs et s'avère exogène à l'exigence d'égalité. Il tient à ce que le droit social appréhende aussi, sinon plus, la situation des personnes dont l'état de santé est durablement ou définitivement altéré à travers l'exigence de santé, sans par ailleurs que celle-ci ne soit toujours articulée avec l'exigence d'égalité.

¹ V. déjà *supra* la contribution de F. Guimoard.

² Le droit à la compensation a été reconnu pour la première fois par la loi n° 2002-273 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Cf. C. act. Soc. Fam. Art. L. 114-1 - Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté ; Art. L. 114-1-1 - La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.

³ L. Aouar, *Handicap, maladie et droit à l'emploi. De la solidarité à l'égalité substantielle*, thèse, 2009, p. 374 s ; L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées ; entre discrimination et égalité*, Dalloz 2013 ; M.-T. Lanquetin, « Discriminations », *Rep. Dalloz*, mise à jour 2016, n° 123.

⁴ La reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH) résulte d'une décision administrative qui permet d'ouvrir droit au bénéfice de certaines aides telles que l'allocation aux adultes handicapés ou encore les aides de l'Agefiph.

⁵ Suivant le Code du travail, est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielle, mentale ou psychique⁵. Définition qui diffère de celle plus large prévue par le Code de l'action sociale qui dispose qu'au sens de la loi du 11 février 2005, constitue un handicap toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un poly-handicap ou d'un trouble de santé invalidant.

II. Les aménagements raisonnables dans l'ombre de l'exigence de la santé des travailleurs

Bien souvent, c'est sous le prisme de la santé des travailleurs qu'est abordée la situation professionnelle des personnes handicapées, ne serait-ce comme l'a noté Franck Héas parce que « *la dimension médicale est dominante en matière de handicap* »¹.

Au demeurant, la notion de maladie est distincte de celle de handicap. Toutefois, cette distinction ne signifie pas que la maladie dont souffre un travailleur puisse être qualifiée de handicap. Il en sera ainsi lorsque la maladie a pour conséquence une limitation durable de sa participation à la vie professionnelle. En particulier, le handicap peut très bien résulter de la maladie professionnelle ou des lésions dont souffre le salarié consécutivement à un accident du travail. Il existera alors un lien, difficile à démêler, entre le constat de son handicap, la décision relative à son aptitude ou non à occuper son poste de travail et celle se rapportant à l'évaluation de son incapacité permanente à travailler².

En droit du travail tout d'abord, il convient en premier lieu de rappeler l'obligation faite à tout employeur de préserver la santé physique et mentale des travailleurs³. Ainsi est-il obligé de prévoir « *la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés* », sur le fondement des principes généraux de prévention, dont celui d'adapter le travail à l'homme⁴. Dès lors, indépendamment de l'état de santé du salarié, qu'il soit altéré ou non, l'employeur se doit de le préserver. Pour ce faire, il lui revient de prendre toutes les mesures nécessaires justifiées par la nature des risques professionnels, voire de la pénibilité de l'emploi occupé par les salariés.

En second lieu, de manière plus spécifique, l'altération durable de l'état de santé du travailleur et l'entrave portée à sa vie professionnelle peut être saisie par différents régimes, qui ont chacun une logique propre, même si quelques connexions semblent se faire jour⁵.

Il en existe essentiellement trois régimes : l'inaptitude, l'invalidité et l'incapacité permanente. L'inaptitude tout d'abord. Le salarié doit être *apte* à exercer le travail pour lequel il est employé. La décision d'aptitude ou d'inaptitude à occuper son poste de travail relève de la seule compétence du médecin du travail⁶.

Si le salarié est déclaré *inapte* par le médecin du travail, l'employeur pourra, voire devra le licencier après avoir veillé, toutefois, à respecter son obligation de reclassement⁷. A l'inverse,

¹ F. Héas. « Le contentieux de l'inaptitude à l'emploi en cas de handicap », *RDSS* 2011, p. 849.

² M. Caron et P-Y. Verkindt, « Inaptitude, invalidité, handicap : l'image du « manque » en droit social », *RDSS* 2011, p. 862.

³ Code du travail Art. L. 4121-1.

⁴ Code du travail Art. L. 4121-2, 4°).

⁵ M. Delo Sol, F. Héas, *Variations sur et autour de l'inaptitude en santé-travail*, Octares, 2016, spéc. p. 29 s.

⁶ Cass. Soc. 13 avril 2016, n° 15-10.400.

⁷ Cass. Soc. 31 mars 2016, n° 14-28.314 : « lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités ; que cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise ; que l'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail ; qu'il ne résulte pas de ces dispositions que les propositions de reclassement doivent être faites par écrit ».

le médecin du travail peut décider, même après une longue maladie ou un accident ayant altéré sa santé, de déclarer apte le salarié à occuper son poste de travail, sous réserve d'éventuelles préconisations. L'article L. 4624-3 du Code du travail, modifié par la loi du 8 août 2016, prévoit en effet la possibilité pour le médecin du travail de proposer « *des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mentale du travailleur* »¹. La loi fait désormais explicitement référence à la notion d'aménagement, ainsi qu'aux motifs discriminatoires que sont l'âge et l'état de santé. Pour autant, formellement, de tels aménagements tendent à réaliser, non pas le principe de non-discrimination, mais bien l'obligation de préserver la santé physique et mentale des travailleurs.

La Cour de cassation a ainsi pu juger que l'employeur qui ne respecte pas les préconisations du médecin du travail nuit *gravement à la santé* du salarié et plus encore est responsable de harcèlement moral².

La loi du 8 août 2016 a cependant prévu un tempérament. L'employeur pourra faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent à ce qu'il soit donné suite aux mesures d'aménagements préconisées par le médecin du travail³. La loi ne prévoit pas de voie de recours ou l'exercice d'un contrôle sur le refus motivé de l'employeur. Néanmoins, les raisons avancées par ce dernier devront démontrer son impossibilité à y satisfaire, notamment parce que les aménagements souhaités par le médecin du travail constitueraient une charge disproportionnée pour l'employeur.

C'est ainsi que se dessine progressivement, sur le terrain de la santé au travail, la notion d'aménagements raisonnables justifiés par des considérations relatives notamment à « l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur ».

Si le but de ces préconisations d'aménagements n'est pas de répondre au risque de discriminations mais de protéger la santé du travailleur, concrètement, il est tout à fait possible de les qualifier d'aménagements raisonnables au sens de la directive 2000/78, dès lors que toute altération durable de l'état de santé du salarié peut être qualifiée de handicap⁴. Ainsi, dans un arrêt déjà ancien, la Cour de cassation a reconnu la discrimination dont un

¹ Souligné par nous. Auparavant, la disposition figurant à l'article L. 4624-10 qui disposait que : « *le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs* ». On relèvera également avec intérêt que la loi du 8 août 2016 a élargi la compétence du CHSCT puisque, désormais, il lui incombe également de « de contribuer à l'adaptation et à l'aménagement des postes de travail afin de faciliter l'accès des personnes handicapées à tous les emplois et de favoriser leur maintien dans l'emploi au cours de leur vie professionnelle » (C. trav. Art. L. 4612-1 nouveau).

² Cass. Soc. 7 janvier 2015, n° 13-17.602 (extrait) : « ayant exactement retenu que l'attitude réitérée de l'employeur ayant entraîné la dégradation des conditions de travail de la salariée par le refus d'adapter son poste de travail et le fait de lui confier de manière habituelle une tâche dépassant ses capacités, mettait en jeu sa santé, la cour d'appel a caractérisé un harcèlement moral ».

³ Code du travail Art. L. 4624-6 et L. 4624-9.

⁴ Voir CJUE, 11 avril 2013, req. C-335/11 : « la notion de «handicap» visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion ».

salarié avait été victime pour avoir été licencié en dépit de l' « avis d'aptitude de reprise à mi-temps »¹. Or, une telle mesure est précisément celle que la CJUE vient de qualifier d'aménagement raisonnable au sens de la directive dans un arrêt rendu le 11 avril 2013 à propos de la législation danoise².

De cet exemple, deux enseignements peuvent être dégagés. D'abord, l'absence d'aménagements, au profit des travailleurs, justifiés par leur état de santé ou leur handicap devrait, de manière bien plus systématique, être sanctionnée à la fois comme manquement à l'obligation de préserver la santé des travailleurs et comme violation des règles de non-discrimination. Ensuite, la convergence de la notion d'aménagements raisonnables au sens de la directive 2000/78 et de la notion d'aménagement au sens de l'article L. 4624-3 du Code du travail démontre les potentialités de cette technique en matière de lutte contre les discriminations, qui va bien au-delà du seul handicap. D'ores et déjà, elle semble mobilisée à propos du critère de l'âge et de l'état de santé. Le pourrait-elle à propos d'autres motifs, tels que la religion ?³

Parallèlement, deux autres régimes sont applicables aux salariés dont l'état de santé est durablement compromis : le régime de l'invalidité et le régime de l'incapacité, tous deux reposant sur une « *cotation du corps laborieux* »⁴. Parmi les salariés durablement atteints dans leurs capacités physiques et mentales, il est possible d'obtenir, au titre de la sécurité sociale, un revenu de remplacement et/ou une indemnisation.

La pension d'invalidité d'abord est un revenu de remplacement versé au salarié compte tenu de l'altération grave et stabilisée de son état de santé affectant sa capacité de travail ou de gain⁵. L'état d'invalidité est apprécié par un médecin-conseil des caisses de sécurité sociale. Il prend en considération la capacité de travail restante, l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de l'assuré, ainsi que les aptitudes et la formation professionnelle⁶. En tant que revenu de remplacement, la pension d'invalidité vise, comme le soulignent des auteurs, à « *compenser, quoiqu'imparfaitement, la distance à l'emploi* »⁷. De ce point de vue, même si le régime de l'invalidité répond à l'altération de la santé du travailleur, toute idée d'égalité n'est pas absente. En effet, elle permet d'éviter l'exclusion sociale des travailleurs handicapés.

Enfin, le régime de l'incapacité permanente prévu par le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles consiste à réparer le préjudice subi par les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Si la finalité n'est pas la même, l'état

¹ Soc. 15 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 384 ; D 1998. IR 213 ; RJS 1998. 730, n° 1201 : « *aucun salarié ne peut être licencié, sauf inaptitude constatée par le médecin du Travail, en raison de son état de santé ou de son handicap ; que, dès lors, en présence d'un avis d'aptitude de reprise à mi-temps délivré par le médecin du Travail, il appartient à l'employeur qui décide de licencier le salarié qui a repris le travail, conformément à cet avis, au motif de l'impossibilité confirmée par le classement de l'intéressé en invalidité de la deuxième catégorie, d'exécuter normalement sa prestation de travail en raison de son état de santé, de saisir à nouveau le médecin du Travail ; qu'à défaut, le licenciement prononcé pour un tel motif est nul et cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il appartient aux juges du fond de réparer* ».

² CJUE 11 avr. 2013, req. C-335/11 ; CJUE 11 avr. 2013, req. C-337/11. Dalloz actualités, 26 avril 2013.

³ Sur ce point, voir *infra* la contribution Tatiana Gründler.

⁴ Expression empruntée à P. Leroy.

⁵ Si la personne n'est pas éligible à la pension d'invalidité, elle peut obtenir l'allocation aux adultes handicapés prévues à l'article L. 821-2 du Code de la sécurité sociale.

⁶ C.S.S. Art. L. 341-3 ;

⁷ M. Del Sol, F. Héas, *Variations sur et autour de l'inaptitude en santé-travail*, Octarès 2016.

d'incapacité permanente est déterminé en fonction de « *la nature de l'infirmité, de l'état général, de l'âge, des facultés physiques ou mentales, des aptitudes, de la qualification professionnelle de la victime, et en tenant compte d'un barème indicatif d'invalidité* »¹. De ces critères ressort un taux d'incapacité permanente qui détermine le montant de l'indemnité réparant les préjudices résultant de l'altération durable de santé consécutive à un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Cette indemnité peut être versée soit sous forme de capital soit sous forme de rente. En réalité, il est rare que le calcul de l'indemnisation prenne en compte les conséquences en termes d'employabilité des personnes en situation d'incapacité permanente.

Le rappel succinct des régimes issus du Code de la sécurité sociale semble étranger à l'objet de ce rapport. Et de fait, il s'en éloigne ! En effet, l'ensemble de ces régimes est étranger à l'exigence de l'égalité si ce n'est qu'ils réalisent l'idée exprimée à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle *tout être humain* qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. Malgré tout, la situation du travailleur dont l'état de santé est durablement atteint se voit absorbée dans des régimes où l'idée d'égalité n'est qu'un horizon lointain. Et plus encore, la multiplicité de ces régimes est en elle-même source de grande disparité et de grande inégalité entre travailleurs et entre travailleurs handicapés. Enfin, il faut ajouter à cela que les régimes de solidarité, qu'ils relèvent du droit de la sécurité sociale ou du droit de l'aide sociale, ne favorisent pas le déploiement d'autres mécanismes, tels que les aménagements raisonnables, visant à maintenir l'employabilité des travailleurs handicapés. Il devient en effet moins déraisonnable et partant plus socialement admissible d'écarter de l'emploi les salariés dont l'état de santé est durablement atteint dès lors qu'ils sont pris en charge par le système de protection sociale.

Le propos n'est évidemment pas de dénoncer ces systèmes de prise en charge des travailleurs handicapés. Il est de les interroger au regard de l'exigence d'égalité dans le souci de mettre fin au risque d'exclusion des personnes handicapées. Il convient certainement de réfléchir à la manière de mettre fin aux inégalités générées par la pluralité des régimes de prise en charge des personnes dont l'état de santé est durablement atteint. Il conviendrait aussi de réfléchir à la manière de mieux articuler la logique de santé-travail et la logique d'égalité. En effet, il ne s'agit pas de lâcher la proie pour l'ombre et d'abandonner toute logique de santé-travail. C'est bien de la combinaison de ces deux logiques, santé-travail et égalité, que viendra l'effectivité du droit à l'égalité des travailleurs handicapés et dont l'état de santé est durablement altéré.

¹ Barème fondé sur le décret du 17 juillet 1985.

Panorama des règles juridiques sur les aménagements raisonnables : de la Convention internationale à la loi

Ismaël Omarjee et Marjolaine Roccati

Diversité de textes et ordres juridiques distincts - Les principaux textes qui concourent à la reconnaissance et à la mise en œuvre des aménagements raisonnables relèvent d'ordres juridiques distincts : international, européen et national.

Le niveau international – Au niveau international, la convention de New-York du 13 décembre 2006¹ envisage les aménagements raisonnables sous le prisme de l'égalité en prévoyant qu'« *afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les Etats Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés* » (art. 5§3), de telles mesures ne constituant pas une discrimination (art 5§4). Au sens de cette convention, les aménagements raisonnables sont définis comme « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriées n'imposant pas de charge disproportionnées ou indues apportées, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées 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* » (art 2)².

Par ailleurs, les questions entourant l'adaptation professionnelle et l'emploi n'ont cessé de guider les instances de l'OIT pour la définition de leurs orientations et de leurs actions en faveur des personnes handicapées. En témoignent, la convention principale n°159 sur « *la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées* » de 1983 et la recommandation n°168³ de 1983 qui l'accompagne. Ces textes ont été suivis de l'élaboration en 2002 d'un recueil de directives pratiques sur « *la gestion du handicap sur le lieu de travail* »⁴. Parmi ces textes, seule la recommandation se réfère directement aux aménagements raisonnables : parmi les mesures devant être prises « *pour promouvoir des possibilités d'emploi des personnes handicapées* » figurent « *des mesures appropriées en vue de créer des possibilités d'emploi sur le marché libre du travail, y compris des incitations financières aux employeurs afin de les encourager à (...) adapter, dans une mesure raisonnable, les lieux de*

¹ <http://www.un.org/french/disabilities/default.asp?id=605>

² De son côté, l'article 27 précise que les Etats prennent les mesures appropriées pour faire « en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées ».

³ Recommandation n°168 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi et l'emploi des personnes handicapées, 1983,

http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312506:NO. Les conventions ont valeur de traité international, à la différence des recommandations. Ainsi aux termes de l'article 19 paragraphe 6 d), les États ont l'obligation de soumettre la recommandation à l'autorité ou aux autorités compétentes, étant précisé que « *les Membres ne seront soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'ils devront faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail* ».

⁴ *La gestion du handicap sur le lieu de travail*, Recueil de directives pratiques du BIT, Genève, Bureau international du Travail, 2002.

travail, l'aménagement des tâches, les outils, les machines et l'organisation du travail de manière à faciliter cette formation et cet emploi ».

Le niveau interne – En droit français, la notion d'aménagement raisonnable a été introduite par la loi du 27 mai 2008 *« portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations »*. L'art. L 5213-6 du code du travail qui en est issu envisage ces aménagements sous la forme *« des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés 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 »*. Comme en droit international ces aménagements sont ainsi appréhendés sous le prisme de l'égalité afin *« de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés »*.

Le niveau européen – Entre le niveau international et national, la directive européenne du 27 novembre 2000 portant un cadre général en matière d'égalité de traitement et de travail constitue, assurément, la pierre angulaire de l'action de l'Union européenne en la matière, confirmant l'appréhension de la notion d'aménagement raisonnable sous l'angle de l'égalité de traitement.

Spécialement consacré à ces aménagements, son article 5 prévoit ainsi qu'*« afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus »*. Cela signifie que *« l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées »*.

En cohérence avec cette directive, les dispositions relatives à la Fonction publique européenne se réfèrent aux aménagements raisonnables également au titre de la lutte contre les discriminations visant les personnes handicapées. Se voulant exemplaire, l'Union entend respecter, elle-même, les règles qu'elle exige des Etats. Ainsi, le statut des fonctionnaires de l'Union¹ se réfère explicitement aux aménagements raisonnables en indiquant que *« toute personne handicapée répond aux conditions requises (aptitude physique) dès lors qu'elle est en mesure d'assurer, moyennant des aménagements raisonnables, les fonctions essentielles de l'emploi concerné »* (art 1^{er} quinquies §4 al 2). Pour assurer la mise en œuvre de cette disposition, une décision de la Commission du 7 avril 2004, dite *« aménagements raisonnables »* été adoptée.

Double perspective européenne - L'obligation de prévoir des aménagements raisonnables en droit de l'Union se situe ainsi clairement dans une double perspective.

¹ Tel qu'il résulte de la version consolidée de 2004.

En premier lieu, dans le cadre de la politique générale de lutte contre les discriminations dont pourraient être victimes les personnes handicapées. Il s'agit, par ces aménagements, ces mesures appropriées, d'éviter les discriminations. On rappellera que la directive du 27 novembre 2000 a été adoptée à la suite du Traité d'Amsterdam qui entendait justement renforcer la lutte contre les discriminations notamment dans le domaine du travail en permettant au législateur de légiférer dans ce domaine.

Mais au-delà, cette obligation de prévoir des aménagements raisonnables peut être située, en second lieu, dans la politique générale de l'Union européenne en faveur des personnes handicapées. Cette politique repose sur une multitude d'actions et de programmes tels que, la journée européenne des personnes handicapées, célébrée depuis 1993 en écho à la journée internationale des personnes handicapées¹ ou encore l'année européenne des personnes handicapées en 2003. Par ailleurs, l'intégration sociale des personnes handicapées constitue un des éléments clés de l'agenda social de l'Union européenne. En écho, les lignes directrices pour l'emploi insistent chaque année sur l'inclusion sociale des personnes handicapées².

Antériorité du droit européen – L'évocation de ces différents textes permet de souligner l'antériorité relative du droit européen. Certes, la recommandation de l'OIT n° 168 est antérieure à la directive. Mais contrairement à ce qui est parfois soutenu, la directive européenne de 2000 ne constitue en aucun cas une application, sur le plan européen, des obligations prévues par la Convention de New-York car cette dernière lui est postérieure.

A vrai dire, l'inspiration en matière d'aménagements raisonnables ou de ce qui y ressemble, dans une optique de non discrimination, vient de plus loin. Dès 1961, la Charte sociale européenne³ du Conseil de l'Europe prévoyait que « les parties » à savoir les Etats signataires, s'engagent « à adapter les conditions de travail aux besoins (des personnes handicapées) en vue de garantir l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté »⁴. Cette adaptation préconisée des conditions de travail renvoyait déjà à l'idée d'aménagements raisonnables.

De son côté, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux prévoyait dès 1989 que « toute personne handicapée, quelles que soient l'origine et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes en visant à favoriser son intégration professionnelle et sociale ». Parmi les mesures visées à ce titre figuraient,

¹ Proclamée en 1992 par les Nations-Unies.

² Décision 2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, JO L 308 du 24.11.2010 ; Décision 2013/208/UE du Conseil du 22 avril 2013 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, JO, 118, 30.4.2013, p. 21–22 ; Décision 2014/322/UE du Conseil du 6 mai 2014 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres pour 2014, 165, 4.6.2014, p. 49–50.

³ Art 15 § 2. Droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté » - « En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment: à favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement ».

⁴ Cette disposition est toujours en vigueur.

notamment, l'ergonomie, l'accessibilité, la mobilité, les moyens de transport et le logement¹. L'instauration d'aménagements au profit des personnes handicapées était ainsi déjà présente. Ces deux textes – Charte sociale du Conseil de l'Europe et Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux de l'ancienne Communauté européenne – ont incontestablement inspiré l'article 5 de la directive de 2000. On peut d'autant plus le penser que les explications accompagnant l'article 26 de la nouvelle charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se réfère à ces textes. Sous le titre « *Intégration des personnes handicapées* » cette disposition prévoit que « *l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la Communauté* ». Elle parachève ainsi le corpus textuel européen en la matière.

Nous évoquerons le contenu de cette directive, ses apports ainsi que ses rapports avec les autres normes supérieures (I) et inférieures (II).

I. De la Convention de New-York à la directive européenne

L'articulation entre la Convention de New-York et le droit européen peut être envisagée d'une part, sous l'angle de la ratification de la Convention par l'Union et les Etats membres (A) d'autre part, de l'interprétation du droit européen à la lumière de la Convention (B).

A. La ratification de la Convention par l'Union et les Etats membres

Etat des ratifications - Au regard de son application dans l'Union européenne, la Convention de New-York est originale en ce qu'elle a été signée et ratifiée par l'Union en tant que telle, c'est-à-dire en tant qu'institution², ainsi que par vingt-six des vingt-huit Etats membres, l'Irlande et les Pays-Bas ne l'ayant pas ratifiée. En France, la ratification de la convention de New-York a été opérée en 2010³.

Portée de la ratification dans les Etats signataires – Compte tenu de l'absence d'effet direct des dispositions pertinentes, la portée de la ratification est toute relative pour les justiciables. Autrement dit, la ratification oblige les Etats sans pour autant créer de droits directement invocables pour les particuliers.

Rappelons que, selon l'article 5§3 de la Convention, « *afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les Etats Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés* ». Au regard de ces termes, l'article 5§3 de la convention ne remplit pas les conditions de l'effet direct horizontal n'étant ni inconditionnel ni suffisamment précis si bien qu'il ne peut pas être invoqué directement devant le juge national par une personne handicapée contre un tiers. Le constat est le même

¹ Point 26.

² Approbation par la Communauté européenne par la décision du 26 novembre 2009.

³ Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009 ; Décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

s'agissant de l'article 27 qui prévoit que les Etats prennent les mesures appropriées pour faire « en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieu de travail en faveur des personnes handicapées ».

Il en résulte qu'une personne handicapée ne pourrait pas revendiquer le respect des obligations issues de la Convention devant le juge. Tout juste, le juge national saisi pourrait-il interpréter les dispositions nationales à la lumière de la Convention. D'où l'utilité de la directive et surtout des dispositions nationales de transposition¹.

Portée de la ratification pour l'Union – La situation se présente différemment pour l'Union européenne. En vertu de l'article 216 TFUE, l'Union européenne est liée par la Convention car, selon cette disposition, « *les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les Etats membres* » « *ce qui signifie qu'ils priment les actes de l'Union européenne* » comme l'a indiqué la Cour de justice. Il en résulte qu'aucune disposition européenne ne peut aller à l'encontre de ce que prévoit la convention. Mieux, ces dispositions et notamment la directive 2000/78 doivent être interprétées à la lumière de la Convention. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que la directive est, comme indiqué plus haut, antérieure à la Convention². Tels sont du moins les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice et en particulier de l'arrêt Ring et Werge du 11 avril 2013³ qui affirme que la directive 2000/78 « doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme de la Convention ». Dans cette affaire, il s'agissait d'interpréter les notions de handicap et d'aménagements raisonnables.

B. Interprétation du droit européen à la lumière de la Convention

Interprétation de la notion de handicap à la lumière de la Convention – On se souvient que dans un arrêt *Chacon Navas* du 11 juillet 2006⁴ rendu avant la Convention de New-York, la Cour avait clairement distingué la maladie du handicap pour définir celui-ci comme la « limitation, résultant d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». Elle avait précisé que l'importance accordée par la directive aux aménagements raisonnables atteste que pour relever de la notion de handicap, une telle limitation doit être probablement de longue durée⁵. Toutefois, cet arrêt ayant été rendu avant la Convention de New-York, la Cour ne s'y est pas référé.

Dans les affaires Ring et Werge, la question concernait une nouvelle fois le lien entre le handicap et la santé. L'interprétation de la notion de « handicap » était rendue nécessaire par

¹ Voir, *infra*, II.

² Il est vrai que la décision 2010/48 approuvant la convention de l'ONU prévoit dans son appendice II que la directive fait partie des actes de l'Union ayant trait aux questions régies par la Convention.

³ CJUE, 11 avril 2013, C-335/11 et C-337/11, HK Danmark agissant pour Jette Ring et Lone Werfge.

⁴ CJUE, 11 juillet 2006, C-13/05, Chacon Navas.

⁵ La Cour avait conclu que tout licenciement fondé sur le handicap est injustifié s'il n'est démontré que la personne n'est pas compétente, aucune disposition obligeant de recruter ou de maintenir en poste une personne ni compétente ni capable d'exercer ses fonctions. Mais pour apprécier ces capacités, il convient de tenir compte des aménagements raisonnables. Toutefois, cet arrêt ayant été rendu avant la Convention de New-York, la Cour ne s'y est pas référé.

l'absence de définition de cette notion par la directive. Il était demandé à la Cour si la notion de handicap au sens de la directive incluait l'état de santé d'une personne qui, en raison d'atteintes physiques ou mentales ou psychiques, ne peut accomplir son travail pendant une période qui risque d'être longue ou de manière permanente. A travers cette question, se jouaient aussi les possibilités de sanctionner les différences de traitement liées à la santé du travailleur dans la mesure où au sens de la directive 2000/78, l'état de santé n'est pas un motif de discrimination prohibé¹.

La Cour s'est clairement référée à la Convention de New-York pour affiner sa notion de handicap². Elle en conclut, qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon l'origine du handicap si bien que la notion de handicap inclut les limitations physiques mentales ou psychiques résultant d'une maladie curable ou incurable dès lors que cette limitation est de longue durée. Cette définition inclut une référence à l'égalité avec les autres travailleurs car la convention vise précisément « l'obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs ».

Dans un arrêt plus récent du 18 décembre 2014³, s'appuyant encore sur la définition issue de la Convention de l'ONU, la Cour s'est prononcée sur l'obésité au regard du handicap : si l'obésité ne constitue pas en tant que tel un handicap, elle peut être considérée comme tel si l'état d'obésité du travailleur « fait obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs ».

Interprétation de la notion d'aménagement raisonnable la lumière de la Convention -

Dans l'arrêt Ring et Werge, la Cour de justice était également interrogée sur la notion d'aménagement raisonnable qui reste discutée en droit européen. En particulier, il lui était demandé si, au sens de la directive, la réduction du temps de travail pouvait constituer un aménagement raisonnable. Comme indiqué ci-dessus, l'article 5 de la directive ne se réfère qu'aux « *mesures appropriées* » sans autre précision qu'il s'agit de mesures individuelles « *dans une situation concrète* ». Dans ces conditions, les considérants de la directive et en particulier le considérant 20, qui énumère une liste non exhaustive d'exemples d'aménagements, s'avère utiles : y figurent, l'aménagement des locaux, l'adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyen de formation ou d'encadrement. La réduction du temps de travail ne figure pas en tant que telle comme aménagement.

Mais, prenant appui sur la définition issue de l'article 2 de la Convention de New-York – « *modifications et ajustements nécessaires et appropriés* » - ⁴ qui, préconise, selon la Cour

¹ Rappelons que figurent dans la liste des motifs discriminatoires les motifs suivants : la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle

² Pour la Cour, « *la notion de handicap doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les travailleurs* ».

³ CJUE, 18 décembre 2014, C-354/13, FOA agissant pour Kaltoft.

⁴ Selon l'article 2 de la Convention de New-York, les aménagements raisonnables sont « *les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnées ou indues apportées, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées 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* ».

une définition « large » de l'aménagement raisonnable visant des mesures non seulement « matérielles mais également organisationnelles », la Cour va considérer qu'au sens de la directive « l'aménagement raisonnable doit être entendu comme visant l'élimination des diverses barrières qui entravent la pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs » (point 54) et que cette notion peut d'autant plus inclure la réduction du temps de travail qu'il n'est pas exclu que l'on puisse la rattacher au « rythme de travail » expressément visé par le considérant 20. On soulignera, sur ce point, que la réduction du temps de travail, figure d'ailleurs comme un des exemples d'aménagements cités dans la décision « aménagements raisonnables » de la Commission du 7 avril 2004 prise pour l'application du statut de la Fonction publique¹.

Si la Cour de justice retient ainsi une acception large de la notion d'aménagement raisonnable, une telle acception ne saurait, toutefois, signifier l'obligation de satisfaire toute demande réorganisation du travail. Un exemple de refus d'aménagement est fourni par une affaire relative à la fonction publique européenne. Le Tribunal de la Fonction publique² a considéré, dans une décision du 15 septembre 2011³, qu'une dérogation à l'obligation de rotation des fonctionnaires en poste dans les représentations de la Commission européenne ne constituait pas un aménagement raisonnable. En conséquence, le fonctionnaire ne pouvait être exonéré de son obligation de rotation au titre de tels aménagements.

Convergence entre le droit international et le droit européen - L'interprétation de la directive conformément à la convention de New-York favorise la convergence entre les deux textes. Cette convergence se vérifie quant à l'interprétation large de la notion d'aménagement raisonnable, quant à l'application de la notion au secteur privé et au secteur public et quant au caractère raisonnable en ce sens qu'ils ne doivent pas constituer une charge disproportionnée. On peut souligner une différence : alors que la directive limite son champ d'application au milieu du travail, la convention de l'ONU concerne tous les secteurs de la vie sociale et n'est donc pas limitée au travail. L'article 24 § c de la Convention évoque les aménagements dans le domaine de l'éducation⁴.

Pour mesurer l'impact réel de la directive, il faut évoquer les rapports entre la directive et la loi.

II. De la directive européenne à la loi française

Avant d'entrer dans le détail des textes (B), posons tout d'abord le cadre général de la transposition (A).

¹ Voir, *supra*.

² Le Tribunal de la Fonction publique, créé en 2004, a cessé ses activités le 1^{er} septembre 2016 après avoir transféré au Tribunal ses compétences.

³ TFPE, 15 septembre 2011, F 62/10, Esders.

⁴ Selon l'article 24 § 2 c : les parties veillent à ce qu'il soit procédé aux aménagements raisonnables en fonction des besoins de chacun.

A. La transposition française de la directive européenne

Directive européenne et nouvelle approche du handicap. La directive européenne propose une nouvelle approche du handicap, présentée par la Commission comme « *axée sur la prévention et l'élimination des obstacles qui s'opposent à l'égalité d'accès des personnes handicapées au marché du travail notamment. Un élément essentiel de cette nouvelle approche consiste à chercher à éliminer les discriminations, principalement par une adaptation raisonnable aux besoins et aux aptitudes des personnes handicapées* »¹.

Ainsi qu'on a pu l'entendre lors des discussions précédant l'adoption de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, qui introduit en droit français l'obligation d'aménagements raisonnables, il faut « *sortir le handicap du ghetto sanitaire et associatif* »². Ainsi, au-delà d'un niveau accru de protection au bénéfice des personnes handicapées, il s'agit surtout d'en transformer les bases : cette protection ne doit pas reposer sur l'aide sociale mais bien relever de la défense du droit à l'égalité de toute personne.

Conscient de cette mutation importante chez différents Etats membres, le législateur européen lui-même a aménagé la transposition de la directive européenne. Ainsi, la directive devait être transposée au plus tard le 2 décembre 2003. Toutefois, est expressément prévue la possibilité pour les Etats membres de « *disposer, si nécessaire, d'un délai supplémentaire de 3 ans à compter du 2 décembre 2003, soit un total de 6 ans, pour mettre en œuvre les dispositions de la présente directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge et l'handicap. Dans ce cas, ils en informent immédiatement la Commission* »³. Plusieurs Etats membres ont fait usage de cette possibilité, parmi lesquels la France.

Transposition de la directive et vigilance des institutions européennes. Les Etats membres ont disposé d'un délai supplémentaire, mais les institutions européennes sont restées très vigilantes quant à la transposition correcte de cette obligation d'aménagements raisonnables. C'est ainsi que la Commission constatait notamment en 2008 que « *certaines États membres n'ont pas inclus cette notion dans leur droit national pour l'instant ou l'ont fait de manière inappropriée (par exemple, en limitant l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables pour les salariés déjà sous contrat ou pour les personnes gravement handicapées)* », visant plus particulièrement l'Allemagne, l'Italie et la Hongrie⁴.

¹ Proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, /* COM/99/0565 final - CNS 99/0225 */, JO C 177E du 27.6.2000, pp. 42-46, point 3.

² Collectif des démocrates handicapés, cité par Florian Linditch, « "L'enfer est pavé de bonnes intentions" ou de la difficulté de faire respecter la législation relative aux travailleurs handicapés », *JCP. A.*, n°10, 7 mars 2005, p. 1120.

³ Article 18 de la directive.

⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au comité des régions, sur « L'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, [SEC(2008)524], 2.9.2008, p. 6.

A cet égard, elle engagea plus tard une procédure à l'encontre de l'Italie. La Cour de justice constatait alors le manquement de cette dernière à son obligation de transposition. En effet, la législation italienne ne permettait pas de contraindre tous les employeurs à prévoir des aménagements raisonnables pour toutes les personnes handicapées¹. L'Italie ne pouvait ainsi s'abriter derrière une loi-cadre contenant des mesures publiques d'incitation et d'aide ou d'autres lois ne s'appliquant qu'à certains types de personnes handicapées définis par cette loi et ne concernant que certaines catégories d'entreprises et donc d'employeurs, sans porter par ailleurs sur tous les différents aspects de la relation de travail. À la suite de cette décision, l'Italie a modifié sa législation.

Qu'en est-il de la législation française en la matière ?

B. Les textes français de transposition

Transposition dans le secteur public et privé. La directive européenne « *s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics* »². En droit français, l'obligation d'aménagements raisonnables a été introduite par la Loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Ses articles 24 et 31 viennent insérer l'obligation d'aménagements raisonnables à travers une disposition supplémentaire dans le Code du travail³ et la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires⁴, qui recouvre les fonctionnaires des administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics⁵ : « *Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs [...] prennent, en fonction des besoins*

¹ C.J.U.E., aff. C-312/11, 4 juillet 2013, *Commission européenne c/ Italie*.

² Article 3 de la directive.

³ Article L. 323-9-1 : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés mentionnés à l'article L. 323-3, les employeurs prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 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, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

Ces aides peuvent concerner notamment l'adaptation de machines ou d'outillages, l'aménagement de postes de travail, y compris l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail.

Le refus de prendre des mesures appropriées au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 122-45-4 » ; l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) a abrogé l'article L. 323-9-1, dont les dispositions se retrouvent désormais à l'article L. 5213-6.

⁴ Article 6 sexies : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du Code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur » ; cet article a été modifié par la Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui a substitué à l'article L. 323-3 du code du travail l'article L. 5212-13.

⁵ Article 2.

dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux [catégories énumérées dans une disposition du code du travail] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur ».

Comparaison entre les textes français et la directive européenne : le domaine de l'obligation. La disposition qui introduit en France l'obligation d'aménagements raisonnables mérite plusieurs observations, si on la compare à son homologue européen.

D'abord, il n'est pas fait expressément mention de la notion d'« *aménagements raisonnables* », jugée trop vague et subjective. Au regard des mesures appropriées pouvant être prises, initialement, la disposition du Code du travail était plus longue et prévoyait que « *ces aides peuvent concerner notamment l'adaptation de machines ou d'outillages, l'aménagement de postes de travail, y compris l'accompagnement et l'équipement individuels nécessaires aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et les accès aux lieux de travail* », mais cette précision a été supprimée avec une ordonnance de 2007 qui a déplacé la disposition relative l'obligation d'aménagements raisonnables¹. La loi du 8 août 2016² est venue réintroduire des précisions quant aux mesures appropriées, en posant l'obligation pour l'employeur de « *s'assure[r] que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel sont accessibles [et de] s'assure[r] également que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail* »³. Ces précisions, qui entreront en vigueur le 8 août 2019, sont loin de recouvrir l'ensemble des hypothèses envisagées par la directive européenne, notamment dans son considérant 20 évoquant l'aménagement des locaux, l'adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyen de formation ou d'encadrement.

Concernant les bénéficiaires de l'obligation d'aménagements raisonnables ensuite, qu'il s'agisse du secteur privé ou du secteur public, ceux-ci recouvrent des catégories bien précises, énumérées dans un article du code du travail : les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10%, les titulaires d'une pension d'invalidité, les titulaires d'une rente d'invalidité des

¹ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative), qui a abrogé l'article L. 323-9-1 et introduit l'article L. 5213-6.

² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF n°0184* du 9 août 2016.

³ Art. L. 5213-6 al. 2 du Code du travail ; obligation à rapprocher du dispositif prévu à l'article L4624-3 du Code du travail, en vigueur au 1^{er} janvier 2017, suivant lequel « [l]e médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur » ; sur le lien entre égalité et santé au travail, voir *supra*, J. Dirringer, « Les aménagements raisonnables : entre logique de santé et logique d'égalité ».

sapeurs-pompiers et les titulaires d'une carte d'invalidité¹. A cet égard, le champ d'application de l'obligation d'aménagements raisonnables s'avère plus restreint que ne le laissait suggérer la définition du handicap retenue par la Cour dans l'arrêt *Ring*, qui fait plus largement référence aux personnes souffrant d'une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, durables². En particulier, seuls les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées peuvent bénéficier d'aménagements raisonnables.

Comparaison entre les textes français et la directive européenne : le domaine de l'exonération. Au regard de la « *charge disproportionnée* » pouvant être invoquée par l'employeur pour ne pas mettre en place les aménagements raisonnables, la directive européenne ajoute que cette charge « *n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées* »³.

Dans l'un des considérants, il est précisé qu'il « *convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide* »⁴. Il est ainsi fait référence à un certain nombre d'éléments permettant à l'employeur de s'exonérer de son obligation en s'abritant, par exemple, derrière la taille de l'entreprise. La loi française ne reprend pas ces divers éléments qui atténuent l'obligation et met au contraire l'accent sur les aides pouvant « *compenser en tout ou partie les dépenses supportées* », laissant présager une appréciation stricte de cette notion de charge disproportionnée.

Pour l'exercice d'un éventuel contrôle, le juge français dispose d'une marge de manœuvre importante. En effet, la Cour de justice a considéré qu'il « *incombe au juge national d'apprécier si la [...] mesure d'aménagement représente une charge disproportionnée pour les employeurs* »⁵.

Pour conclure, l'enchevêtrement normatif révèle des différences de perception de cette notion d'aménagements raisonnables au niveau législatif et supra-législatif. En France, des critiques s'élèvent, notamment parce qu'il revient à chaque entreprise et à chaque organisme public concernés d'apprécier si les aménagements à entreprendre sont raisonnables et ne représentent pas une charge disproportionnée⁶. Au sein de l'Union européenne, la communication

¹ Catégories mentionnées aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 du Code du travail ; le projet de loi de 2005 ne visait initialement que les personnes handicapées ayant obtenu de la COTOREP une reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH). C'est la commission des affaires sociales du Sénat qui a proposé de « *viser expressément non seulement les travailleurs handicapés au sens du code du travail, mais aussi les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, les titulaires d'une pension d'invalidité, les titulaires d'une rente d'invalidité des sapeurs-pompiers et les titulaires d'une carte d'invalidité* » (Rapport n° 20 (2004-2005) de M. Paul Blanc, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 13 octobre 2004, article 9).

² CJUE, aff. C-335/11 et C-337/11, 11 avril 2013, *Ring*, points 38 et 39.

³ Article 5.

⁴ Considérant (21).

⁵ *Ibid.*, point 59.

⁶ Rapport n° 72 (2008-2009) de Mme Muguette DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 30 octobre 2008, au regard de la proposition de résolution sur la proposition de directive du

s'organise. Le Parlement européen a ainsi récemment affirmé que « *les investissements dans les aménagements raisonnables sont rentables et sont suivis d'un retour, non seulement en termes d'inclusion sociale mais aussi en favorisant une meilleure productivité réduisant le taux d'absentéisme* »¹.

Le législateur européen semble même vouloir étendre cette notion d'aménagements raisonnables hors du cadre du handicap. Une recommandation de la Commission de 2013 invite ainsi les Etats membres à « *prendre des mesures appropriées pour faire en sorte que, lorsqu'elles sont privées de liberté, les personnes vulnérables bénéficient d'aménagements raisonnables compte tenu de leurs besoins particuliers* »². Le rapport du Parlement cité précédemment appelle à l'extension d'un devoir d'aménagement raisonnable pour tous les motifs de discrimination³.

Mais plus prudent, un avocat général de la Cour de justice européenne a refusé d'étendre l'obligation au motif religieux et a rappelé que « *le législateur de l'Union n'impose des « aménagements raisonnables » comme règle générale « afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement » qu'à l'égard des personnes handicapées (article 5 de la directive 2000/78). S'agissant d'autres critères de discrimination, en particulier de la religion, il est en revanche plutôt conforme à l'appréciation du législateur de la directive 2000/78 de ne pas exiger des employeurs qu'ils prévoient de tels aménagements* »⁴.

Ici, comme ailleurs dans les politiques européennes, la prudence s'impose.

Conseil relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.

¹ *Projet de rapport présenté par Renate Weber, concernant l'application de la directive 2000/78/CE*, présenté le 2 février 2016, (2015/2116(INI)), point 8.

² *Recommandation de la Commission du 27 novembre 2013 relative à des garanties procédurales en faveur des personnes vulnérables soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales*, OJ C 378, 24.12.2013, pp. 8-10, point 14.

³ *Ibid*, point 5.

⁴ Conclusions présentées par l'avocat général Juliane Kokott le 31 mai 2016, dans l'affaire C-157/15, *Achbita*, point 110.

Les accords collectifs de travail en faveur des personnes handicapées

Morgan Sweeney

Négocier sur le thème du handicap ne s'est pas imposé avec la force de l'évidence¹. L'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs handicapés vise à l'attribution d'un emploi ou le maintien dans l'emploi des personnes handicapées, voire de faciliter leur employabilité². Ces objectifs constituent assurément une politique publique, conduite au nom de la solidarité nationale, dont la mise en œuvre ne relève pas, de manière naturelle, de la négociation collective. Toutefois, le législateur encourage depuis longtemps l'engagement des interlocuteurs sociaux sur ce terrain. Le tournant est intervenu avec la loi du 10 juillet 1987³, qui transforme la priorité d'emploi⁴, pratique peu respectée, en une obligation d'emploi (abaissée à l'époque de 10 à 6%), dont le non-respect est sanctionné par le versement d'une pénalité. La loi de 1987 a également créé des alternatives à l'embauche directe de travailleurs handicapés à hauteur de 6%, qui vont de la contribution au financement d'une association en charge de l'insertion des travailleurs handicapés – aujourd'hui l'AGEFIPH, à la signature et la mise en œuvre d'accord collectif dédié⁵. Ce faisant, et ainsi que l'explique la circulaire d'application de la loi du 23 mars 1987, « *la loi du 10 juillet 1987 a changé la logique même de l'obligation faite aux entreprises. Il ne s'agit plus désormais uniquement d'une obligation d'emploi, mais également d'obligations différentes concourant à favoriser l'emploi des bénéficiaires* »⁶. La contribution versée ou l'accord collectif doivent viser à combler le nombre d'emplois manquants entre le taux effectif d'emplois de travailleurs handicapés et le seuil de 6%.

Ces accords collectifs, conçus comme alternative à l'emploi direct de travailleur handicapé, n'en constituent pas pour autant un substitut. En effet, le législateur impose un certain nombre de conditions (agrément, définition et mise en œuvre d'actions spécifiques en faveur des personnes handicapées) pour qu'ils puissent exonérer l'employeur de son obligation d'emploi. Surtout, les mesures définies dans l'accord collectif doivent permettre à terme d'atteindre le taux d'emploi de 6%. Ces accords collectifs, au régime juridique particulier, ont été élégamment nommés de libérateurs, « *[d]ès lors qu'ils permettent à une entreprise de remplir son obligation légale autrement qu'en versant une contribution financière à l'Agefiph ou en employant directement au moins 6 % de travailleurs handicapés* »⁷. Le nombre

¹ Sur ce thème voir la très belle thèse de L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015.

² Sur cette notion à la mode, voir J. Le Goff, « Employabilité et handicap », *RDSS*, 2011, p.796.

³ Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

⁴ Instaurée par la loi du 26 avril 1924 assurant l'emploi obligatoire des mutilés de la guerre et étendue à l'ensemble des personnes handicapées par la loi n°57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés.

⁵ Les alternatives ont été multipliées et les modes de calculs ou de mise en œuvre parfois assouplis, voir en dernier lieu la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Macron », qui permet désormais de décompter au titre de l'obligation d'emploi le recours aux prestations de travailleurs indépendants handicapés.

⁶ Circulaire du 23 mars 1988, Ministère des Affaires sociales et de l'Emploi, « L'application de la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés ».

⁷ N. Maggi-Germain, M. Blatgé, V. Gosseume, L. Poulain, F. Héas, et al., *Construire l'insertion des travailleurs handicapés : le rôle de la négociation collective*, 2009, p. 16. Ces accords collectifs peuvent aussi

d'accords signés est en progression constante : alors qu'en 2000, 3,7 % des établissements avaient opté pour cette modalité de réponse à l'OETH¹, ils sont 11 % en 2013 à y recourir². Ces accords collectifs ont pour objet essentiel l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et non les aménagements raisonnables en tant que tels. Néanmoins, ces accords dessinent la manière dont les employeurs vont devoir satisfaire à leur obligation d'emploi. Ce faisant, ces accords collectifs établissent les cadres des aménagements raisonnables en faveur des travailleurs handicapés. Les accords collectifs, de par leur caractère général, ne peuvent directement prévoir les aménagements raisonnables pour tel ou tel salarié handicapé. Alors que l'aménagement est décidé en fonction du handicap et du poste en cause, les accords collectifs ne peuvent fixer que les cadres, les lignes directrices de ces aménagements. Plus particulièrement encore, les accords collectifs libératoires déterminent le budget et les allocations aux différentes actions à mener en termes de recrutement ou de maintien dans l'emploi qui seront exclusivement alloués à ces aménagements. Sans que le lien ne soit expressément affirmé dans les dispositifs juridiques propres aux accords collectifs libératoires, le contenu de ces accords est nécessairement lié à l'obligation d'aménagement raisonnable du poste au handicap du salarié qui pèse sur l'employeur, car il en définit en même temps les modalités possibles (aménagements matériels, organisationnels, etc.) et le financement.

Les accords collectifs libératoires sont d'une espèce particulière. En effet, en tant que relai de la politique publique de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés, l'accord collectif va être soumis aux contraintes inhérentes à ce type de politique, qui ne saurait totalement échapper aux pouvoirs publics (I). Plus encore, par la prescription de mesures particulières à destination exclusive des travailleurs handicapés, dans un objectif affiché d'égalisation, le contenu des clauses des conventions ne va pas sans interroger l'exigence d'égalité qui les sous-tend (II).

I. L'accord collectif comme instrument de politique d'insertion des personnes handicapées

Inscrire la politique publique de l'insertion professionnelle des personnes handicapées dans la politique conventionnelle des interlocuteurs sociaux ne va pas sans modifier l'accord collectif. Ils sont en effet soumis à un dirigisme conventionnel strict (A), dont les grandes lignes sont définies par la loi et consistent dans le développement d'une pluralité de plans, d'actions en faveur des travailleurs handicapés (B).

bien être négociés et conclus au niveau de la branche, du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement. Le choix du niveau de négociation revient aux interlocuteurs sociaux. Néanmoins, en pratique c'est le niveau de l'entreprise qui est privilégié, les accords collectifs de branche définissant de véritables plans en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés sont rares, nous pouvons citer a branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif, cf. l'étude sur cet accord N. Maggi-Germain, « Les accords « libératoires » sur l'emploi des travailleurs handicapés », *La Revue de l'Ires*, 2010/4 (n° 67), p. 99.

¹ S. Amira, G. Stefano (De), « L'emploi des travailleurs handicapés dans les établissements de 20 salariés et plus : bilan de l'année 2003 », *Premières Synthèses* n° 17, Dares, 2006.

² L. Chabanon, « L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés en 2013 », *Dares Analyses* n° 083, novembre 2015.

A. Un dirigisme conventionnel¹ strict

Classiquement, la négociation collective est présentée comme l'expression de l'intérêt collectif des salariés et des employeurs, au travers de leurs représentants que sont les organisations syndicales et patronales. Il convient de distinguer l'intérêt collectif de l'intérêt général, qui en constitue une limite. C'est pour cette raison notamment que les conventions collectives ne peuvent contrevenir aux règles d'ordre public absolu, telles que la compétence des Conseil de prud'hommes ou l'interdiction de l'indexation des salaires sur l'évolution des prix ou du SMIC. Dans cette perspective, les relations entre conventions collectives et réglementation étatique (loi, règlement) sont envisagées, dans les limites fixées par l'ordre public absolu, sous l'angle de l'articulation (principe de faveur/dérogation) et une certaine forme de coordination. L'approche est sensiblement différente en matière de politique d'insertion des personnes handicapées, car il s'agit d'une politique qui relève sans nul doute de la responsabilité de l'État, mis en œuvre directement par accord collectif. L'accord collectif remplit alors les fonctions traditionnellement dévolues au pouvoir réglementaire², c'est-à-dire de mise en œuvre et d'application de la loi³.

En somme, c'est une politique publique mise en œuvre par les interlocuteurs sociaux. Dès lors, la négociation collective qui s'inscrit dans une telle politique n'est certainement plus aussi libre que dans les autres domaines de négociation. Un certain dirigisme se fait jour, les pouvoirs publics orientant, souvent fortement, la négociation, voire le contenu même des accords collectifs. En effet, lorsque les négociateurs s'inscrivent dans cette politique publique, ils ne peuvent s'écarter, même de manière subreptice, de l'objectif fixé par l'État. Néanmoins, le dirigisme est plus ou moins fort : tempéré lorsqu'il s'agit de l'obligation de négocier (1), strict lorsqu'il s'agit d'accords collectifs libératoires (2).

1. L'obligation de négocier sur l'emploi⁴ des personnes handicapées

Face aux constats de l'échec chronique de l'emploi des personnes handicapées, le législateur a tôt imposé une obligation de négociation sur ce thème⁵. Les pouvoirs publics transfèrent ainsi aux interlocuteurs sociaux le traitement d'un problème qu'ils ont échoué à résoudre⁶, leur assignant la satisfaction d'objectifs qui les dépassent¹.

¹ Sur cette expression voir J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015.

² Au titre de l'article 37 de la Constitution.

³ Sur cette fonction particulière attribuée à la négociation collective, voir Y. Ferkane, *L'accord collectif du travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, thèse dactylographiée, soutenue le 11 décembre 2015, sous la direction de M.-A. Souriac, p. 180. Le Conseil constitutionnel a validé le renvoi par le législateur le soin par la négociation collective d'assurer l'application d'une loi, cf. CC, 25 juillet 1989, DC n°89-257.

⁴ Nous visons par cette expression l'ensemble du statut attaché à l'emploi et non simplement les obligations de recrutement ou de maintien dans l'emploi des personnes handicapées. Cela concerne donc également les obligations de formations professionnelles, etc.

⁵ Loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés.

⁶ Selon M.-A. Souriac : « *L'édiction par strates successives d'obligations supplémentaires est-elle autre chose qu'un procédé commode par lequel le législateur se défausse de certaines questions délicates tout en donnant l'impression de les avoir prises en compte ? Si en certains cas le renvoi de la législation vers la négociation est cohérent et réfléchi, l'obligation de négocier fait parfois figure de panacée universelle peu crédible* »,

L'obligation imposée par le législateur ne concerne que l'ouverture de la négociation sur l'emploi des personnes handicapées². Le législateur ne saurait contraindre les interlocuteurs sociaux à signer un accord – ce serait manifestement contraire à la liberté de négociation, protégée tant par la liberté contractuelle que le principe de participation.

L'obligation de négocier est manifestement antinomique de l'autonomie collective³ et souligne l'instrumentalisation croissante de la négociation collective par les pouvoirs publics sur des thèmes assignés aux négociateurs. La liberté conventionnelle est en quelque sorte domestiquée, car les interlocuteurs sociaux doivent, selon des échéances établies, reconsidérer de négocier un certain nombre de sujets prédéterminés. En matière de handicap, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « Rebsamen », a modifié à la marge les obligations de négociation sur l'emploi des personnes handicapées⁴.

Selon l'article L.2242-8 du Code du travail : « *La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur : (...) 4° Les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, notamment les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, les conditions de travail et d'emploi et les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap ; (...)* ». Une obligation triennale similaire existe au niveau de la branche⁵. Cette obligation de négociation emporte une obligation d'information préalable de l'employeur à l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, habilitées à négocier. Il doit en effet établir et transmettre un rapport « *présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue par les articles L. 5212-1 et suivants* »⁶. Ainsi, tous les ans, même si un accord relatif à l'emploi des travailleurs handicapés est en vigueur⁷, l'employeur doit convoquer et informer les organisations syndicales sur ce thème. Cette information permet à ces dernières de vérifier la mise en œuvre et le respect de ses obligations par l'employeur et d'éventuellement entamer une négociation sur ce thème⁸.

« Actualité et devenir de l'obligation de négocier, quelques aperçus. Analyse juridique et valeurs en droit social », *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 489, spéc. p. 497.

¹ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p.53.

² L'introduction, en 1982, des obligations de négocier n'a pas été sans perturber « *les habitudes et modes de pensée forgés autour d'un principe de liberté des négociations, lui-même conçu comme le seul moteur de celles-ci* », M.-A. Souriac, *op. cit.*

³ P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », in *13 paradoxes du droit du travail*, ss. la dir. de Ph. Waquet, *supplément SSL*, n°1508, 2011, p. 64. Pour une position plus nuancée cf. R. Soubie, « L'obligation de négocier et sa sanction », *Dr. soc.*, 1983, p. 55 ; A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.*, 1983, p. 63.

⁴ Pour une critique voir A. Fabre, « Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ? (Commentaire de l'article 19 de la loi Rebsamen) », *Dr. Soc.*, 2015, p. 882.

⁵ C. trav. Art. L.2241-5. Une différence doit être soulignée : au niveau de la branche ne sont pas obligatoirement négociées « *les actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap* », qui existent pourtant dans certains accords collectifs de branches relatifs au handicap...

⁶ C. trav. Art. L.2242-.

⁷ Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 août 2015, l'employeur était exonéré d'ouvrir la négociation sur ce thème si un accord collectif relatif à l'emploi des travailleurs était toujours d'application dans l'entreprise.

⁸ Cette information annuelle peut faire doublon avec l'obligation de suivi et de pilotage imposée dans les accords collectifs libératoires. Toutefois, les organisations syndicales concernées ne sont pas toujours les mêmes : les organisations syndicales non signataires de l'accord collectif libératoire ne sont pas représentées dans le comité de pilotage, l'information annuelle leur permet alors de prendre connaissance de l'évolution de l'emploi des personnes handicapées dans l'entreprise.

En matière de négociation annuelle obligatoire sur l'emploi des personnes handicapées, le dirigisme apparaît comme « tempéré » : il s'agit de l'obligation d'ouvrir des négociations, et pour l'employeur de transmettre aux organisations syndicales des informations qu'il doit obligatoirement établir, soit dans le cadre d'un accord collectif libératoire¹, soit pour les transmettre à l'administration et à l'AGEFIPH. En aucun cas les interlocuteurs sociaux n'ont l'obligation d'entamer de véritable négociation, ils peuvent s'en tenir à une simple réunion d'information, sans nécessairement que s'en suive l'entrée en négociation. Il n'est pas non plus question d'obliger les interlocuteurs sociaux d'aboutir à la signature d'un accord ni de sanctionner par des pénalités l'absence d'accord collectif contrairement à un domaine proche qu'est l'égalité hommes/femmes². Il est vrai que l'employeur encourt déjà une pénalité lorsqu'il n'atteint pas l'objectif d'emploi de 6% de travailleurs handicapés dans ses effectifs...

La négociation collective, si elle aboutit, ne donne pas automatiquement naissance à un accord libératoire en vertu duquel l'employeur serait libéré de son obligation auprès de l'AGEFIPH. En effet, l'accord libératoire doit remplir un certain nombre de conditions et surtout, doit être agréé par le préfet. Il existe donc des accords sur l'emploi des personnes handicapées qui ne sont pas libératoires, l'employeur doit alors remplir les obligations tant de la loi que de l'accord collectif. En revanche, si l'accord collectif est agréé, les actions en faveur des travailleurs handicapés sont strictement encadrées, institutionnellement.

2. L'encadrement institutionnel strict des accords libératoires

La signature d'un accord collectif libératoire concrétise l'application par les interlocuteurs sociaux de la politique publique. La fonction réglementaire de l'accord collectif, comprise comme mise en œuvre ou en application de la loi, n'emporte pas pour autant, tant s'en faut, un évincement de l'administration. En effet, dès lors que l'accord constitue la mise en œuvre d'une politique étatique, son pilotage est strictement encadré. L'accord collectif libératoire est conclu pour une durée déterminée de trois ans, son application est soumise au contrôle de l'administration depuis son entrée en vigueur jusqu'à son renouvellement éventuel.

Une fois signé, pour être libératoire, l'accord collectif doit être soumis à l'administration pour agrément³. Les signataires prudents prennent la précaution de conditionner son entrée en vigueur à l'obtention de l'agrément par l'administration, autrement l'accord est immédiatement applicable et opposable à l'employeur. L'administration doit effectuer tout d'abord un contrôle de légalité et vérifier que le contenu obligatoire fixé par la loi, en termes de différents plans⁴, est bien respecté. En outre, l'accord collectif doit inclure un état des lieux de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise, dans le secteur professionnel, dans la localité, etc., et apprécier la réalité de l'engagement en faveur de l'insertion des travailleurs

¹ Voir *infra*.

² C. trav. Art. L.2242-9 et L.2242-9-91.

³ En application de l'art. L.5212-17 et R. 5212-12 et suivants du Code du travail. L'autorité compétente pour la délivrance de l'agrément est le ministre chargé de l'emploi pour les accords collectifs de branches et le préfet pour les accords collectifs d'autres niveaux (après avis de la commission départementale de l'emploi et de l'insertion). L'administration dispose d'un délai de 2 mois pour agréer l'accord collectif. En cas de refus explicite d'agrément, la décision de l'administration doit être motivée. Enfin, le ministre de l'Emploi dispose d'un délai de 4 mois pour retirer l'agrément délivré par ses services.

⁴ Voir *infra*.

handicapés, en particulier dans le montant des budgets alloués pour chaque type d'actions identifiées. L'administration, grâce à l'ensemble des informations présentes dans l'accord collectif, est alors mise en capacité d'apprécier la teneur de l'engagement des interlocuteurs sociaux. Cela suggère qu'au-delà du contrôle de légalité, l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation de l'opportunité et donc d'une certaine « discrétionnalité » dans la délivrance de l'agrément. Néanmoins, ce pouvoir d'appréciation ne doit pas être exagéré dans la mesure où l'administration fait face à une norme d'une légitimité (symbolique) forte, issue de la démocratie sociale et qu'en pratique des experts de l'AGEFIPH, ou d'autres organismes spécialisés ou des associations, sont souvent intervenus en amont pour accompagner les négociateurs sociaux. L'agrément est délivré pour la durée de validité de l'accord.

Une fois l'agrément obtenu, les signataires – en pratique l'employeur ou l'association désignée pour la mise en œuvre de l'accord – doivent, chaque année, faire le point sur l'application de l'accord. En effet, l'accord collectif libérateur n'exonère pas l'employeur de la déclaration annuelle relative à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (DOETH) auprès de l'AGEFIPH¹. Cette déclaration permet un suivi par une entité extérieure de l'entreprise sur la mise en œuvre de l'accord. En particulier, la déclaration doit contenir l'état d'avancement du programme prévu par l'accord². C'est ce qu'un auteur a nommé l'information miroir, qui a une dimension réflexive forte, obligeant l'acteur à faire le bilan de son action³. À défaut d'une telle déclaration, l'employeur perd le bénéfice libérateur de l'agrément et sera considéré comme n'ayant pas satisfait à son obligation d'emploi de travailleurs handicapés et encours le risque de subir une pénalité...

Au terme de l'accord collectif, un bilan est dressé. Dans l'éventualité où l'entreprise n'a pas respecté ses engagements, ce qui arrive souvent⁴, une pénalité administrative peut être appliquée⁵. La partie du budget qui n'aurait pas été dépensée est reversée soit à l'AGEFIPH, soit au budget de l'accord collectif consacré à l'emploi des travailleurs handicapés suivant.

Enfin, les interlocuteurs sociaux peuvent solliciter un nouvel agrément⁶. Un nouvel accord collectif doit être négocié et l'administration n'accordera un nouvel agrément que sur la base d'un bilan quantitatif et qualitatif de l'accord collectif précédent.

L'encadrement institutionnel, tant dans l'appréciation du contenu de l'accord que du suivi de sa mise en œuvre, est strict⁷. Un tel encadrement diminue sans nul doute la liberté de

¹ Art. L.5212-5 du Code du travail, spéc. al. 2.

² Selon la circulaire DGEFP n° 2009-16 du 27 mai 2009 relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L 5212-8 du Code du travail.

³ B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques des thèses, 2013.

⁴ Dans une étude de la DARES, l'écart entre la contribution théorique (budget prévisionnel de l'accord) et les dépenses effectivement réalisées s'élève à 77,5 millions d'euros, soit 22 % du budget total des accords en 2015 (contre 18% en 2014), cf. DARES, Bilan 2015 des accords agréés au titre de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, 4 février 2016.

⁵ Art. L.5212-12 et D.5212-19 à D.5212-29 du Code du travail.

⁶ Dans l'étude précitée de la DARES, leur corpus d'accords collectifs agréés est composé à 63% d'accord de renouvellement. Ce taux monte à 82% pour les grandes entreprises.

⁷ Cet encadrement strict explique certainement pour partie le faible recours aux accords collectifs agréés, qui ne représentent que 11% des modalités de mise en œuvre de l'obligation d'emploi, soit la modalité la moins usitées, cf. AGEFIPH et FIPFIP, *Les personnes handicapées et l'emploi – Chiffres clés*, juin 2015.

négociation en la matière et vise à prévenir tout détournement de ce type d'accord et du budget qui est alloué aux actions qui y sont prévues de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs handicapés. L'encadrement administratif crée une normalisation et une standardisation des accords libératoires limitant en pratique les mesures novatrices au regard des prescriptions légales et des pratiques de l'AGEFIPH¹. Face à ce cadre strict, l'intérêt de signer des accords collectifs libératoires pour les interlocuteurs sociaux est à rechercher dans le contenu des accords.

B. Les accords libératoires : une gouvernance en plan

Vestige de l'économie planifiée « à la française » ? La possibilité de négocier des accords collectifs pour mettre en œuvre une politique d'insertion des travailleurs handicapés a été introduite en 1987. Il s'est d'emblée agi d'élaborer et de mettre en œuvre des plans, des actions en faveur des travailleurs handicapés. Si le dispositif a subi quelques coups de « lifting »², les réformes successives n'ont pas modifié son essence, tout au mieux, face à un regain d'intérêt certain ces dernières années, a-t-il été acclimaté au concept en vogue de gouvernance et de responsabilité sociale des entreprises. Le dispositif juridique des accords collectifs libératoires comprend des incitations pour encourager la conclusion de telles accords (1), qui doivent néanmoins contenir un certain nombre de plans, qui synthétisent l'ensemble des actions qui peuvent être prises sur différents thèmes en faveur des travailleurs handicapés (2).

1. Les incitations à la conclusion d'accord collectif libératoire

La signature d'un accord collectif relatif à l'emploi des travailleurs handicapés constitue aujourd'hui un instrument de communication et participe à la constitution d'une image sociale de l'entreprise, au nom de sa responsabilité sociale ou de son « éthique ». Nombre d'accords de ce type peuvent se trouver directement sur les sites institutionnels des entreprises – sans toutefois que les montants des budgets alloués aux différentes actions ne soient rendus publics... L'emploi des personnes handicapées constitue également un sujet consensuel pour les interlocuteurs sociaux, thème qui peut dynamiser la négociation collective³. Outre ces avantages réputationnels évidents, le dispositif juridique est incitatif à double titre.

Tout d'abord, l'accord collectif libératoire permet de maîtriser le budget en faveur de l'emploi des personnes handicapées, qui, dans tous les cas, aurait été alloué par l'entreprise au handicap au titre de l'obligation d'emploi. En somme, l'accord libératoire permet d'être

¹ Sur ce point cf. N. Maggi-Germain, M. Blatgé, V. Gosseume, L. Poulain, F. Héas, et al., *Construire l'insertion des travailleurs handicapés : le rôle de la négociation collective*, 2009, p. 45 et suivantes.

² Nous pouvons citer pêle-mêle la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, le décret n°2012-1354 du 4 décembre 2012 relatif à la déclaration annuelle obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés adressée à l'association mentionnée à l'article L. 5214-1 du Code du travail, le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au Code du travail (partie réglementaire) et le décret n° 2014-1386 du 20 novembre 2014 relatif à la mise en œuvre de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés par l'application d'un accord mentionné à l'article L. 5212-8 du Code du travail.

³ Voir l'étude pluridisciplinaire des plus complètes N. Maggi-Germain, M. Blatgé, V. Gosseume, L. Poulain, F. Héas, et al., *Construire l'insertion des travailleurs handicapés : le rôle de la négociation collective*, 2009.

exonéré de verser ce budget à l'AGEFIPH et d'en garder la maîtrise¹. En effet, l'une des conditions pour obtenir l'agrément suppose que le budget alloué aux actions définies dans l'accord collectif libératoire soit d'un montant au moins égal à celui qui aurait dû être versé à l'AGEFIPH en l'absence d'accord². La maîtrise de ce budget est plus souple que l'éventuelle contribution annuelle à l'AGEFIPH, car le budget peut être ajusté en fonction des projections d'évolution de la contribution attendue compte tenu de la réalisation du plan d'action de l'accord. Autrement dit, le budget annuel prévisible peut décroître en proportion des objectifs de recrutement de travailleurs handicapés³. Le budget prévisionnel de l'accord est fongible d'une année sur l'autre pendant la durée de l'accord : les sommes non dépensées une année peuvent l'être l'année suivante. La fongibilité peut également s'opérer entre les différentes actions de l'accord afin de conserver la souplesse nécessaire à la mise en œuvre de la politique d'insertion⁴.

Le second attrait de ce dispositif se niche dans la faculté d'une péréquation⁵ entre établissements⁶ d'une même entreprise soumis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés mise à la charge de l'employeur⁷. Cette faculté est une dérogation à l'article L. 5212-3 du Code du travail qui dispose : « *Dans les entreprises à établissements multiples, l'obligation d'emploi s'applique établissement par établissement* ». Autrement dit, en dehors du cas des accords collectifs libératoires, l'objectif d'emploi de travailleurs handicapés de 6% de l'effectif s'apprécie établissement par établissement. La péréquation permet ainsi de compenser le défaut de certains établissements⁸ qui ne remplissent pas l'objectif d'emplois, par les « excédents » de ceux qui remplissent l'objectif, mais surtout elle permet d'inclure dans le calcul les établissements qui ne sont pas soumis à l'obligation d'emplois, car comptant moins de 20 salariés⁹. La péréquation pourrait ainsi œuvrer à l'abaissement du montant du budget alloué au handicap... C'est un dispositif juridique pour le moins paradoxal :

¹ Néanmoins, il arrive souvent en pratique, en particulier lorsque l'accord collectif est un accord de branche, que le budget soit géré par une association (souvent créée *ad hoc*) qui assume la mise en œuvre de l'accord. Ce n'est plus alors l'entreprise qui a la maîtrise du budget...

² Voir d'un montant supérieur, car dans le calcul de ce minimum ne sont pas pris en compte un certain nombre de déductions possibles prévues aux articles D. 5212-28 et D. 5212-29 du Code du travail.

³ Les études de la DARES montrent en effet une baisse du budget alloué aux actions en faveur des travailleurs handicapés due, notamment, à la réalisation des recrutements de travailleurs handicapés. Si ces accords permettent d'augmenter le taux d'emploi, ils arrivent rarement à atteindre le seuil de 6% des effectifs... DARES, *Bilan 2015 des accords agréés au titre de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés*, 4 février 2016.

⁴ Cf. circulaire DGEFP n° 2009-16 du 27 mai 2009 relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail.

⁵ La péréquation consiste à rechercher à compenser, en tout ou en partie, des inégalités de situation.

⁶ À la suite de l'arrêt de la Cour de cassation (Soc. 10 octobre 1990), l'établissement distinct peut s'entendre comme « *un groupe de salariés ayant des intérêts communs et travaillant sous une direction unique, peu importe que la gestion soit centralisée à un autre niveau dès lors qu'il existe sur place un représentant qualifié de l'employeur* ».

⁷ Faculté ouverte par l'art. R. 5212-18 du Code du travail.

⁸ La péréquation est toujours entre établissements d'une même entreprise, il ne peut s'agir de péréquation entre entreprises d'un même groupe (accord de groupe), ou d'un même secteur professionnel (accord collectif de branche). L'obligation d'emploi pèse sur chaque employeur, une entité ne peut être exonérée de son obligation grâce à l'action vertueuse des autres entités... Toutefois, depuis la loi du 8 août 2016, l'ensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise, même obligatoires, peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserve des adaptations prévues à la présente section, de sorte que les entreprises sont dispensées de l'obligation de négocier.

⁹ En application de l'article L. 5212-14 du Code du travail.

l'incitation faite à l'endroit des interlocuteurs sociaux de se saisir du thème du handicap pourrait se faire au prix de la réduction possible du budget alloué en faveur de l'emploi des handicapés... C'est prendre le pari que l'action des interlocuteurs sociaux sera plus efficace, voire surtout plus efficiente, que la contribution annuelle à l'AGEFIPH !

Ces « récompenses » font de ces types d'accord un véritable dispositif incitatif. Selon certains auteurs, les règles incitatives se caractérisent par la réunion de trois attributs : elles sont « finalisées » - en l'espèce il s'agit de permettre et faciliter l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés ; elles reposent sur « une technique de récompense ou de facilitation » - qui consistent dans la conservation de la maîtrise du budget et une baisse éventuelle de l'allocation au handicap ; et postulent « une action guidée par l'intérêt », qui est de remplir les conditions pour bénéficier de la récompense plutôt que d'en rester en dehors¹. Ce caractère incitatif donne véritablement sens au dispositif de l'accord collectif libératoire, qui, bien qu'il existe depuis longtemps, fait écho à la vogue de la « gouvernance ». Le dispositif est aujourd'hui compris selon le présupposé qu'accorder une récompense, sous conditions, est plus efficace que l'obligation, pour amener les acteurs à accomplir ce que les pouvoirs publics attendent d'eux.

2. Le contenu obligatoire des accords collectifs : une action en plan

Afin d'obtenir l'agrément, les interlocuteurs sociaux doivent prévoir un certain nombre de « plans », qui déclinent un certain nombre d'actions qu'ils entendent mettre en œuvre en faveur des travailleurs handicapés². Les interlocuteurs sociaux ont une certaine liberté, surveillée par l'administration, de définition des actions qu'ils entendent s'imposer. Néanmoins, par la pluralité des plans à mettre en place, qui concernent les domaines différents des actions possibles à mener en faveur des personnes handicapées, le législateur oblige à une certaine complétude de l'accord, aucun plan ne pouvant être vidé de sa substance³. Le dirigisme conventionnel est perceptible, les signataires de l'accord ne font que mettre en œuvre la finalité de la politique publique d'insertion des travailleurs handicapés. Suite à la recomposition des plans entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2015⁴, les accords collectifs libératoires doivent comprendre obligatoirement deux plans : un plan d'embauche en milieu ordinaire et un plan de maintien dans l'entreprise⁵. En outre, l'accord doit comprendre, au minimum, un troisième plan choisi entre un plan d'insertion et de formation professionnelle et un plan d'adaptation aux mutations technologiques. En revanche, aucune prescription obligatoire ne concerne le contenu de chacun de ces plans. C'est aux interlocuteurs sociaux,

¹ S. Leroy, *Droit social et incitations – Contribution à l'étude des transformations de la normativité juridique*, Thèse Dactylo., 2014 ; P.-E. Berthier, « Les incitations légales », *SSL* 2015, n°1680, p. 36 ; O. Leclerc et T. Sachs, « Gouverner par les incitations. La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *La découverte, Revue Française de Socio-Economie*, 2015/2, p. 171.

² Seules les personnes bénéficiaires de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (OETH) peuvent bénéficier des actions définies dans l'accord collectif libératoire.

³ Néanmoins, les signataires de l'accord peuvent accorder plus d'importance à un plan qu'à un autre en modulant les montants des budgets qui sont attribués à chacun...

⁴ À la suite du décret n° 2014-1386 du 20 novembre 2014 relatif à la mise en œuvre de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés par l'application d'un accord mentionné à l'article L. 5212-8 du Code du travail.

⁵ Avant 2015, ce plan était facultatif.

sous le contrôle de l'administration, de définir les mesures à même de satisfaire les finalités de chacun des plans.

Le plan d'embauche en milieu ordinaire constitue sans nul doute l'élément le plus important, c'est pour cette raison qu'il a toujours été obligatoire. Il s'agit de remplir l'objectif d'emploi de 6% des effectifs, ou tout du moins de s'en rapprocher¹. Ce plan permet de financer les mesures qui apparaissent nécessaires dans les processus de recrutement à destination des personnes bénéficiaires de l'OETH, mais également des aménagements raisonnables nécessaires à l'accueil des personnes handicapées dans les services de l'entreprise. Ce plan consiste souvent dans la simple fixation d'objectifs chiffrés, soit en termes de pourcentage des effectifs (se rapprocher ou atteindre le taux de 6%), soit en termes de nombre de recrutements².

Le plan de maintien dans l'emploi vise à prévoir des mesures à même d'éviter le licenciement des travailleurs handicapés. Il s'agit essentiellement de mesures préventives contre le risque de désinsertion professionnelle des salariés handicapés. Ce plan doit prévoir des mesures complémentaires, voire supplémentaires, aux obligations légales qui pèsent sur l'employeur en matière de reclassement et d'inaptitude³ ou en matière de reclassement et de licenciement pour motif économique⁴. Ce plan peut prévoir par exemple que tout licenciement d'un travailleur handicapé doit faire l'objet d'un avis préalable d'une commission instituée par l'accord collectif qui constitue une garantie de fond dont la violation entraîne la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵.

Le plan d'insertion et de formation professionnelle est, quant à lui, destiné à aider les entreprises ayant des difficultés à trouver des personnes handicapées suffisamment qualifiées pour les postes à pourvoir. En matière d'insertion, l'employeur peut mettre en place, avec des organismes de formation initiale (apprentissage, stage) ou professionnelle, des formations qualifiantes afin d'amener les travailleurs handicapés au niveau de qualification professionnelle requis. En matière de formation professionnelle, il ne s'agit pas de substituer ce plan aux droits et obligations qui existent légalement⁶. Il s'agit généralement d'aménager le droit à la formation des travailleurs handicapés, comme par exemple prévoir un dispositif auditif ou visuel particulier qui permette au travailleur handicapé de suivre matériellement la formation. Le budget de ce plan permet de prendre en charge le surcoût lié à l'aménagement. Le plan d'adaptation aux mutations technologiques bénéficie en principe aux travailleurs handicapés présents dans l'entreprise au moment de l'entrée en vigueur de l'accord (ou tout

¹ Le budget alloué à ce plan vise à financer les mesures d'aides au recrutement et non les salaires des personnes handicapées recrutées...

² Par exemple l'accord collectif relatif au handicap du Crédit Agricole conclu le 21 décembre 2010 vise le recrutement de 500 salariés handicapés à l'horizon 2015.

³ Un handicap peut s'aggraver jusqu'à rendre le salarié inapte partiellement ou totalement à l'emploi qu'il occupait. Sur cette question, voir *supra* la contribution de Josépha Dirringer.

⁴ Ajoutons que dans le cadre de l'ordre des licenciements l'employeur doit prendre en compte le handicap des salariés, en raison de « leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile », cf. C. trav. L. 1233-5 du Code du travail.

⁵ Voir en ce sens Soc. 2 décembre 2015, n° 14-18.534 ; D. Everaert-Dumont, « Licenciement d'un salarié handicapé sans saisine préalable d'une commission instaurée par un protocole d'accord », *JCP S*, 2016, 1098.

⁶ Toutefois, l'entreprise peut faire bénéficier un travailleur handicapé externe à l'entreprise des formations internes de l'entreprise.

du moins en cours de recrutement). Ce plan devrait comprendre deux types de mesures¹ : celle de l'adaptation des travailleurs aux évolutions technologiques de leurs postes de travail². L'obligation d'adaptation en faveur de ces travailleurs est renforcée, car les conséquences négatives du handicap peuvent être amplifiées par l'introduction d'une nouvelle technologie ou par une évolution, même minime, des technologies utilisées par l'entreprise. L'autre type de mesures qui devrait être inclus consiste en la recherche permanente d'innovation technologique qui permettrait d'améliorer les aménagements existants³.

Le dirigisme conventionnel en matière d'insertion professionnelle des travailleurs handicapés modifie sensiblement la fonction de l'accord collectif de travail, réduisant les interlocuteurs sociaux en « petites mains » de la politique publique à l'œuvre. Plus que sur le rôle dévolu à chacun des acteurs, les mesures prescrites dans les accords collectifs libératoires interrogent sur les modes de réalisation de l'égalité⁴ et la nature juridique de ces mesures.

II. L'accord collectif comme cadre des aménagements raisonnables

Les aménagements raisonnables ne sont jamais mentionnés dans les dispositifs relatifs aux accords collectifs libératoires. Pourtant, ils en constituent l'objet premier, le cœur même, chacun des plans inclus dans l'accord visent essentiellement les mesures à destination des travailleurs handicapés et leur insertion dans l'emploi. Néanmoins, il s'avère complexe de tirer des enseignements définitifs de ces dispositifs législatifs et, en particulier, sur ce que peut recouvrir l'expression « aménagement raisonnable ». Toutefois, la finalité de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés permet de donner, éventuellement, des indications sur ce concept (A). Cependant, un certain nombre de mesures prescrites dans les accords collectifs libératoires entretiennent une confusion entre aménagement raisonnable et discrimination positive. Toutes deux relèvent de l'idée d'égalité, mais se distinguent d'un point de vue technique. La différence de nature entre ces concepts emporte des enjeux et des risques juridiques qu'il ne faut pas méconnaître (B).

¹ Nous utilisons le conditionnel, car ni la loi ni une doctrine unique et générale ne semblent présider aux décisions de l'administration en ce sens.

² À défaut de maintien de l'emploi, l'accord du 10 mai 2011 relatif à l'emploi des personnes handicapées dans les industries chimiques prévoit, par exemple, en cas de reclassement le maintien automatique de la rémunération et du coefficient, cf. article 9 et suivants.

³ Ce second volet, moins systématiquement présent que le premier, découle directement selon nous de l'obligation d'aménagement raisonnable, qui ne cesse pas lorsqu'une mesure d'aménagement a déjà été prise. La combinaison des obligations d'aménagement raisonnable et d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs postes milite en ce sens.

⁴ Pour une proposition de typologie des expressions de l'égalité en droit et voies de leurs réalisations, J. PORTA, « Egalité, Discrimination et égalité de traitement - A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non discrimination », *RDT* 2011, p. 290 et 354 (deux parties).

A. Les prescriptions en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées

L'étude des dispositifs conventionnels est plutôt décevante, de par leur caractère incantatoire et imprécis. Particulièrement au niveau des conventions collectives de branches, alors que la négociation sur l'emploi des travailleurs handicapés constitue une condition préalable à l'extension de ces conventions¹, les mentions dans les accords collectifs de branche, à l'exception de quelques secteurs, ne sont que le décalque, plus ou moins fidèle, des obligations légales, sans plus de précision. Un flottement plane sur les finalités de ces clauses : parfois elles sont inscrites dans une politique d'insertion à destination des travailleurs handicapés, d'autres fois elles sont attachées à la politique de lutte contre les discriminations ou de la diversité.

Ce qui frappe est le caractère souvent abstrait et général des mesures prescrites par les accords collectifs relatifs au handicap (1) et la place accordée aux dispositifs « d'acclimatation » à la problématique du handicap (2).

1. Les dispositifs conventionnels en faveur des personnes handicapées

Les dispositifs conventionnels ne constituent pas des aménagements raisonnables en eux-mêmes. En effet, les dispositifs juridiques définissent l'aménagement en fonction des besoins dans une situation concrète au regard du handicap particulier du salarié et des exigences propres du poste à pourvoir. Ce faisant, les clauses générales, et bien souvent trop abstraites, des accords collectifs libérateurs ne peuvent constituer une telle concrétisation pour chaque travailleur handicapé. Ces clauses orientent néanmoins les aménagements possibles que l'entreprise peut mettre en place. Surtout, les dispositions conventionnelles peuvent créer la culture « handicap », les conditions nécessaires, pour que ces aménagements puissent pleinement se déployer.

Malheureusement, en pratique, la signature d'accords collectifs libérateurs n'emporte pas automatiquement et nécessairement des politiques « proactives » en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées. Parfois les moyens mis en œuvre dans le pilotage de l'accord sont trop frustes ou inadaptés, sans compter que des désengagements des services de ressources humaines ou des supérieurs hiérarchiques peuvent intervenir au cours de la vie de l'accord, les acteurs focalisant leur attention sur d'autres priorités (crise, etc.)². Néanmoins, les accords collectifs libérateurs peuvent aboutir à des résultats encourageants.

Dans le cadre du plan d'embauche, le service en charge de la mission handicap a pour mission d'agir pour atteindre l'objectif de recrutement fixé par l'accord. En pratique, cela consiste essentiellement dans la recherche et l'identification de candidats travailleurs handicapés. Ces actions passent pour beaucoup par l'utilisation de réseaux de partenaires spécialisés (associations, Cap Emploi, etc.) et de partenariat, soit entre les entreprises d'un même secteur, soit directement avec des universités, notamment au travers des contrats de professionnalisation ou d'alternance. Un autre type d'action est d'inciter des salariés

¹ C. trav. Art. L. 2261-22, 11°.

² S. Caron, S. Chasseriau, C. Laubressac, L. Titli, *Entreprises et handicap, les modalités de mise en oeuvre de l'OETH*, Documents d'études DARES, septembre 2016.

susceptibles d'être reconnus comme travailleurs handicapés d'accomplir les démarches nécessaires pour ce faire. Dans certains accords, sont mis en place des référents « handicap » dans chaque établissement, dont le rôle est d'identifier et d'accompagner les travailleurs handicapés. Clairement, le défi pour les entreprises dans leurs objectifs de recrutement est d'identifier des travailleurs handicapés, soit pour les recruter, soit pour leur faire reconnaître cette qualité s'ils n'ont pas entamé les démarches.

Par ailleurs, les accords collectifs libératoires imposent souvent un suivi de proximité des salariés en situation de handicap. Le référent handicap de l'établissement effectue des bilans réguliers avec le salarié afin de faire le point sur son intégration dans l'équipe et l'adaptation de son poste de travail. L'accord peut également prescrire la mise en place de tuteur, qui permettra d'aider le salarié à effectuer sa prestation de travail. Le tuteur peut se voir financer une formation relative au handicap. Malheureusement, l'existence d'un accord collectif libératoire n'empêche pas en pratique qu'un aménagement soit matériellement insuffisant, ce qui emporte que soit le travailleur handicapé prenne sur lui et essaie de compenser son handicap par ses propres moyens – ce qui peut aboutir à un certain isolement, soit que ce soient les membres de l'équipe qui compensent le handicap – en dehors de tout aménagement spécifique¹. Les prescriptions conventionnelles ne permettent pas d'assurer une maîtrise par les acteurs et une efficacité de l'aménagement raisonnable.

Le plan de maintien dans l'emploi constitue le plus souvent le creuset des aménagements raisonnables possibles. C'est souvent dans ce plan que sont détaillées les mesures qui peuvent être prises et financées par le budget attaché à l'accord collectif libératoire. Les accords font référence à une grande variété de mesures. Les mesures systématiquement prévues dans les accords sont les aides matérielles à l'aménagement de poste – en lieu et place de l'action de l'AGEFIPH. L'accord ne fait alors que reprendre la prescription législative en matière d'aménagement raisonnable, sans la détailler plus avant. D'autres mesures sont souvent citées, sans être systématiques : les aides au transport -véhicule spécifique adapté au handicap ; aides au logement pour rapprocher le travailleur handicapé de son lieu de travail, aménagements organisationnels – comme le recours au télétravail, l'aménagement des horaires..., mesures transitoires pour la reprise d'activité après une absence, abaissement des obligations de production. Souvent, les accords collectifs définissent également des processus ou des procédures de maintien dans l'emploi qui font intervenir de manière prépondérante soit le médecin du travail, soit les représentants du personnel. Ces procédures, préalables à tout licenciement, s'ajoutent aux obligations légales de l'employeur.

En dehors de ces aides, la philosophie des entreprises dans la mise en œuvre de l'accord collectif est généralement d'inscrire leurs actions dans la politique plus générale de santé. Dans cette perspective, les travailleurs handicapés sont appréhendés au travers du prisme de l'inaptitude et de la prévention des risques². En pratique, inaptitude et aménagement raisonnable sont intimement liés et systématiquement conjugués ensemble, ce qui emporte un traitement médicalisé des aménagements raisonnables, qui pourtant n'est pas inscrit dans les dispositifs juridiques.

¹ S. Caron et al. *op. cit.*

² Voir N. Maggi-Germain, M. Blatgé, V. Gosseume, L. Poulain, F. Héas, et al., *Construire l'insertion des travailleurs handicapés : le rôle de la négociation collective*, 2009 et F. Héas, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, 2011, 1279. V. aussi *supra* la contribution de J. Dirringer.

Les accords collectifs agréés prévoient également des mesures à destination des collègues des travailleurs handicapés.

2. Les dispositifs à destination de l'environnement des personnes handicapées

Certaines dispositions des accords collectifs libératoires sont destinées à financer des actions à destination d'autres personnes que les travailleurs handicapés eux-mêmes. Ainsi, doit être compris dans l'accord un financement pour le pilotage et le suivi de l'accord – souvent par la mise en place d'une commission de suivi ou d'un référent « handicap » au sein de l'entreprise. Ces dispositifs comptent en moyenne pour 19% du budget¹.

En outre, l'accord collectif libératoire peut prévoir des actions de communication (interne ou externe), financé la participation à des colloques ou des manifestations relatives au handicap, la constitution d'un réseau relatif au handicap, etc. autant de mesures qui ne sont pas consacrées directement à l'insertion des travailleurs handicapés. Certains établissements ont développé des supports de communication, organisent des journées thématiques, des « *semaines du handicap* »... Autant de mesures qui ne sont pas consacrés directement à l'insertion des travailleurs handicapés. Ces mesures poursuivent un autre objectif : développer une culture de l'entreprise en matière de handicap.

Il peut paraître étonnant que sur un budget, en principe, consacré aux mesures en faveur des travailleurs handicapés, une partie soit consacrée à des actions essentiellement à destination des personnes non handicapées. Ces mesures visent en vérité à modifier l'environnement de travail afin de le préparer, de l'apprêter à l'accueil et au maintien des travailleurs handicapés dans l'entreprise.

Ce type de mesures suggère, en creux, une autre approche de l'aménagement raisonnable. Permettre l'insertion des travailleurs handicapés dans un poste ne se fonde pas uniquement par des aménagements techniques ou des mesures appropriées de ressources humaines (aménagement du temps de travail, recrutement de tuteurs, etc.), mais également par la préparation des milieux du travail, des collègues à la problématique des handicaps au travail. Ainsi, l'aménagement raisonnable, nommé dans le Code du travail « *mesures appropriées* », doit se faire « *en fonction des besoins dans une situation concrète* »², ce qui suppose que le point de départ de la démarche est le handicap et l'identification des obstacles qui lui sont propres pour un poste déterminé. La démarche induite par ces mesures à destination des collègues des travailleurs handicapés est inverse, prenant comme point de départ l'environnement de travail pour interroger ce qu'il induit comme obstacle à l'accueil et au maintien des travailleurs handicapés dans l'entreprise³. Sans nul doute, les deux approches, plutôt que d'être opposées, devraient être combinées, comme le suggère le dispositif des

¹ DARES, *Bilan 2015 des accords agréés au titre de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés*, 4 février 2016, spéc. p.16.

² C. trav. L. 5213-6.

³ Une telle démarche qui interroge l'environnement « normal » pour identifier les obstacles dressés à l'encontre des personnes handicapées n'est pas neuve et sous-tend un certain nombre de dispositifs, comme celle concernant l'adaptation des règles de l'aménagement ou l'habitat, de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

accords collectifs libératoires. Néanmoins, cette seconde approche devrait être développée en favorisant les diagnostics et les mesures de prévention d'obstacles face aux handicaps¹.

L'étude des mesures prescrites dans les plans des accords collectifs libératoires ne renseignent pas complètement sur ce que peut signifier l'expression d'aménagement raisonnable. Ils fournissent néanmoins des exemples utiles et les initiatives prises invitent à reconsidérer plus largement les aménagements dans l'environnement de travail dans son ensemble – et non simplement eu égard au poste pourvu. Certaines mesures définies dans certains accords collectifs libératoires amènent une autre interrogation, celle de leur juste qualification juridique.

B. La nature des dispositifs en faveur des personnes handicapées

Les mesures à destination exclusive des travailleurs handicapés sont unanimement présentées comme des mesures de faveur, afin d'adapter les conditions de travail et d'emploi pour les accueillir et les maintenir dans l'emploi. Cette volonté d'égalisation, de mise à égalité avec les travailleurs non handicapés, n'est pas sans poser de problème au regard du droit de l'égalité. Une certaine confusion règne quant à la nature de ces dispositifs pour savoir s'ils relèvent de la qualification ou de l'encadrement d'aménagement raisonnable, ou de discrimination positive (1), confusion qui n'est pas sans risque quant à la validité des mesures définies par les accords collectifs en faveur des personnes handicapées (2).

1. La confusion entre aménagement raisonnable et discrimination positive²

La confusion entre aménagement raisonnable et discrimination positive³ provient de leur finalité commune de compenser un désavantage en faveur de personnes appartenant à un groupe identifié comme désavantagé, les personnes handicapées. En outre, les deux concepts ont en commun d'autoriser expressément de se fonder directement sur un motif discriminatoire, en l'occurrence le handicap⁴.

La confusion est particulièrement perceptible dans le cadre de l'Union européenne. Dans la recommandation 86/379/CEE du 24 juillet 1986 sur l'emploi des handicapés dans la Communauté, le Conseil des communautés européennes (de l'époque) encourage les États

¹ Ce qui n'est pas obligatoire pour obtenir l'agrément.

² Sur cette épineuse question voir en particulier la très belle thèse de L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2015. V. aussi *supra* la contribution de F. Guiomard.

³ Nous entendons les expressions discrimination positive et action positive comme équivalentes. Sans entrer dans le débat relatif à la définition de ce concept, nous retenons qu'il s'agit des mesures de faveur (en vue de compensation ou non) à destination d'un groupe ou d'une population définie à partir d'un critère discriminatoire. En ce sens, la discrimination positive constitue une dérogation aux règles de non-discrimination, pour laquelle il est autorisé de se fonder directement sur un critère discriminatoire.

⁴ Une différence de teneur entre les deux types de règles doit être immédiatement soulignée : à notre sens l'action positive constitue, une dérogation, une exception aux règles de non-discrimination, alors que l'aménagement raisonnable participe de la définition des règles applicables à certains motifs discriminatoires particuliers – en effet, en droit européen et français, contrairement au concept d'accommodement raisonnable québécois, l'aménagement raisonnable est un concept propre au handicap et n'est pas applicable aux autres critères discriminatoires.

membres à prendre des actions positives en faveur des handicapés, dont des quotas d'emplois de travailleurs handicapés, mais également des « *mesures appropriées* », notamment pour atteindre ces objectifs d'emplois. Sans nul doute les « *mesures* » ainsi visées concernent les mesures d'encadrement des aménagements raisonnables dans les différents plans des accords collectifs libératoires. Pourtant, la recommandation tient ces mesures comme appartenant aux actions positives.

La confusion est encore plus évidente dans la directive 2000/78/CE¹. Pourtant, dans l'effort salubre de définition qui caractérise les directives « égalité », les auteurs distinguent clairement les aménagements raisonnables (article 5), propres au critère du handicap, de l'action positive, exception générale pour l'ensemble des critères discriminatoires (article 7, alinéa 1). Le découpage en articles de la directive invite à clairement distinguer les deux concepts. Néanmoins, de l'analyse du texte de l'alinéa 2 de l'article 7, relatif aux actions positives, ressurgit la confusion : « *En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail* ». Comment ne pas considérer que les aménagements raisonnables ne participent pas de ces dispositions qui visent à sauvegarder ou encourager l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés ? Il s'agit de la finalité première des aménagements raisonnables !

Faut-il comprendre alors que tous dispositifs en faveur des travailleurs handicapés peuvent être qualifiés dans un même mouvement d'aménagement raisonnable et d'action positive² ? Un cumul de qualification n'est pas tenable. Prenons un exemple : certains accords, dans des secteurs où il n'existe pas suffisamment de travailleurs handicapés détenant les qualifications professionnelles minimales pour être recrutés dans l'entreprise, prévoient de mettre en place une formation (éventuellement initiale) ouverte exclusivement aux personnes handicapées pour les embaucher directement par la suite. Ce type de dispositif démontre un effort pour compenser les carences professionnelles des candidats à l'emploi handicapés (au regard des exigences des postes proposés) et implique souvent une réservation des postes pour ceux qui iront au bout de la formation – ce qui constitue un quota déguisé. Ces dispositifs vont bien plus loin que nombre de dispositifs d'action positive, car, par exemple, dans celles mises en place pour favoriser l'emploi des femmes, les candidates doivent disposer au minimum des diplômes requis pour l'emploi proposé. Au travers de cet exemple, on pressent qu'une distinction peut être dessinée entre aménagement raisonnable et discrimination positive.

Qu'il soit permis ici d'esquisser ce qui permettrait éventuellement de distinguer les deux concepts étudiés. Pour ce faire, il convient de se mettre d'accord sur la spécificité des règles de non-discrimination attachées au critère du handicap. Elles ressortent d'une logique particulière, différente des premières règles de non-discrimination. Ces dernières sont assises sur une logique de prohibition : il est juridiquement interdit, et considéré comme déraisonnable, de fonder une décision sur le critère du sexe, de l'appartenance supposée à la

¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

² La confusion est également savamment entretenue en doctrine, voir par ex. F. Héas, « État de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S*, 2011, 1279.

race ou à une ethnie, etc. Ces règles, à des degrés divers, obligent à un aveuglement : on ne peut juridiquement tenir compte de ces éléments¹. En matière de handicap, la logique est inverse : il ne s'agit non pas d'interdire à l'employeur de prendre en compte le handicap du salarié, mais au contraire de l'obliger à le considérer à l'aune du handicap lui-même au regard des exigences du poste proposé, afin, notamment, d'aménager son poste. Il s'agit d'une règle que nous avons nommée de non discrimination-conscience². Dans cette perspective, l'aménagement raisonnable qui suppose la prise en considération du handicap participe directement de la mise en œuvre de la règle de non-discrimination en raison du handicap, et ne constitue pas, comme l'action positive, une dérogation, une exception à cette même règle. Le législateur français a bien perçu cette particularité et a ressenti la nécessité de préciser au troisième alinéa de l'article L.5213-6, qui dispose : « *Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa [soit un aménagement raisonnable] peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3* ». La précision est salutaire, car à s'en tenir aux définitions de la directive européenne, une discrimination directe est caractérisée « *lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs* »³ discriminatoires. En application de cette définition, une mesure neutre, qui ne viserait pas à défavoriser les personnes handicapées, mais qui ne prendrait pas en compte la spécificité de la situation des personnes handicapées, ne serait pas constitutive d'une discrimination. En effet, la neutralité affichée implique qu'il n'y a pas de volonté de traiter moins favorablement les personnes handicapées que les personnes non handicapées. La précision apportée par le législateur français est bienvenue, car elle permet de qualifier de discriminatoire le refus de l'employeur d'aménager le poste au regard du handicap du salarié.

Un autre critère de distinction entre aménagement raisonnable et discrimination positive pourrait être trouvé dans le quota, technique souvent euphémisée pour désigner la discrimination positive : le quota constitue une action positive, notamment par son caractère collectif et la réservation d'un avantage aux seuls membres d'un groupe défini sur le fondement d'un critère discriminatoire. Les quotas fixés dans les accords collectifs libératoires seraient alors des mesures d'action positive, alors que les autres mesures seraient des cadres de l'aménagement raisonnable.

La confusion entretenue entre aménagement raisonnable et action positive n'est pas sans risque juridique⁴.

2. Les risques inhérents à la confusion

Face à un critère de non-discrimination, une première question est de savoir si le législateur ou les interlocuteurs sociaux sont habilités à prendre des mesures en faveur d'un groupe discriminé. La question peut étonner lorsque l'on porte l'analyse sur le handicap, tant les

¹ D. Loschak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, 1987, p. 785.

² M. Sweeney, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges – Essai en droit social*, L'Épilogue-Lextenso, 2016.

³ Article 2 de la directive.

⁴ Il convient d'admettre que ces risques sont pour l'instant surtout théoriques, car le contentieux et le risque de contentieux en la matière sont extrêmement faibles. Les avantages accordés aux personnes handicapées font en effet l'objet d'un large consensus, ou d'un point de vue plus pessimiste, d'un tabou.

mesures spécifiques à destination des seuls travailleurs handicapés sont nombreuses et admises socialement. Toutefois, en matière de non-discrimination la réponse ne s'impose pas avec la force de l'évidence. En effet, pour certains critères il n'est, semble-t-il, pas possible de prendre des mesures d'actions ou de discrimination positive, comme à propos du critère de l'appartenance supposée à la race ou à une ethnie. Le Conseil constitutionnel a interdit, même à des fins statistiques, la prise en considération d'un tel critère¹. La juridiction constitutionnelle impose une obligation de stricte « cécité » qui interdit d'envisager toutes mesures d'actions positives fondées sur ce critère. Il est alors permis de conclure que ni le législateur, ni *a fortiori* les interlocuteurs sociaux, ne sont habilités à prendre des mesures de faveur, qu'il s'agisse d'aménagement raisonnable ou de discrimination positive, sur le fondement de l'appartenance supposée à la race ou à une ethnie. Il en va autrement en matière de handicap, pour au moins deux raisons. Premièrement, le handicap, contrairement à la race ou à l'ethnie, ne constitue pas un motif prohibé dans le droit constitutionnel français. Dès lors, toute contestation des distinctions fondées sur le handicap, et partant toutes les mesures en faveur des travailleurs handicapés, sont soumises au principe (constitutionnel) d'égalité, plus lâche. Il est relativement aisé de démontrer que la situation des personnes handicapées est différente de celles des personnes non handicapées et que ces personnes peuvent dès lors parfaitement bénéficier de dispositifs spéciaux. C'est sans doute pour cette raison que les règles en faveur des personnes handicapées n'ont jamais été sérieusement contestées devant le Conseil constitutionnel. Dès lors, le législateur est parfaitement habilité à distinguer personnes handicapées et non-handicapées afin de créer des dispositifs favorables aux premières. Dans le même mouvement, il est parfaitement possible pour lui d'habiliter les interlocuteurs sociaux à prendre des mesures en faveur des personnes handicapées, comme l'illustre le cas des accords collectifs libérateurs.

D'ailleurs, le législateur français a pris la précaution de préciser que « [*l*]es mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement prévue à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination »². L'article précité renvoie aux mesures appropriées, c'est-à-dire aux aménagements raisonnables. Une lecture stricte de l'article signifie donc que seules les mesures d'aménagement raisonnable sont autorisées par le législateur, non les mesures de discriminations positives³. Dans le Code du travail, seules les actions positives en faveur des femmes sont autorisées expressément⁴. Une lecture rigoureuse de la combinaison de ces deux articles suggérerait qu'aucune mesure d'action positive ne puisse être prise en faveur des travailleurs handicapés⁵. Une approche plus compréhensive, en particulier de l'article L.5212-2 du Code du travail, qui impose une obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés dans les effectifs de l'entreprise –

¹ C. const. 15 novembre 2007, n°2007-557 DC, Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

² Art. L.1133-4 du Code du travail.

³ Les articles 7 (relatif aux actions positives) et 13 (relatif au dialogue social) de la directive européenne ne peuvent servir de fondement d'habilitation pour les interlocuteurs sociaux de prendre des mesures d'action positives, car le premier de ces articles réserve aux seuls États membres la faculté (et non l'obligation) de prendre ou maintenir des mesures en faveur des personnes handicapées.

⁴ Art. L1142-4 du Code du travail.

⁵ C'est ici certainement une malfaçon du législateur, qui s'est bien gardé d'entrer sur le terrain polémique des discriminations positives. Pourtant, des actions positives en faveur des personnes handicapées font socialement consensus...

technique du quota, étendard de la discrimination positive - et de la faculté ouverte de recourir aux accords collectifs libératoires, suggèrent en creux, mais nécessairement que le législateur ait entendu habiliter les interlocuteurs sociaux à prendre des mesures notamment d'actions positives en la matière¹.

À considérer que les interlocuteurs sociaux puissent prendre des mesures d'aménagements raisonnables comme des mesures d'actions positives dans les accords relatifs au handicap, encore faut-il pouvoir les distinguer, car leurs régimes juridiques diffèrent. En effet, tant l'article L.5213-6 du Code du travail que l'article 5 de la directive 2000/78/CE affirment que l'aménagement raisonnable ne peut être pris qu'en « *fonction des besoins dans une situation concrète* ». Dans cette approche, l'aménagement raisonnable ne peut être qu'une mesure individualisée au regard tant du handicap que du poste considéré, et les mesures dans les accords collectifs ne peuvent être que des cadres de ce droit – non l'aménagement lui-même². En revanche, une politique de discrimination positive est collective, car elle vise un groupe dans son ensemble, définie à partir d'un critère discriminatoire.

La plus grande difficulté réside dans les conditions de validité juridique des mesures d'actions positives. Une grande incertitude plane sur les critères légaux des actions positives : ces mesures doivent-elles être temporaires, comme l'impose l'article L.1142-4 du Code du travail pour les actions positives en faveur des femmes ? Ce caractère temporaire est absent de tous les dispositifs, tant légaux que conventionnels³, de quota d'emploi en faveur des personnes handicapées... Convient-il, à l'instar de la jurisprudence européenne relative aux actions positives en faveur des femmes⁴, de refuser tout quota rigide et de n'admettre juridiquement que les quotas dits « souples », qui ménagent la possibilité, à des conditions strictes, pour chaque recrutement de retenir la candidature d'une personne qui n'appartient pas aux groupes cibles de la discrimination positive ? La formulation des quotas dans les accords collectifs sont généralement formulés comme objectifs et ne sont donc pas contraignants *per se*. Néanmoins, lorsqu'un accord réserve un certain nombre de postes aux personnes handicapées à l'issue d'une formation (co-)financée par l'entreprise, la démarche apparaît des plus rigides et ne passerait certainement pas le standard fixé par la jurisprudence européenne en matière de discrimination en raison du genre. Certainement, en matière de handicap les juges seraient moins stricts à l'égard des discriminations positives⁵.

Dans l'attente de décisions judiciaires qui pourront nous éclairer, l'incertitude plane tant sur la définition des actions positives, et donc incidemment sur la frontière avec l'aménagement

¹ Les quotas fixés dans l'accord collectif libératoire peuvent être différent de celui fixé dans la loi, et donc inférieur, ce qui a été vivement critiqué en son temps.

² Pourtant, une autre approche de l'aménagement raisonnable pourrait être promue. Comme nous l'avons suggéré *supra* l'aménagement peut se faire à partir, non du handicap ou poste déterminé, mais de l'environnement de travail dans son ensemble. Une telle approche est nécessairement collective, mais n'est pas celle arrêtée par les législateurs français et européens.

³ Néanmoins, les accords collectifs libératoires sont, de par la loi, à durée déterminée. Le caractère temporaire de l'ensemble de l'accord permettrait-il de satisfaire à l'exigence d'un tel critère de validité pour les seules dispositions d'action positive ?

⁴ CJCE 17 octobre 1995, Eckhard Kalanke contre Freie Hansestadt Bremen, Aff. C-450/93, Rec. 1995 p. I-03051 ; CJCE 11 novembre 1997, H. Marshall contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. C 409/95, Rec. 1997, I, p. 6383. Confirmées par CJCE 28 mars 2000, G. Badeck et a. contre Hessische Ministerpräsident, Aff. C 158/97, Rec. 2000, I, p. 1875.

⁵ C'est ce que nous avons déjà soutenu dans l'article « Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination », *RDT*, 2012, p. 87.

raisonnable, que sur la teneur du régime juridique applicable à chacun de ces concepts. Pourtant, compte tenu de la confusion entre les deux notions, le risque est grand qu'une mesure que des interlocuteurs sociaux ont tenue comme cadre d'un aménagement raisonnable soit requalifiée d'action positive, ne satisfasse pas aux critères de légalité de celle-ci et entraîne la nullité de la stipulation conventionnelle.

L'étude des accords collectifs consacrés à l'insertion des personnes handicapées, et plus particulièrement des accords collectifs libératoires, montrent que l'instrumentalisation de la négociation collective aux fins de mise en œuvre d'une politique publique aboutit à des accords qui ressemblent à des accords collectifs, mais qui n'en ont pas nécessairement la « saveur » ou la « sève ». Les interlocuteurs sociaux ont bien compris l'avantage de recourir à ce type d'accord, afin de bénéficier des « récompenses » idoines, néanmoins les conditions fixées par la loi et le contrôle administratif, parfaitement légitime dans le cadre d'une politique publique, brident certainement par trop, non pas la liberté, mais l'imagination des signataires des accords. Souvent les mesures sont trop générales et abstraites, voire incantatoires, pour que les acteurs sur le terrain puissent s'en saisir. En outre, derrière le paravent consensuel de la fraternité affichée à l'endroit des travailleurs handicapés sont mises en place des mesures qui pourraient bien être qualifiées de discrimination positive, dont les conditions de validité aujourd'hui incertaines, faute de jurisprudence ou de législation claire, pourraient amener à les remettre en cause. De la liberté des interlocuteurs sociaux à l'égalité en faveur des travailleurs, les accords collectifs libératoires constituent un objet juridique, certes identifiés, mais des plus particuliers.

Les aménagements raisonnables devant le juge administratif

Thomas Dumortier

En février 2005¹, une loi destinée à renforcer les droits des personnes en situation de handicap, en consacrant notamment la notion d'accessibilité universelle, a introduit un nouvel article dans le code du travail (C. trav. Art. L. 5213-6), ainsi que dans la loi de 1983 sur la fonction publique (article 6 sexies), ayant pour but de favoriser leur accès et leur maintien dans l'emploi. Ce nouveau dispositif commun à l'emploi privé et à l'emploi public transposait en droit interne une exigence formulée dans la directive 2000/78² sous le titre : « aménagements raisonnables pour les personnes handicapées ». Il consiste à faire peser sur les employeurs une obligation d'aménagement du poste, dans les limites de ce qui est possible matériellement et financièrement. Plus précisément, la charge que cette obligation fait peser sur l'employeur s'apprécie en termes de proportionnalité, entre le bénéfice des mesures à mettre en œuvre pour compenser le handicap et le coût que cela représente pour l'employeur³. Le champ couvert par ce mécanisme s'étend au-delà du seul maintien dans l'emploi, puisqu'il concerne également l'accès à l'emploi, l'évolution de la carrière et la formation. A la différence de l'obligation qui pèse depuis 1987 sur les entreprises privées et les établissements publics comptant au moins 20 salariés d'employer 6% de personnes handicapées, les aménagements raisonnables, selon le Défenseur des droits, ne « *visent pas à favoriser une personne par rapport à une autre, du fait de son handicap, mais à compenser l'inégalité induite par ce handicap en mettant à sa disposition les aménagements nécessaires pour garantir une égalité de traitement* »⁴.

L'introduction de ce mécanisme ne constituait toutefois pas une révolution en droit. Dans la fonction publique, tout du moins, la nécessité d'aménager les postes de travail est bien antérieure à 2005. Dès 1975, la loi sur le handicap comprenait des dispositions qui allaient dans ce sens⁵. En 1979, un décret relatif aux enseignants enjoignait les autorités chargées de l'organisation des concours à prendre « *les dispositions nécessaires pour que les candidats aveugles ou amblyopes et les candidats grands infirmes puissent concourir dans les conditions les plus équitables* »⁶. La nécessité d'apporter des aménagements pour

¹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

² Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 5.

³ La loi de 2005 a créé le Fonds pour l'Insertion des Personnes Handicapées dans la Fonction Publique (FIPHFP) qui accompagne les employeurs publics dans la mise en œuvre de leur obligation, notamment en participant au financement des aménagements.

⁴ Défenseur des droits, « 2005-2015 : 10 ans d'action pour la défense des droits des personnes handicapées », 2015, p. 13.

⁵ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, not. l'article 28 : « *Des crédits nécessaires à l'adaptation des machines et des outillages, l'aménagement des postes de travail et les accès aux lieux de travail pour permettre l'emploi des handicapés dans les administrations de l'Etat et des établissements publics nationaux n'ayant pas le caractère industriel et commercial, seront inscrits au budget de l'Etat* ».

⁶ Décret n° 79-479 du 19 juin 1979 relatif à l'application à certaines catégories d'agents relevant du ministère de l'éducation de l'article 27 de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, art. 11.

compenser les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes handicapées est donc ici clairement perceptible. Il n'empêche que l'article 6 sexies insiste sur le caractère proportionné des mesures appropriées requises par l'inadaptation du poste au regard des possibilités de l'employeur public. Mais cet élément d'appréciation était déjà pris en compte par les juridictions. A cet égard d'ailleurs, l'article 6 sexies peut être considéré comme une généralisation à tous les aspects relatifs à l'emploi (accès, maintien, évolution, formation) d'une exigence formulée avant 2005 par la jurisprudence. Il est toutefois remarquable que le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 6 sexies est rarement soulevé devant le juge. Pour autant, sur le fondement d'autres dispositions, le juge a joué et joue encore un rôle essentiel en matière d'aménagement, qu'il s'agisse des épreuves de concours ou bien des aménagements de poste. S'il exerce un contrôle plus ou moins étendu sur les décisions prises par l'administration en la matière, sa tâche s'avère particulièrement complexe au regard des variables à prendre en compte : l'évaluation de la part prise par le handicap dans l'éventuelle inaptitude à occuper un poste, l'identification des possibilités d'aménagement du poste, l'appréciation du caractère disproportionné des aménagements au regard des coûts qu'ils sont susceptibles d'engendrer.

D'après l'analyse du contentieux¹, le juge exerce un contrôle entier sur les aménagements réalisés en amont de la prise de poste, contrôle caractérisé néanmoins en partie par une approche abstraite de l'aptitude physique du candidat (I). Une fois en poste, les personnes en situation de handicap se tournent vers le juge pour remettre en cause des absences d'aménagement et des décisions leur portant préjudice : le contrôle alors exercé est marqué par des considérations factuelles difficiles à évaluer pour le juge (II).

I. Un contrôle étendu sur l'accès à la fonction publique (par la voie du concours)

Le concours demeure la voie ordinaire pour accéder à la fonction publique. Le handicap d'un candidat soulève des difficultés tant pour le passage des épreuves que pour l'appréciation de son aptitude à exercer les fonctions postulées. En cas de contentieux, le juge contrôle respectivement l'effectivité des aménagements d'épreuve au regard de l'exigence de compensation du handicap (A) et l'appréciation portée par l'administration sur la compatibilité du handicap avec l'emploi (B).

A. Un contrôle sur le déroulement des épreuves

On a vu que dès 1979, un décret enjoignait aux jurys de concours, pour les agents relevant du ministère de l'éducation nationale, de prendre les « *dispositions nécessaires* » pour que les

Voir aussi le décret n° 59-884 du 20 juillet 1959 portant règlement d'administration publique ouvrant l'accès d'emplois de professeurs de l'enseignement public aux candidats aveugles ou grands infirmes.

¹ Une telle analyse souffre de l'impossibilité d'accès aux jugements des tribunaux administratifs. Pour les besoins de l'étude, la jurisprudence du Conseil d'Etat et les arrêts des cours administratives d'appel ont été consultés sur le site Legifrance.

personnes handicapées puissent « *concourir dans les conditions les plus équitables* ». Il précisait que cela pouvait « *notamment* » prendre la forme d'un temps supplémentaire de préparation ou d'exécution des épreuves, ou bien encore d'un recours à un assistant tout au long de l'épreuve¹. Les aménagements ainsi prévus étaient envisagés sous formes de dérogations au régime de droit commun des épreuves du concours et étaient destinés à compenser les difficultés physiques consécutives au handicap.

La loi de 2005 sur le handicap a repris cette idée de dérogation aux règles normales de déroulement du concours, afin d'adapter les épreuves aux « *moyens physiques des candidats* », en l'étendant aux trois fonctions publiques étatique, territoriale et hospitalière. Les aménagements d'épreuves sont décidés par le jury de concours, après avis d'un médecin agréé. Le médecin consulté établit un certificat déterminant, en fonction du degré d'invalidité et de la demande du candidat, quelles conditions particulières (installation, majoration de temps, assistance) il peut bénéficier lors des épreuves. Ainsi, le médecin propose, mais c'est le jury qui décide. Les juges exercent alors un contrôle entier sur les aménagements mis en place par l'administration.

D'abord, la jurisprudence a eu l'occasion au début des années quatre-vingt-dix de conforter l'obligation d'aménagement des épreuves en rappelant l'exigence de « *dispositions nécessaires pour permettre aux candidats handicapés de concourir dans des conditions leur garantissant l'accès à l'emploi* »². La Haute juridiction administrative consacre donc une logique de compensation appréciée, au cas par cas, et débordant le cadre restreint d'un répertoire d'aménagements circonscrit *a priori*. Elle s'assure ainsi de l'existence de mesures appropriées destinées à compenser les difficultés du candidat. A cet égard, les préconisations du médecin constituent une référence majeure pour le juge.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat est allé plus loin en 2009 en s'attachant à contrôler *in concreto* les modalités de mise en œuvre des aménagements prévus pour compenser le handicap du candidat³. Dans cette affaire, le juge ne s'est pas contenté de vérifier la présence ou l'absence d'aménagement des épreuves, mais s'est placé sur « *le plan qualitatif* »⁴ pour apprécier le défaut d'aménagement invoqué par le candidat. Il a finalement considéré que l'exigence qui pèse sur l'administration d'adapter les épreuves du concours n'était pas respectée dans la mesure où la personne qui était attachée à accompagner le candidat n'avait pas les compétences requises (elle était qualifiée pour l'aide à la rédaction) pour garantir l'effectivité de l'aménagement prévu (aide à la lecture).

Le contentieux suscité par la problématique du handicap dans l'accès à la fonction publique est plus nourri encore au sujet de l'aptitude à exercer les fonctions du poste convoité.

B. Un contrôle casuistique sur l'aptitude en fonction des aménagements possibles

¹ Décret n° 79-479 du 19 juin 1979 relatif à l'application à certains agents relevant du ministère de l'éducation de l'article 27 de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

² CE 18 février 1994, *Moatti*, n° 126074.

³ CE 18 novembre 2009, n° 318565.

⁴ D. Jean-Pierre, « L'appréciation qualitative des mesures de compensation du handicap en matière de concours et d'examen », *JCP A*, 21 décembre 2009, n° 52.

Lorsqu'une personne handicapée s'inscrit à un concours, un médecin agréé par l'administration intervient pour apprécier l'aptitude du candidat à exercer l'emploi pour lequel il concourt, « *compte tenu des possibilités de compensation du handicap* » précise l'article 5 de la loi Le Pors sur le statut de la fonction publique¹. Dans l'éducation nationale, une commission académique statue en outre sur la compatibilité du handicap avec l'exercice des fonctions auxquelles le candidat postule, là encore en tenant compte des aménagements possibles². Le contentieux relatif à l'aptitude concerne principalement cette seconde problématique propre à l'éducation nationale.

Dans ce domaine, le juge exerce un contrôle sur l'appréciation portée par la commission concernant la compatibilité du handicap avec la fonction. C'est une question délicate parce qu'il s'exerce, en un certain sens, *in abstracto*, autrement dit indépendamment de la situation réelle du requérant en poste³. D'ailleurs, comme le relève un auteur, la question de la compatibilité n'est pas « *dénuée d'appréhensions stéréotypées, susceptibles d'évolution* »⁴. Par exemple, si la cécité a pu être un temps considérée comme incompatible avec l'exercice des fonctions d'enseignant⁵, ce n'est plus le cas depuis 1952⁶.

A cet égard, un examen du contentieux laisse entrevoir des modalités de contrôle distinctes, admettant plus ou moins la compatibilité du handicap avec les fonctions postulées, selon la nature du handicap considéré. Le juge semble admettre plus volontiers des aménagements lorsqu'il s'agit d'un handicap physique que lorsque le candidat est affecté d'un handicap psychique. Dans une affaire concernant une candidate malvoyante aux fonctions de principale adjointe, la commission nationale d'aptitude avait tranché dans le sens de son inaptitude en raison de « *l'excessive dépendance de tout aveugle envers son assistant pour traiter les questions de sécurité* », et sur « *l'impossibilité de traiter rapidement les documents écrits et de percevoir l'attitude de ses interlocuteurs* »⁷. Le Conseil d'Etat a censuré cette appréciation mettant en avant les possibilités d'aménagements « *tant techniques qu'organisationnels* », sans donner plus de précisions, tout en ajoutant que le handicap de la candidate « *ne diminue en rien ses capacités de perception des attitudes et de communication* ». En revanche, dans un autre cas d'espèce relatif à un requérant présentant des troubles psychiatriques qui souhaitait passer le concours de conseiller principal d'éducation (CPE), le Conseil d'Etat a validé l'appréciation de la commission concluant à une incompatibilité⁸. Alors même que le candidat pouvait se prévaloir des diplômes requis et d'une expérience professionnelle, ainsi que d'une amélioration de sa pathologie, sans d'ailleurs que l'arrêt n'apporte de précisions sur cette dernière, le juge insiste sur le taux d'incapacité de 60% et sur les relations qu'un CPE entretient avec les élèves et les personnels d'éducation. Sans évidemment remettre en cause

¹ Art. 5, 5°.

² Décret n° 98-543 du 30 juin 1998 relatif à l'application à certaines catégories d'agents relevant du ministre chargé de l'éducation nationale de l'article 27 de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, article 1^{er}. Cette disposition présente dans la jurisprudence a été abrogée en juin 2015.

³ Au terme d'un stage, ou d'un contrat pour lequel le requérant sollicite un renouvellement, le juge peut prendre en considération les évaluations dont celui-ci a fait l'objet alors qu'il exerçait ses fonctions. V. la 2nde partie.

⁴ C. Moniolle, « Appréciation de l'aptitude physique en cas de maladie évolutive », *JCP A*, 8 Septembre 2008, n°37.

⁵ CE 12 janv. 1938, *Pellissier*, *Rec.* p. 12.

⁶ CE 26 juill. 1952, *Loubeyre*, *Rec.* p. 397 à propos d'un poste dans l'enseignement supérieur.

⁷ CE, 19 novembre 2004, n° 263547.

⁸ CE 27 février 2004, n° 240662.

l'appréciation de la commission et du juge, force est de relever ici que le handicap mental paraît être plus difficilement à l'origine des aménagements, du moins dans les fonctions qui impliquent des relations sociales.

Relativisant le caractère *in abstracto* du contrôle exercé par le juge en la matière, un membre de la doctrine a pu estimer que le Conseil d'Etat s'était livré en 2004 à un contrôle *in concreto* pour vérifier la légalité d'une déclaration d'inaptitude¹ : autant les aptitudes personnelles de la candidate au CAPES d'éducation physique que les possibilités d'aménagement du poste furent alors prises en compte par le juge. La requérante était une sportive de haut niveau handicapée, avec un taux d'incapacité de 80%, pour laquelle la commission nationale d'aptitude avait prononcé une incompatibilité avec l'exercice des fonctions de professeur d'éducation physique². Le juge a annulé la décision en remettant en cause l'appréciation de la commission. En effet, il a constaté que si certaines activités liées à ces fonctions sont incompatibles avec le handicap de la requérante, des aménagements destinés à compenser cette inaptitude partielle sont envisageables. En réalité, le caractère concret ici mis en avant par la doctrine doit être relevé pour caractériser l'attachement du Conseil d'Etat à un examen casuistique des situations individuelles dans une logique de compensation. Il se refuse en effet à remettre en cause des dispositions réglementaires susceptibles de discriminer des personnes en situation de handicap en raison de leur inaptitude à exercer certaines fonctions. Un décret est intervenu en 2004 pour exiger des candidats aux fonctions d'enseignant en éducation physique des qualifications en matière de sauvetage aquatique et de secourisme. Plusieurs syndicats de l'éducation nationale avaient saisi le juge en raison de la discrimination que ce règlement entraînait à l'égard des personnes en situation de handicap. Enjoignant l'administration à interpréter le décret au regard des exigences de l'article 6 sexies, le juge le déclare parfaitement légal en 2008 dès lors que les conditions de qualification qu'il pose répondent à un impératif de sécurité des élèves³. Cela n'empêche pas, précise le juge, d'admettre dans certains cas, si cela est possible - autrement dit si la sécurité des élèves n'est pas mise en cause - des « compensations » en faveur des personnes en situation de handicap. Dans ses conclusions contraires, le rapporteur public s'attachait pour sa part à distinguer entre les deux qualifications requises : celle relative au secourisme lui apparaît raisonnable et nécessaire, au regard de l'impératif de sécurité et de la charge excessive qui imposerait d'adjoindre en permanence un secouriste auprès de l'enseignant ; en revanche, ce n'est pas le cas selon lui du sauvetage aquatique⁴. Et pour étayer son propos, il citait la jurisprudence de 2004 selon laquelle des aménagements sont possibles, telle que la présence d'une autre personne lors des séances en piscine. Il pourrait être tentant, comme les conclusions de Rémi Keller y invitent, d'analyser la décision du Conseil d'Etat comme un recul vis-à-vis de l'arrêt de 2004⁵. Mais on peut au contraire considérer que la Haute juridiction s'attache à défendre une logique de compensation à mettre en œuvre, au cas par cas, qu'il s'agisse d'ailleurs tout

¹ D. Jean-Pierre, « Recrutement des handicapés dans la fonction publique : de nouveaux moyens », *JCP A*, 7 mars 2005, n° 10.

² CE 30 avril 2004, *Mlle Monnier*, n° 254106.

³ CE 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, n° 311312.

⁴ R. Keller, « Dans quelles conditions les personnes handicapées peuvent-elles enseigner le sport à l'école ? », Conclusions sous CE 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, *AJDA* 2009, p. 380.

⁵ En ce sens, voir X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », *RFDA*, 2013, p. 315.

autant de secourisme que de sauvetage aquatique. Le juge laisse entendre que l'appréciation du caractère raisonnable d'un aménagement ne peut pas être envisagée de manière générale et absolue.

II. Un contrôle plus restreint en poste

L'aménagement des conditions de travail recouvre deux réalités : une autorisation d'accomplir un service à temps partiel (loi 2005) (après avis du médecin de prévention) ; un aménagement du poste de travail. Ce dernier peut faire l'objet d'un contentieux à l'occasion duquel le requérant conteste, dans le cadre de l'excès de pouvoir ou du plein contentieux, l'insuffisance de la prise en compte par l'administration de son handicap. Mais cette problématique apparaît en fait le plus souvent en arrière-plan, à l'occasion d'un recours contre une décision défavorable au requérant qu'il estime discriminatoire (B). De manière plus générale, les juges jouent un rôle important en déterminant la portée de l'obligation d'aménagement, au-delà même de l'article 6 sexies (A).

A. Etendue de l'obligation d'aménagement

L'obligation d'aménagement du poste de travail qui pèse sur l'administration s'exprime à travers plusieurs dispositifs normatifs. L'article 6 sexies de la loi de 1983 sur le statut général de la fonction publique auquel on associe habituellement le concept d'aménagement raisonnable présente la particularité, par rapport aux autres dispositifs, d'être réservé aux personnes dotées d'un statut de personne handicapée : les travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 5212-13 du code du travail. D'autres dispositifs, tel que celui qui est prévu à l'article 63 de la loi relative à la fonction publique de l'Etat, mettent plutôt en avant le lien entre le poste de travail et l'altération physique, cette dernière ayant pour conséquence de rendre l'agent inapte au travail. En présence d'une pluralité de textes, susceptibles dans certains cas de s'appliquer à la même situation, les requérants ne savent pas toujours quels moyens de droit invoquer. Quoiqu'il en soit, par l'interprétation qu'ils font des textes, les juges font varier l'étendue des obligations qui pèsent sur les employeurs publics. A titre d'illustration, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'étendue de l'obligation de l'affectation sur un poste adapté. Par ailleurs, une cour administrative d'appel a récemment eu l'occasion de remédier à l'exclusion des personnes en situation de handicap du bénéfice de l'article 6 sexies.

Les agents publics en situation de handicap, et donc reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions, peuvent bénéficier d'un poste adapté à leur état physique. S'agissant des enseignants, cela peut passer par une demande d'aménagement du poste de travail ou bien une demande d'affectation sur un poste adapté¹. En 2015, le Conseil d'Etat a considéré, dans cette seconde hypothèse, que l'administration est obligée de rechercher un poste de travail adapté à

¹ Article R 911-12 du Code de l'éducation. Anciennement, article 1^{er} du décret du 27 avril 2007 relatif à l'adaptation du poste de travail de certains personnels enseignants, d'éducation et d'orientation.

l'état physique de l'agent tout en ajoutant qu'il lui revient d'apprécier si la demande de ce dernier est compatible avec les nécessités du service¹. S'il s'agissait en l'occurrence d'une demande de renouvellement, la Haute juridiction a pris le soin de préciser que cette obligation vaut également pour une première affectation. Ce faisant, les droits des personnes en situation de handicap en ressortent renforcés. Toutefois, le Conseil d'Etat avait déjà pu en 2012 évoquer l'obligation qui pesait sur l'administration d'examiner la demande d'affectation de l'agent en situation de handicap, tout en la cantonnant dans les limites d'une obligation de moyen². Ainsi, dans le cas d'espèce, les juges avaient constaté la légalité du motif opposé par l'administration à la requérante et qui consistait à mettre en avant le fait que les postes adaptés prévus au budget au début de l'année scolaire étaient déjà pourvus. L'éventuelle prise en charge par le FIPH FP³ du surcoût engendré par la création d'un poste adapté n'est pas abordée par le juge. En soulevant le moyen tiré de la violation de l'article 6 sexies, le requérant aurait peut-être pu amener le juge à se prononcer sur ce point.

Dans l'un des rares arrêts rendus par une cour administrative d'appel mentionnant l'article 6 sexies, la requérante invoquait cette disposition mais se prévalait également d'une discrimination en raison de son état de santé. L'enseignante présentait des problèmes de santé qui se conciliaient difficilement avec son affectation dans une salle située au deuxième étage de l'établissement. Si sa situation personnelle était attestée par des certificats médicaux, la requérante ne pouvait cependant pas justifier de la qualité de travailleur handicapé au sens où l'article 6 sexies le mentionne. Par conséquent, la cour annule le jugement du tribunal administratif qui avait constaté une discrimination fondée sur le handicap au sens de cet article. Mais, il en va tout autrement lorsqu'elle se place sur le terrain de l'article 6, lequel est consacré aux discriminations. Le raisonnement tenu par les juges est particulièrement intéressant puisqu'il reprend la logique de l'article 6 sexies. En effet, le juge observe que l'administration ne démontre pas, alors qu'elle avait connaissance de l'état de santé de la requérante, « *l'impossibilité d'affecter à cette dernière une salle située au rez-de-chaussée de l'établissement pour lui éviter d'emprunter quotidiennement et à plusieurs reprises un escalier, situation incompatible avec son état de santé* », ajoutant « *qu'une telle affectation aurait constitué une distinction en vue de tenir compte des inaptitudes physiques de l'intéressée* ». Sur le terrain du contentieux de la responsabilité, la cour administrative d'appel permet donc d'étendre à toutes les personnes en situation de handicap, quel qu'il soit, le bénéfice de la logique propre aux aménagements raisonnables consacrée par l'article 6 sexies.

B. Le contentieux des aménagements raisonnables doublé par la problématique des discriminations

D'après la loi modifiée de 1987, les handicapés peuvent bénéficier d'un recrutement en qualité de contractuels dans les emplois de catégories A, B, C et D pendant une période d'un an renouvelable une fois avant de pouvoir, au terme de cette période, être titularisés. En cas de refus de l'administration, le contrôle du Conseil d'Etat s'avère plus délicat : d'abord parce

¹ CE 21 janvier 2015, n° 357904.

² CE 28 décembre 2012, n°350043.

³ Fonds pour l'Insertion des Personnes Handicapées dans la Fonction Publique.

que la titularisation n'est pas un droit, et par conséquent les juridictions ne sanctionnent qu'une erreur manifeste d'appréciation ; d'autre part parce que les considérations de fait sont nombreuses et complexes à appréhender. Le plus souvent, les requérants invoquent le défaut d'aménagement du poste en se plaçant sur le terrain de la discrimination : afin de répondre aux motifs de la décision de non titularisation, ils mettent leurs difficultés de travail sur le compte d'une absence d'adaptation du poste. Il est alors difficile de prouver la discrimination, dans la mesure où l'administration peut se retrancher derrière deux types d'arguments : les besoins du service ou l'inaptitude du requérant.

La loi de 2005 prévoit expressément la mise en place d'horaires aménagés pour faciliter le travail de l'agent handicapé « *sous réserve des nécessités du bon fonctionnement du service* ». Sur le site du ministère, il est encore fait référence aux « *nécessités du service* »¹. Or, l'article 6 sexies de la loi relative au statut des fonctionnaires ne mentionne pas cette condition aux contours particulièrement flous. La coexistence de plusieurs normes relatives aux aménagements mais formulées dans des termes différents, engendre des confusions que le juge n'est pas en mesure de dissiper. En l'absence de contentieux soulevant le problème au regard de l'article 6 sexies, la question demeure de savoir dans quelle mesure les nécessités du service pèseront dans l'examen des aménagements mis en place par l'administration, et quelles nécessités seront admises par le juge. Dans une affaire relative à un problème de harcèlement dont un requérant s'estimait victime, une cour administrative d'appel a considéré que le « *défaut d'aménagement de poste* » ne peut être assimilé à du harcèlement dans la mesure où l'administration est mue « *par la volonté d'assurer un bon accueil du public au secrétariat des services techniques et de tenir compte de la situation de l'autre agent affecté audit secrétariat* »². Certes, la problématique des aménagements n'est ici abordée qu'indirectement, à travers le prisme du harcèlement, mais il n'en demeure pas moins que le juge y développe une compréhension large des nécessités du service : il fait non seulement référence au bon accueil des usagers mais également aux réactions du collègue de l'agent. Cet arrêt permet donc d'apprécier, non pas ici la légalité ou l'opportunité de l'absence d'aménagements, mais la signification et la portée de ces aménagements à travers le prisme de la relation entre l'agent handicapé et son environnement professionnel.

Dans plusieurs cas d'espèce, les requérants font le choix de placer l'absence d'aménagement sur le terrain de la discrimination : c'est notamment le cas lorsqu'ils contestent une décision qui leur refuse la titularisation au terme de leur stage³. Parmi les allégations de fait susceptibles de laisser présumer une discrimination, le défaut d'aménagements peut tenir une place importante. Dans plusieurs arrêts, le juge relève toutefois que l'administration a pris des

¹ Lorsqu'elles sont compatibles avec les nécessités du service, les fonctionnaires en situation de handicap peuvent bénéficier d'un certain nombre de mesures spécifiques, par exemple : aménagement de leur poste de travail, aménagements d'horaires, temps partiel de droit (après avis du médecin de prévention), priorité en matière de mutation, parcours individualisé de formation, départ anticipé à la retraite (sous conditions). Voir : <http://travail-emploi.gouv.fr/emploi/insérer-dans-l-emploi/recrutement-et-handicap/article/emploi-et-handicap-acceder-a-un-emploi-dans-la-fonction-publique>. V. Décret n°84-1051 du 30 novembre 1984 pris en application de l'article 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'état en vue de faciliter le reclassement des fonctionnaires de l'Etat reconnus inaptes à l'exercice de leurs fonctions, art. 1.

² CAA Lyon 24 mai 2016, n° 14LY01256.

³ V. not. : CAA Paris 16 avril 2015, n° 14PA03661 ; CAA Nantes 13 juillet 2015, n°13NT01614 ; CAA Paris, 19 février 2015, n°14PA00803.

mesures et que, par ailleurs, la manière de servir de l'agent n'est pas satisfaisante. Surtout, il paraît difficile pour le requérant de se prévaloir d'une absence d'aménagement du poste en l'absence d'un avis médical. Dans ce cas, le juge peut en effet considérer qu'il ne résulte pas des faits allégués que le poste ne correspondait pas à son handicap¹.

Derrière la discrimination invoquée par les requérants, les arguments de fait développés pour étayer leur propos laissent toutefois percevoir un défaut d'aménagement du poste. Or, l'article 6 sexies leur ouvrait la possibilité de solliciter des mesures appropriées destinées à remédier à leurs difficultés alors qu'ils étaient encore en stage. Dans le cadre de l'article 6 (discrimination), le juge examine globalement les difficultés que le requérant a pu rencontrer dans l'exercice de ses fonctions, les mesures adoptées par l'administration pour y remédier et les évaluations négatives dont le requérant a fait l'objet. Le contrôle réalisé alors sur les mesures mises en place par l'administration est minime. En définitive, ainsi qu'en témoigne un arrêt de cour administrative d'appel, le juge laisse entendre que le requérant aurait dû se prévaloir d'un aménagement de son poste alors qu'il était en exercice². Il en ressort que, si l'aptitude du requérant a été reconnue par le médecin, il devient très difficile de faire valoir au terme de la période d'essai une absence d'aménagements du poste si le requérant n'a pas sollicité, en cours de contrat, des mesures destinées à compenser des difficultés consécutives au handicap.

La consécration par l'article 6 sexies d'une obligation d'aménagements raisonnables pour les agents handicapés, tout particulièrement lorsqu'ils sont en poste, ne suffit pas. La rareté de la jurisprudence en la matière témoigne sans doute davantage du peu de mobilisation de cet article par les requérants et leurs avocats que du respect de la loi par l'administration. Le constat fait par un membre de la doctrine en 2005 demeure d'actualité : « *il reste un travail de formation à faire auprès des fonctionnaires, notamment ceux d'encadrement et des directions des ressources humaines, afin de les sensibiliser sur ces questions et de leur enseigner un véritable savoir-faire quant à l'insertion des handicapés dans les services* »³. C'est d'ailleurs à cet écueil que le Défenseur des droits entend remédier en mettant à la disposition des employeurs publics et privés un guide d'information et de sensibilisation destiné à exposer des aménagements raisonnables envisageables dans telle ou telle situation⁴.

¹ CAA Paris, 19 février 2015, n° 14PA00803.

² CAA Versailles 21 janvier 2016, n° 14VE03645.

³ D. Jean-Pierre, « Recrutement des handicapés dans la fonction publique : de nouveaux moyens », *JCPA*, 7 mars 2005, n° 10.

⁴ Séance 4 du séminaire de recherche, 4 avril 2016, « Les aménagements raisonnables et le Défenseur des droits », par Fabienne Jegu, *supra*.

Des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public ?

Le cas des repas confessionnels

Tatiana Gründler

Penser la place des accommodements raisonnables en droit français invite à réfléchir à la migration des idées, plus exactement à la migration des concepts juridiques¹. Plus précisément les aménagements raisonnables en faveur des personnes en situation de handicap prévus par le législateur national, sous l'impulsion du droit de l'Union, dans le champ de l'emploi – privé comme public² soulèvent la question de l'acculturation de la théorie des accommodements raisonnables, née en droit nord-américain³, à l'environnement normatif, conceptuel, social, français.

Grâce au vecteur du droit supranational il y a eu une greffe en droit interne d'un concept forgé au sein d'ordres juridiques étrangers. On peut alors se demander, en filant la métaphore, si des rejets au sens botanique existent ou sont envisageables dans d'autres champs que l'emploi, par exemple l'offre de services, pour d'autres motifs de discrimination que le handicap, en particulier le motif religieux.

Depuis une vingtaine d'années, la question religieuse est prégnante en France sous l'angle principalement de la place conférée aux expressions et manifestations religieuses dans la sphère publique. A l'école, la controverse du voile a été soumise aux chefs d'établissement, puis, au juge administratif et, finalement, tranchée par l'interdiction législative du port de tout

¹ P. Bosset, « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/1, Vol. 62, p. 5.

² Voir l'article L. 5213-6 du Code du travail introduit par la loi du 11 février 2005 transposant l'article 5 de la directive n° 2000/78/CE. Cette disposition du Code n'évoque pas les « aménagements raisonnables » mais des « mesures appropriées » : « 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. » Voir la disposition équivalente pour la fonction publique : article 6 *sexies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

³ Les Etats-Unis furent pionniers en la matière. Dès 1968, l'agence fédérale chargée de veiller au respect de l'interdiction de la discrimination dans l'emploi affirma dans l'une de ses directives que l'employeur qui refuse d'accueillir les pratiques religieuses de ses employés alors que cela ne lui causerait pas une charge excessive viole la législation fédérale antidiscriminatoire. Cette initiative fut invalidée par la Cour suprême *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402, US 689 (1971). Toutefois en 1972 le Congrès modifia le *Civil Rights Act* de 1964 pour y préciser que l'employeur doit adapter de manière raisonnable les conditions de travail d'un employé ou d'un candidat à un emploi afin de lui permettre d'observer sa religion, à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive. Et dans l'affaire *TWA v. Hardison* (432 US 63 (1977)), la Cour suprême a précisé les critères d'application de cette règle d'accommodement pour motifs religieux. 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 et s. Le Canada fut quant à lui le champ dans lequel la théorie des accommodements s'est développée devenant « en tant qu'outil de gestion de la pluralité ethno-culturelle et religieuse, une véritable question de société » (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, *op.cit.*, p. 333). V. Augustin Boujeka, « A l'origine, les accommodements raisonnables canadiens », *supra*.

signe religieux ostensible¹. Dans l'emploi privé, le voile encore fut à l'origine d'une saga judiciaire se concluant par la confirmation de la légalité du licenciement de la salariée d'une crèche privée qui s'en était couverte². A s'en tenir à ces deux exemples concernant l'expression d'une croyance religieuse – motif courant des accommodements raisonnables canadiens³ – on pourrait être tenté de conclure de prime abord que le terrain français est peu accueillant pour les accommodements raisonnables dès lors que la chose religieuse est par principe cantonnée à la sphère privée.

Plus récemment, la question a ressurgi sur un plan contentieux et, subséquent, au niveau médiatique, à propos de la distribution de repas confessionnels au sein de certains services publics. Des détenus et parents d'élèves ont exercé divers recours juridictionnels avec une finalité commune : la remise en cause de l'offre alimentaire jugée insuffisante au regard des préceptes religieux que les requérants souhaitaient respecter ou voir respectés par leur enfant. L'étude de ce contentieux encore modeste nous semble utile pour conduire une réflexion sur l'existence ou non d'influences accommodantes. Notre hypothèse est que, comme le Jourdain de Molière faisait de la prose sans le savoir, il existerait, en France, des pratiques se rapprochant de celle des accommodements raisonnables, largement inconscientes, donc moins formalisées et dès lors moins protectrices des individus⁴.

De telles pratiques d'ajustement apparaissent dans l'école et la prison. Malgré leurs différences ces deux champs ont donné lieu à plusieurs décisions portant sur les menus confessionnels qui permettent de dresser quelques tendances. Il s'agit dans les deux cas de services publics qui ont longtemps privilégié le pouvoir de l'administration et laissé peu de place au contrôle du juge. En tant que services publics, école et prison sont par ailleurs soumises au principe d'égalité des usagers, donc aux principes de neutralité et de laïcité⁵. Les deux univers se distinguent néanmoins eu égard à la liberté laissée à l'administré. Si l'obligation de scolarité existe, la liberté demeure quant au choix de l'établissement fréquenté

¹ Loi du 15 mars 2004 sur le port des signes religieux ostensibles dans les établissements d'enseignement publics.

² La question est pendante devant la Cour de justice de l'Union européenne et a donné lieu à des conclusions en sens contraire des avocats généraux. Voir les conclusions de Mme l'avocat général Kokott dans l'affaire C-157/15, Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions NV. En substance, elle conclut que si l'interdiction se fonde sur une règle générale de l'entreprise qui interdit les signes politiques, philosophiques et religieux visibles au travail, elle peut être justifiée afin de mettre en œuvre la politique légitime de neutralité fixée par l'employeur en matière de religion et de convictions. Voir les conclusions en sens inverse de l'avocat général Eleanor Sharpston dans l'affaire C-188/15 Bougnaoui et ADDH/Micropole SA : le règlement de travail d'une entreprise qui impose à une travailleuse d'ôter son foulard islamique lors de ses contacts avec la clientèle constitue une discrimination directe illicite.

³ Voir sa consécration par la Cour suprême dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536. Cette première affaire concernait une employée de religion adventiste demandant à pouvoir respecter le repos du samedi (sabbat) grâce à des horaires de travail aménagés. Si une focalisation de la société canadienne et des pouvoirs publics sur les accommodements pour motifs religieux se constate depuis quelques années, les cas d'application les plus nombreux de la théorie concernent le handicap, puis, le sexe ou l'origine nationale (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, *op.cit.*, p. 336).

⁴ V., pour l'usage du même parallèle avec la pièce de Molière, E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, *op.cit.*, p. 372.

⁵ Et l'on sait désormais qu'une mesure discriminatoire ne peut être d'ordre intérieur. CE du 15 avril 2015, n° 373893. V. C. Chauvet, *AJDA* 2015, p. 1926.

par l'élève, en particulier concernant la nature publique ou privée de celui-ci¹ et *a fortiori* la liberté de fréquenter ou non le service public de cantine ici envisagé. A l'inverse, le détenu est, par hypothèse, dans une situation de contrainte et donc de non choix, lui imposant notamment la consommation de repas fournis par l'administration pénitentiaire sans mode alternatif.

Pour prendre la mesure de la tolérance dont bénéficie la pratique religieuse au sein de ces établissements publics, des précisions sur le contexte juridique doivent être fournies à titre liminaire. Une donnée de droit interne tout d'abord témoigne de la place particulière faite aux écoles et prisons au regard du principe de laïcité. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat – présentée autant comme le socle que le symbole de la laïcité en France – organise une dérogation à l'interdiction faite à l'Etat de subventionner un culte. Il prévoit ainsi que « *pourront [...] être inscrites aux dits budgets les dépenses relatives aux services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons* ». En d'autres termes, dès l'origine, une dérogation à la sécularisation est prévue pour certains lieux dont les écoles et les prisons. Au niveau international, ensuite, la liberté religieuse est garantie par différents instruments internationaux de protection des droits de l'homme dont l'article 18 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, dans des termes proches en ce qu'ils protègent à la fois le for interne et le for externe². Or la Cour européenne des droits de l'homme a admis que l'observance de prescriptions alimentaires puisse être regardée comme une manifestation directe de croyances et pratiques religieuses et être de ce fait couverte par ces stipulations conventionnelles³.

Pour déterminer s'il y a en France dans ces deux domaines des aménagements raisonnables pour motifs religieux, des prémisses à de tels ajustements ou encore des détournements de la notion nord-américaine, il convient préalablement de s'accorder sur le modèle canadien d'accommodements raisonnables⁴.

Comme le montre Pierre Bosset⁵, plusieurs usages du concept sont à distinguer afin d'isoler le sens strict dont il s'agira de mesurer la réception en France hors du champ de l'emploi. L'auteur identifie ainsi les sens profane, juridique et technique de l'accommodement

¹ Loi Debré n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur la liberté de l'enseignement et les rapports avec l'enseignement privé.

² P. Bosset, « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *op.cit.*, p. 18.

³ CEDH 27 juin 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France* à propos de l'abattage rituel. Une association culturelle arguait devant la Cour qu'en ne lui délivrant pas l'agrément pour un abattage rituel, la France méconnaissait l'article 9 de la Convention. Le juge européen a estimé que tel n'était pas le cas dans la mesure où l'interdiction de pratiquer légalement cet abattage ne privait pas les croyants ultra-orthodoxes de manger de la viande provenant d'animaux abattus selon les prescriptions religieuses, ceux-ci pouvant s'approvisionner facilement en viande « glatt » (c'est-à-dire ayant passé avec succès le contrôle *post mortem* des animaux abattus, celui-ci ne révélant aucune impureté au niveau des poumons) en Belgique.

⁴ V. également *supra* la contribution de A. Boujeka, ainsi que la présentation du séminaire animé par Lucie Lamarche, 2 décembre 2015, Les accommodements raisonnables.

⁵ P. Bosset, « Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009/1 ? Vol. 62, p. 6-7.

raisonnable. Le premier désigne « toute forme d'arrangement auquel aboutit la gestion d'un conflit » sans – et c'est là l'élément essentiel – que l'accommodement ne réponde alors « nécessairement à une obligation juridique »¹. L'accommodement peut aussi, dans une autre acception, évoquer « l'adaptation d'une norme de droit [...] dans le but d'atténuer ou d'éliminer l'impact que cette norme peut avoir sur un droit ou une liberté [...] protégés, par exemple la liberté de conscience »². Et l'auteur de prendre l'exemple de l'objection de conscience³. Enfin, dans un sens strict - largement inspiré de la décision de 1985 de la Commission ontarienne des droits de la personne⁴ - que l'auteur qualifie de sens technique, les accommodements raisonnables sont une obligation consistant à prendre des mesures accommodantes en faveur du demandeur, à défaut desquelles celui-ci subirait une discrimination indirecte - « une discrimination par suite d'un effet préjudiciable »⁵ dit la Cour - à moins que cela ne cause une contrainte excessive au défendeur. Les critères de l'accommodement type sont donc le constat d'une discrimination indirecte subie par celui qui va devenir le créancier de l'accommodement, une demande de ce dernier, une obligation pesant sur le débiteur et une exigence de raisonnabilité de l'objet de l'accommodement.

Confrontée à des demandes de la part de détenus et de parents d'élèves de fourniture de repas conformes aux règles religieuses, l'administration, sous le contrôle du juge, prend-elle en compte la pluralité religieuse en procédant à des adaptations de son offre ?

Il serait assurément exagéré de parler dans de telles hypothèses d'accommodements raisonnables, même acclimatés au cadre juridique français. Pourtant le juge considère que l'administration ne peut rester indifférente à de telles demandes. Son analyse distincte selon le service public concerné révèle une certaine proximité avec les accommodements raisonnables canadiens. Des aménagements n'apparaissent en effet pas inenvisageables au juge administratif (I) qui manifeste cependant une réelle résistance à la pleine réception de la logique qui les traverse (II).

I. Une acceptabilité des aménagements

¹ *Ibid.*, p. 6. C'est à cela que correspond l'affaire médiatisée au Canada du centre sportif YMCA de Montréal qui avait accepté en 2006 de givrer ses vitres de l'une de ses salles d'entraînement pour ne pas que les enfants se rendant à l'école juive orthodoxe voisine puissent voir des femmes en tenues de sport moulantes. N'était en effet pas en cause en l'espèce un quelconque droit de ces enfants, ni la liberté religieuse ni la non-discrimination.

² *Ibid.*, p. 6.

³ En droit français l'objection de conscience au service militaire a disparu lorsque la conscription a été supprimée mais la clause de conscience médicale demeure pour certains actes non nécessaires au sens de l'article 16-3 du Code civil tels que l'interruption volontaire de grossesse depuis la loi de 1975 (actuel article L 2212-8 du Code de la santé publique), la stérilisation à visée contraceptive depuis la loi de 2000 (article L 2123-1 du Code de la santé publique) et la recherche sur l'embryon humain depuis la loi de 2011 (article L 2151-7-1 du Code de la santé publique). V. T. Gründler, « La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ? », *Revue Droit et société*, à paraître.

⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536.

⁵ « Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. » (*Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, §18).

Bien que marquée par une stricte séparation de l'Etat et des Eglises, la France pratique des aménagements pour motifs religieux (A). Un rapport de l'IGAS mentionnait en ce sens la pratique des dépôts mortuaires conservant au-delà du délai légal de 10 jours¹ les corps des personnes bouddhistes décédées dans l'établissement². Au-delà de ces pratiques, souvent spontanées, des éléments essentiels de la théorie des accommodements raisonnables semblent empruntés et intégrés en droit interne (B).

A. Un terrain favorable

Dans les quelques contentieux étudiés sur les repas confessionnels, le terme de laïcité frappe par sa relative absence (1). Il est vrai que l'attachement à ce principe, tout particulièrement dans les établissements scolaires, n'a pas empêché par le passé certaines adaptations organisationnelles pour des motifs religieux (2).

1. La laïcité non perçue comme un obstacle aux aménagements religieux

Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, la laïcité, n'est pas un obstacle à l'idée d'aménagements raisonnables dans le service public pour motif religieux. La chose pourrait étonner dans la mesure où ces demandes de prise en compte de prescriptions alimentaires par le service public impliquent de sa part de sortir de la passivité par rapport à la chose religieuse. Si une action positive telle que la distribution de repas halal ou le décalage des horaires de distribution de repas en période de ramadan n'est pas toujours nécessaire, la prise en compte des interdits religieux et *a fortiori* des obligations religieuses empêche, à tout le moins, l'indifférence du service public à l'égard du religieux. Pourtant la laïcité est jusqu'à présent peu mobilisée dans les contentieux. Sans en être absente, elle est loin d'être omniprésente.

Ainsi, lorsqu'un détenu du centre pénitentiaire Saint-Quentin-Fallavier demande en 2013 qu'on lui fournisse de façon régulière des repas halal, il se voit opposer un refus par le directeur de l'établissement pénitentiaire, ce que le détenu conteste devant le Tribunal administratif par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. Le juge de première instance se montre favorable aux aménagements en annulant la décision administrative et enjoignant au directeur de proposer de tels menus dans un délai de trois mois. Il s'ensuit plusieurs actions engagées par la Garde des Sceaux. Celle-ci demande en premier lieu le sursis à exécution du jugement du Tribunal administratif, ce que refuse la Cour administrative d'appel de Lyon³ mais qu'admet le Conseil d'Etat⁴, quelques jours avant que la Cour d'appel ne se prononce sur le fond⁵ car, en effet, la ministre a, en second lieu, contesté ce jugement sur le fond devant la

¹ Délai prévu par le Code des collectivités territoriales.

² *Conservation d'éléments du corps humain en milieu hospitalier*, rapport n° 2002 009 de l'IGAS et 02-020 de EGENR, La documentation française, mars 2002, p. 16.

³ CAA de Lyon, 20 mars 2014, n° 14LY00115.

⁴ CE 16 juillet 2014, n° 377145.

⁵ Ce qui n'a sans doute pas été sans influence sur cette dernière comme le remarque Pierre-Henri Prétot : « *La Cour administrative d'appel ayant laissé craindre une confirmation pure et simple du jugement de Grenoble en*

Cour d'appel qui l'infirmes le 22 juillet 2014. Le pourvoi formé par le détenu devant le juge de cassation a échoué en 2016¹.

Ce qui ressort de ce contentieux c'est que la laïcité n'est pas retenue comme un obstacle en soi à une adaptation du service public à la chose religieuse. La ministre semblait pourtant considérer que la fourniture de repas halal heurtait le principe de laïcité applicable au service public pénitentiaire quand elle déclarait que « *l'organisation du service pénitentiaire aux fins de distribution de repas composés de viandes certifiées halal [...] ne saurait enfreindre le principe de laïcité affirmé par l'article 1^{er} de la Constitution [...]* ». Non sans un certain paradoxe, elle arguait ensuite pour la défense de l'administration que le centre pénitentiaire considéré fournissait déjà des repas sans porc². Le rapprochement de ces deux affirmations conduit à penser qu'aux yeux de la ministre, ôter un élément pour des raisons religieuses ne contrevient pas au principe de laïcité tandis que délivrer une prestation, en l'occurrence, la fourniture de menus halal lui porte atteinte. Cela peut être discuté mais pourrait s'entendre, la neutralité s'accommodant davantage d'une mesure négative que d'une mesure positive. Toutefois, une contradiction apparaît alors avec le fait que, pour montrer la bonne volonté de l'administration, la ministre souligne que, lors des fêtes religieuses, des repas non pas sans porc mais certifiés halal sont proposés aux détenus.

Il est alors remarquable que le juge d'appel prenne ses distances par rapport à un tel raisonnement en ne se référant jamais au principe de laïcité. Il fait cependant droit à la demande de la ministre de la justice en annulant le jugement en ce qu'il considère que l'établissement assure « *un juste équilibre entre les nécessités du service public et les droits des personnes détenues en matière religieuse* »³.

Absent du contentieux sur les repas confessionnels en prison, l'argument de la laïcité est en revanche mentionné dans un jugement du Tribunal de Cergy relatif aux cantines scolaires⁴. En l'espèce, des parents d'un jeune élève d'école maternelle demandaient au maire de la commune qu'aucune viande ne soit servie à leur enfant. Ils contestaient la légalité du refus qui leur avait été opposé par l'édile de la commune arguant qu'une telle décision méconnaissait leur liberté de manifester leur religion. Mais il convient de souligner que l'usage alors fait de la notion de laïcité par la juridiction l'est dans un sens tout à fait favorable à l'expression religieuse comme le révèle cet extrait : « *considérant que le service de restauration scolaire de l'école publique Belle étoile est un service public auquel s'applique le principe de laïcité ; que si ce principe inclut le respect de l'éducation et des croyances religieuses que les parents décident de transmettre à leurs enfants mineurs, usagers de ce service public, l'expression de la liberté de religion au travers de prescriptions alimentaires ne saurait conduire, d'une part*

écartant sans ambages la demande de sursis à exécution, le Conseil d'Etat a donc vraisemblablement fait en sorte de se prononcer avant l'expiration du délibéré afin de livrer à la cour de Lyon sa propre vision des choses »).

¹ CE 10 février 2016, n° 385929.

² CAA Lyon 22 juillet 2014, n° 14LY00113.

³ CAA Lyon 22 juillet 2014, cons. 3.

⁴ TA Cergy, 30 septembre 2015, n° 1411141.

à méconnaître les dispositions [...] guidées par un objectif de santé publique [...] , d'autre part, à porter atteinte au fonctionnement normal de ce service public »¹.

Plus largement l'école ne constitue pas un environnement hostile aux aménagements. Des prises en compte de considérations religieuses dans l'organisation du service existent au sein d'établissements scolaires, ne faisant pas de l'école, comme on l'entend souvent, le sanctuaire de la laïcité, du moins le sanctuaire d'une laïcité entendue comme effacement de toute expression religieuse.

2. Des précédents favorables aux aménagements

Avant même la loi de 1905 autorisant les aumôneries dans les écoles, la loi Jules Ferry de 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire avait prévu, afin de préserver le respect de la conscience religieuse dans le cadre d'un enseignement laïc, l'instauration d'un jour vacant en plus du dimanche. Il s'agissait pour le législateur de la III^e République de rendre possible sur un plan pratique l'enseignement religieux que les parents pouvaient souhaiter voir dispensé à leurs enfants².

Un siècle plus tard, c'est en faveur d'un assouplissement de la règle d'assiduité des élèves pour des raisons religieuses que s'est engagé le juge. Dans l'arrêt Koen de 1995³ était contestée par les parents d'un lycéen de confession juive la légalité du refus d'inscription en classe préparatoire, refus fondé notamment sur la demande de dispense de l'élève de l'assistance aux cours prévus le samedi matin pour cause de shabbat. Les requérants invoquaient à l'appui de leur recours plusieurs textes de droit européen des droits de l'homme (article 9 sur la liberté religieuse et article 2 du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit pour les parents d'offrir à leurs enfants une éducation conformément à leurs convictions religieuses) comme de droit interne, de valeur constitutionnelle (article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relative à la liberté de pensée et le préambule de la Constitution de 1946 sur le droit à l'instruction) ou législative (article 1^{er} de la loi de 1905 consacrant la liberté de conscience)⁴.

Ce refus étant fondé sur le règlement intérieur selon lequel *« l'assistance à tous les cours figurant à l'emploi du temps est obligatoire [...] »*, les juges du Palais Royal ont apporté la réponse suivante : *« [...] les dispositions réglementaires précitées n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public*

¹ TA Cergy 30 septembre 2015, cons. 7.

² Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, article 2 : *« Les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse, en dehors des édifices scolaires. L'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées »*. Ce droit figure aujourd'hui dans les mêmes termes à l'article L. 141-3 du Code de l'éducation.

³ CE 14 avril 1995, *Koen*, n°157653.

⁴ CE 14 avril 1995, *Koen*, cons. 5 et 6.

dans l'établissement »¹. Le juge n'exclut donc aucunement des arrangements prenant la forme d'autorisations ponctuelles d'absence, même si, en l'occurrence, l'absence systématique aux cours dispensés du samedi a été jugée incompatible avec l'organisation du service public.

Cette question des fêtes religieuses a ressurgi en 2003 au sein de la Commission Stasi chargée par le Président de la République de l'époque de proposer une réflexion sur le principe de laïcité. A cette occasion, il a été souligné que le paysage spirituel français avait changé. Sans proposer pour autant la modification d'un calendrier conçu à partir des seules fêtes catholiques², cette commission a suggéré des assouplissements à l'exigence d'assiduité dans la logique des accommodements raisonnables³. Elle a soutenu que « *la République s'honorerait en reconnaissant les jours les plus sacrés des deux autres grandes religions monothéistes présentes en France* »⁴. Or l'on sait que, suite aux travaux de cette commission, la loi du 15 mars 2004 n'a retenu que la prohibition des signes religieux ostensibles dans les établissements scolaires primaires et secondaires et ce n'est que par circulaire que les recteurs ont été sensibilisés aux fêtes religieuses et à la possibilité d'accorder des dispenses ponctuelles tout en refusant les dispenses systématiques⁵.

La réponse proposée à l'inadaptation du calendrier ou de l'organisation du temps scolaire aux temps de certaines religions est intéressante par la proximité qu'elle entretient avec les aménagements raisonnables. Une demande préalable de non assiduité doit être présentée par un élève⁶, pour raison religieuse⁷, qui constitue bien un motif de discrimination tel que visé par exemple par l'article 225-1 du Code pénal. L'aménagement demandé prend ici la forme d'une autorisation d'absence délivrée par l'administration. L'idée de raisonabilité est bien

¹ CE 14 avril 1995, *Koen*, cons. 7.

² « *Il n'est pas question de remettre en cause le calendrier conçu principalement autour des fêtes catholiques.* » (Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République*, La Documentation française, 2003, p. 65).

³ L'interprétation que fait la Commission Stasi des accommodements raisonnables est assez éloignée de la théorie canadienne en ce qu'elle semble faire peser sur le demandeur l'obligation d'accommoder consistant à taire son expression religieuse. La Commission semble sur cette même ligne. Il y est écrit de façon étonnante qu'« *Accepter d'adapter l'expression publique de ses particularités confessionnelles et de mettre des bornes à l'affirmation de son identité permet la rencontre de tous dans l'espace public. C'est ce que les Québécois qualifient d'« accommodements raisonnables* ». Le rapport Stasi conclut pourtant que « *Les exigences d'une neutralité absolue sont donc tempérées par les « accommodements raisonnables » permettant à chacun d'exercer sa liberté religieuse* » (Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. *Rapport au Président de la République*, La Documentation française, 2003, p. 16).

⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵ La circulaire de 2004 qui précise les modalités d'application de la loi de 2004 sur les signes religieux spécifie que des autorisations d'absence doivent pouvoir être accordées aux élèves pour les grandes fêtes religieuses qui ne coïncident pas avec un jour de congé et dont les dates sont rappelées chaque année par une instruction publiée au Bulletin officiel. Conformément à la logique ayant prévalu dans l'arrêt *Koen* de 1995, les demandes d'absence systématique ou prolongée doivent en revanche être refusées dès lors qu'elles sont incompatibles avec l'organisation de la scolarité. L'institution scolaire et universitaire, de son côté, doit prendre les dispositions nécessaires pour qu'aucun examen ni aucune épreuve importante ne soit organisée le jour de ces grandes fêtes religieuses. Et une circulaire prise l'année suivante précise les fêtes dont il doit être tenu compte. (Circulaire n° 2005-208 du 6-12-2005). V. aussi la circulaire du Ministère de la fonction publique du 10 février 2012 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées aux agents publics à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions.

⁶ « *élèves qui en font la demande* » (CE 14 avril 1995, *Koen*, cons. 7).

⁷ « *célébration d'une fête religieuse* » (CE 14 avril 1995, *Koen*, cons. 7).

présente dans l'analyse du Conseil d'État qui tient compte des exigences liées au bon fonctionnement de l'établissement¹.

De telles adaptations n'épousent cependant pas pleinement le modèle des accommodements raisonnables, ne serait-ce que parce qu'à aucun moment mention n'est faite d'une quelconque obligation d'aménagement. A défaut d'une telle souplesse de sa part, l'administration ne pourra se voir reprocher un comportement discriminatoire². L'avantage concédé s'apparente alors à une simple tolérance, une sorte de faveur accordée à l'utilisateur.

Pour autant, le contentieux propre aux menus confessionnels laisse apparaître l'existence d'une logique à l'œuvre chez le juge administratif, lorsqu'il s'intéresse au comportement que doit avoir l'administration, qui n'est pas très éloignée de celle des accommodements raisonnables.

B. Une réception partielle

Dans le modèle canadien des accommodements raisonnables il pèse sur l'interlocuteur du demandeur une véritable obligation juridique qui se trouve néanmoins tempérée par l'exigence d'une absence de contrainte excessive à la charge du débiteur. Ces deux éléments constitutifs du modèle que sont l'obligation (1) et la raisonnable (2) se retrouvent dans le contentieux français sur les menus confessionnels avec certaines adaptations.

1. L'existence d'une obligation d'aménager

Si, dans les cantines scolaires, l'aménagement n'est qu'une faculté laissée aux collectivités territoriales en charge de ce service public, une véritable obligation – de moyens – incombe à l'administration pénitentiaire. En effet la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit que les détenus ont droit à la liberté de religion et peuvent exercer le culte. L'article 9 du règlement type annexé à l'article R 57-6-18 du Code de procédure pénale relatif à l'alimentation des détenus précise en ce sens que la personne détenue reçoit « *une alimentation variée (...) répondant dans toute la mesure du possible, à ses convictions philosophiques ou religieuses* »³.

Ce fondement juridique permet au juge administratif de s'intéresser à cette obligation et d'en préciser les contours⁴.

¹ Sous réserve de compatibilité « avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement » (CE 14 avril 1995, *Koen*, cons. 7).

² Aucune référence n'est faite aux effets indirectement discriminatoires de la règle universelle, neutre, que constitue le calendrier.

³ Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté considère pour sa part que ces lieux « doivent être organisés désormais pour pouvoir fournir des menus répondant aux exigences alimentaires particulières, dès lors naturellement qu'en dehors des prescriptions médicales elles relèvent de pratiques confessionnelles [...] : la fourniture de viandes ou d'autres aliments préparés selon les rites approuvés par les autorités religieuses compétentes doit être recherchée et mise en œuvre. », Avis du 24 mars 2011 relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté.

⁴ Aux Etats-Unis, un individu peut bénéficier d'un aménagement d'une règle générale le défavorisant dans l'emploi ou l'offre de biens et services pour l'exercice de sa religion si une loi, telle la *Religious Freedom Restoration Act*, le prévoit. Le fondement de l'aménagement est donc légal. Le risque souligné par certains est que « les religions bien établies et influentes ont toutes les chances d'être prises en compte au cours de

Le premier apport de cette jurisprudence est de considérer l'obligation remplie du simple fait que des menus exempts d'un aliment interdit soient offerts. Ainsi, lorsque la Cour administrative d'appel de Lyon s'est interrogée sur la légalité du refus d'un établissement pénitentiaire de fournir systématiquement des repas certifiés halal, elle a constaté que trois familles de menus étaient d'ores-et-déjà proposées aux détenus : les menus ordinaires, les menus sans porc et les menus végétariens. Elle en a conclu qu'avec une telle offre l'administration prenait correctement en compte la liberté religieuse des personnes détenues : l'« *équilibre entre les nécessités du service public et les droits des personnes détenues en matière religieuse* » est ainsi assuré de façon satisfaisante¹. Dans cette recherche d'équilibre, le fait d'ôter un élément interdit apparaît suffisant au juge d'appel, sans nécessité d'aller jusqu'à fournir un repas conforme à l'ensemble des prescriptions religieuses².

Quelle est la raison d'une telle distinction empirique ? Tient-elle à la légitimité plus ou moins grande de la demande d'aménagement ou au caractère variablement contraignant de celui-ci ? Autrement dit, le traitement différent accordé résulte-t-il de l'objet de la demande ou bien de ses implications ? On peut se demander si le fait qu'une alternative à la consommation de porc soit proposée résulte du fait que l'administration juge une telle exigence religieuse plus impérative du point de vue des croyances que le respect du rite halal ou de considérations d'ordre pratique tenant par exemple au fait que l'interdit de consommation de porc concerne plusieurs religions et, par conséquent, un nombre accru de détenus ou bien encore du simple constat que le retrait d'un aliment est plus simple à mettre en place que la confection de repas selon des règles précises. Quelles qu'en soient les raisons implicites, le Conseil d'Etat parvient à la même analyse et conclusion que le juge d'appel : avec les menus sans viande et sans porc, avec les menus halal en période de fêtes et avec la possibilité de cantiner, « *l'administration fait en sorte qu'elles [les personnes détenues] puissent, dans une certaine mesure, consommer une alimentation conforme aux prescriptions de leur religion* »³ et ne méconnaît dès lors ni l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ni le Code de procédure pénale. Pour la Haute juridiction, l'obligation de prise en compte des exigences religieuses est donc en l'espèce respectée. Il ressort clairement de l'arrêt que celle-ci s'apparente – et c'est le second apport de la jurisprudence – à une obligation de moyens : « *qu'en vertu de ces dispositions, il appartient à l'administration pénitentiaire, qui n'est pas tenue de garantir aux personnes détenues, en toute circonstance, une alimentation respectant leurs convictions religieuses, de permettre, dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et*

l'adoption d'une loi qui entraînerait une contrainte substantielle pour les fidèles de cette confession » (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 331).

¹ CAA Lyon 22 juillet 2014, cons. 3.

² Pour reprendre les termes de P.-H. Prélôt, une « *distinction empirique* » apparaît entre proscription devant être permise par l'Administration (ce qui est le cas présentement avec les menus sans porc ou sans viande) et prescription (obligation de consommer des produits présentant certaines caractéristiques, qui n'a pas à être prise en compte par l'Administration). P.-H. Prélôt, « Le juge administratif et les menus confessionnels dans les prisons », *AJDA* 2014, p. 2321. En Belgique, la même distinction est opérée par l'arrêté ministériel qui prévoit pour les établissements pénitentiaires depuis 2002 la possibilité pour les détenus d'obtenir des repas adaptés à leur religion dès lors que « ceux-ci ne doivent pas être préparés selon des formes rituelles », article 12 de l'arrêté ministériel du 15 avril 2002 (Cité par E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.* p. 364).

³ Cons 4.

dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires, l'observance des prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses »¹.

Le fait que ce soit une obligation de moyen induit nécessairement une prise en compte des contraintes pesant sur l'administration. Les juges contrôlant le comportement de celle-ci sont donc amenés, comme dans le cadre des accommodements canadiens, à s'interroger sur le caractère raisonnable de l'aménagement demandé.

2. L'absence de contrainte excessive

Dès l'affaire *O'Malley c. Simpsons-Sears*, le juge canadien a exigé, comme son homologue américain avant lui², le caractère raisonnable de l'accommodement : « *l'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive* »³.

Le juge européen des droits de l'homme⁴ qui a eu à connaître avant son homologue national du problème de l'adaptation des repas des détenus aux prescriptions religieuses a réfléchi aussi à la dimension raisonnable⁵. En 2010, dans l'arrêt *Jakóbski c. Pologne*⁶, la Cour a admis à l'unanimité qu'en refusant à un détenu bouddhiste le bénéfice d'un régime alimentaire sans viande, la Pologne violait l'article 9 de la Convention relatif à la liberté religieuse. Elle parvient à cette conclusion après s'être livrée à une appréciation sous deux angles de la raisonnable. Cette dualité apparaît comme la marque d'une certaine prudence du juge européen dans l'admission d'aménagements pour motifs religieux. La Cour se réfère d'abord au caractère « *non déraisonnable* » de la demande du détenu d'adopter un menu végétarien au nom de sa religion bouddhiste, ce qui exclut *a contrario* les demandes qui seraient perçues comme exagérées ou extravagantes, fussent-elles motivées par la religion. Par cette précision

¹ CE 10 février 2016, n° 385929, cons. 3.

² En 1968, lorsque l'agence fédérale chargée de veiller au respect de l'interdiction de la discrimination dans l'emploi a reconnu l'exigence d'accommodements aux pratiques religieuses des employés, elle a ajouté que cette obligation ne devait pas causer une charge excessive pour l'employeur.

³ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, §23. A partir de l'analyse de la jurisprudence canadienne dans le champ de l'emploi, Christian Brunelle a regroupé en trois catégories les éléments dont il faut tenir compte pour apprécier le caractère excessif ou non de l'aménagement : les ressources financières et matérielles (coût de l'accommodement, financements extérieurs possibles, etc.), l'atteinte aux droits (des tiers notamment) et le bon fonctionnement du service (interchangeabilité des employés, effet sur la productivité de l'entreprise). Ch. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail*, Ed Yvon Blais, Cowansville, 2001, p. 248 et s.

⁴ Pour une présentation de la place resreinte faite à l'aménagement raisonnable en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, v. E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 349 et s.

⁵ La Commission européenne des droits de l'homme évoquait l'objectif de fournir une alimentation kasher aux détenus juifs tout en jugeant irrecevable la requête émanant d'un détenu du fait du non épuisement des voies de recours (Com. EDH 7 mars 1990 *D et ES c. Royaume-Uni*, n° 13669/8). V. aussi la recommandation (2006)2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les règles pénitentiaires européennes qui invite les Etats à fournir aux détenus des repas satisfaisant aux règles religieuses (§22.1).

⁶ CEDH 7 décembre 2010, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06.

la Cour octroie à l'Etat un droit de regard sur les demandes présentées comme fondées sur des motifs religieux et pose le problème des critères d'appréciation de la pertinence de la demande, donc de la coexistence de différents ordres normatifs (religieux et étatique) et du regard de l'un sur l'autre¹.

Une fois la légitimité de la demande admise, la Cour se penche sur le caractère raisonnable de l'aménagement revendiqué au moyen d'une mise en balance *in concreto* des intérêts en présence, ce qui n'est pas très éloigné du contrôle traditionnel de proportionnalité qu'elle effectue s'agissant des ingérences étatiques dans les droits de la convention, dont la liberté religieuse (article 9 §2).

En l'espèce, un seul détenu demandait un repas végétarien, de sorte que la Cour « *est prête à admettre que la décision de prendre des dispositions spéciales pour un seul détenu [...] peut avoir des implications financières pour l'institution carcérale et, par conséquent, affecter indirectement la qualité du traitement des autres détenus* »². Cependant, pour satisfaire la demande d'« *un simple régime sans viande* », le « *repas n'a pas à être préparé, cuisiné ou servi d'une manière particulière, et n'exige pas de produits spéciaux* ». Dès lors, l'aménagement demandé est jugé raisonnable au regard de l'organisation de la prison et de la situation des autres prisonniers³.

C'est ce seul caractère raisonnable de l'aménagement demandé du point de vue de ses conséquences sur le débiteur de l'obligation et sur les tiers qui est vérifié par le juge administratif.

La prise en compte de la dimension raisonnable transparaît dans le vocabulaire employé par les juges comme par le législateur. Des termes en lien avec le champ lexical de l'ampleur sont fréquents à propos des menus en prison : dans la loi pénitentiaire figure l'expression « *dans toute la mesure du possible* », tandis que le juge se réfère aux termes utilisés par le détenu qui soulignent l'« *adaptation mineure de l'organisation du service* » comme à ceux employés par la ministre qui insistent, à l'inverse, sur le « *coût* » de la construction impliquée (évalué à 1 million d'euros)⁴. Plus explicite encore, le Conseil d'Etat évoque dans sa décision du 10 février 2016 « *les contraintes budgétaires et d'approvisionnement* ».

¹ Afin d'éviter de « *s'ériger en arbitres des dogmes religieux ou de leur interprétation* » (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 345), aux Etats-Unis comme au Canada, le juge privilégie une approche subjective de la foi et recherche donc moins la réalité du dogme que la sincérité de l'allégation de l'atteinte à la liberté religieuse. La Cour suprême canadienne a pu souligner que « *c'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection [au titre des accommodements raisonnables] et non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle* » (*Syndicat Northcrest c. Amselem* [2004] 2 R.C.S., 551).

² *Ibid.*, § 50.

³ *Ibid.*, § 52. La Cour confirme une telle approche dans un arrêt plus récent toujours au sujet d'un détenu bouddhiste : l'Etat a violé l'article 9 en ne fournissant pas de repas végétarien alors qu'un tel arrangement n'aurait pas créé une charge exorbitante pour les prisons. Cette analyse *in concreto* réalisée par la Cour la conduit à conclure au caractère raisonnable de la demande. Ce qu'exige le juge européen, ce n'est pas une obligation d'adaptation mais celle de peser les intérêts en présence. Or, en l'espèce, l'aménagement ne serait ni coûteux, ni lourd sur le plan matériel (n'exigeant pas de préparation). Il n'est donc pas certain que ce raisonnement permette de faire entrer dans ce champ des arrangements tels que des adaptations horaires de service de repas en période de ramadan dès lors qu'elles supposeraient une réorganisation importante du service ou la fourniture de viande halal.

⁴ CAA Lyon 22 juillet 2014.

Au-delà des mots, la question de la raisonnable se trouve au cœur du raisonnement mené par le Conseil d'Etat dans un arrêt de 2015. Etait en l'espèce contestée la légalité du règlement type annexé à l'article R-57-6-18 du Code de procédure pénale en ce qu'il prévoit une alimentation répondant aux convictions, mais seulement « *dans toute la mesure du possible* ». Une telle exigence était jugée par le requérant en-deçà des obligations juridiques tirées des articles 18 du Pacte international des droits civils et politiques, 9 de la Convention européenne et 26 de la loi pénitentiaire de 2009¹. Le juge rejette le recours estimant que, eu égard à l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements, ce texte ne porte pas une atteinte excessive au droit des détenus de pratiquer leur religion. Le bon ordre fait donc partie des contraintes à mettre au débit des aménagements. Le juge administratif tient également compte du coût et des aspects organisationnels induits par les aménagements demandés.

Du point de vue de la raisonnable, la décision rendue le 16 juillet 2014 par le Conseil d'Etat, dans le cadre du sursis à exécution, est intéressante. Comme cela a déjà été évoqué, il était demandé à la juridiction d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon qui avait rejeté la demande de sursis à exécution du jugement du Tribunal administratif de Grenoble, jugement qui enjoignait notamment au directeur de l'établissement pénitentiaire Saint-Quentin-Fallavier « *de proposer régulièrement aux détenus de confession musulmane des menus composés de viandes halal* ». Or dans le cadre de cette procédure, le sursis peut être ordonné si l'exécution de la décision de justice rendue en première instance risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables². En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que la distribution au sein du centre concerné de repas halal imposerait des travaux difficiles à réaliser ou des coûts élevés si la distribution relevait d'un sous-traitant³. A cela s'ajouteraient des évolutions majeures dans le fonctionnement de l'établissement qui ne pourraient, en cas d'annulation du jugement, qu'être difficilement remises en cause. En raison de son coût financier et organisationnel élevé, le Conseil d'Etat a estimé que l'exécution de cette mesure aurait des conséquences difficilement réversibles, justifiant qu'elle soit suspendue le temps que la Cour administrative se prononce sur l'appel interjeté par la ministre.

Un tel raisonnement pourrait être transposé dans le cadre de litiges individuels et laisse deviner de quels éléments le juge administratif tiendrait compte pour mesurer le caractère raisonnable ou non d'une demande d'aménagement : le coût afférent ou les changements organisationnels induits.

Cette méthode de raisonnement se rapproche de celle qui prévaut dans le cadre des accommodements raisonnables canadiens : face à une demande, il peut incomber à l'administration d'adapter son fonctionnement au public concerné. Il est d'ailleurs assez remarquable de constater que le caractère laïc des services publics auxquels sont adressées ces demandes d'aménagement fondées sur des motifs religieux ne soit pas perçu par le juge

¹ CE, 25 février 2015, *M. A...B...*, détenu au centre pénitentiaire de Saint-Quentin Fallavier dans l'Isère, a demandé en septembre 2013 au Premier ministre l'abrogation de l'alinéa 1^{er} de l'article 9 du règlement type relatif à l'alimentation.

² Et si les moyens énoncés dans la requête apparaissent sérieux. Cette procédure est intéressante pour notre sujet dans la mesure où elle permet de découvrir l'analyse portée par le juge sur la fourniture de repas halal en termes de coût au sens large.

³ Considérant 7.

comme un obstacle dirimant à toute entreprise d'aménagement. Pour autant la logique de la théorie des accommodements n'est pas totalement accueillie.

II. Une résistance aux aménagements

Malgré son attachement à l'universalité de la règle entendue comme l'indifférence de celle-ci aux particularismes, le droit français n'est pas indifférent aux revendications individuelles d'adaptation des services publics aux exigences particulières et ce, alors même que c'est l'intérêt général qu'ils poursuivent. Si les effets peuvent en pratique sembler comparables à ceux obtenus en application de la théorie des accommodements canadiens, les différences sont pourtant substantielles. L'ampleur des aménagements s'avère ainsi bien plus modeste (B) en droit français. Mais c'est surtout concernant le raisonnement au terme duquel l'adaptation est concédée que l'absence de similitude est patente (A). Alors que les accommodements raisonnables sont une conséquence de l'exigence de non-discrimination, les aménagements effectués en France ne sont que le moyen de rendre effectif un droit.

A. L'absence de raisonnement en termes de non-discrimination

La différence majeure entre l'approche canadienne des accommodements raisonnables et la souplesse dont témoigne le droit interne en matière religieuse tient aux fondements de telles pratiques. L'administration comme le juge français ne commencent pas par constater une discrimination indirecte avant d'en déduire l'exigence d'un accommodement de la règle ou de la pratique alors que le juge canadien cherche à compenser une discrimination résultant d'un effet préjudiciable de la règle. Pour l'essentiel en effet la notion d'aménagement raisonnable découle en droit canadien d'une conception substantielle de l'égalité et de l'interdiction des discriminations indirectes qui en résulte¹.

Si cela se comprend aisément de la part d'un juge – particulièrement celui de l'ordre administratif – peu familier des discriminations indirectes (1), la chose est plus surprenante de la part du Défenseur des droits dont l'office est précisément de lutter contre les discriminations ce qui l'a conduit à intégrer l'ensemble des notions forgées dans le cadre du droit de la non-discriminations (2).

1. Un juge peu familier des discriminations indirectes

La question des aménagements des menus n'est jamais abordée dans les contentieux étudiés, et cela ne manque pas de surprendre, sous l'angle des discriminations. Si cela n'empêche pas toute prise en compte des demandes d'aménagement et même incite à y répondre dans une certaine mesure, comme c'est le cas en prison, c'est en raison de l'existence d'un droit juridiquement protégé dont l'aménagement constituerait une forme de mise en œuvre.

¹ Certains auteurs soulignent cependant que l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse peut aussi découler de la liberté religieuse telle que garantie dans les textes (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 337 et p. 339).

L'adaptation des menus est en effet toujours présentée en lien avec la liberté religieuse qui bénéficie d'un fondement conventionnel, constitutionnel et légal. Dès lors la question de l'adaptation de la règle générale à des situations particulières se pose sous l'angle de l'effectivité d'un droit individuel et non sous celui de la non-discrimination. Dans la théorie canadienne en revanche, l'obligation d'accommodement résulte du constat selon lequel l'application de la règle générale, neutre en apparence, ferait subir au demandeur une discrimination indirecte. Autrement dit, c'est l'interdit de discriminer qui engendre l'obligation de traiter différemment les personnes au moyen de mesures accommodantes.

Une telle dissemblance dans le raisonnement initial n'est pas sans incidence sur la portée des aménagements attendus. En effet, conditionnée par une liberté ou un droit préexistant, l'adaptation admise en droit français a un champ matériel *a priori* moindre que celui dont bénéficient les accommodements canadiens dans la mesure où ceux-ci ne dépendent que de l'identification d'une mesure ou pratique universelle, générale, ayant des effets spécifiques sur une personne en raison d'une caractéristique qui constitue un motif de discrimination (handicap, orientation sexuelle, religion, sexe, ...). Le juge canadien est alors incité, bien plus que son homologue français, à s'intéresser aux effets de la norme. Sans être ignorée du juge administratif, la notion de discrimination indirecte est peu usitée en droit public, sans doute encore marqué par une approche formelle de l'égalité.

Le Conseil d'Etat a pu, certes, accueillir en 2002, dans l'arrêt *Spaggiari*¹ la logique de la discrimination indirecte. Il a ainsi jugé que la prise en compte du critère tenant à l'expérience professionnelle en France pour un concours de recrutement de la fonction publique conduisait à établir, dans les faits, une distinction entre nationaux et non-nationaux et engendrait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Pour autant les constats de discrimination de cette nature restent rares dans la jurisprudence administrative comme constitutionnelle, peu tournée vers les effets des normes contrôlées. Quelques jours après avoir rendu l'arrêt *Spaggiari*, le Conseil d'État saisi en référé a fait preuve de plus de frilosité. Dans l'affaire *Mme Renault*², il n'a pas considéré, comme l'invitait à le faire la requérante, que dans les cantines scolaires la composition sans viande des repas servis le vendredi portait atteinte à la liberté religieuse, dans la mesure où un tel menu privilégiait les enfants de confession chrétienne. Aux yeux du juge, les menus ne faisant référence à aucun interdit alimentaire, ils ne présentent pas un caractère discriminatoire en fonction de la religion des enfants ou de leurs parents³. A lire l'ordonnance, l'absence de référence à l'appartenance religieuse suffit à faire tomber l'hypothèse discriminatoire, ce qui témoigne d'une approche encore formelle des discriminations. Cet exemple un peu ancien révèle combien le juge administratif est rétif à la reconnaissance d'une discrimination indirecte et à l'analyse concrète des situations, ce qui constitue un obstacle d'ordre conceptuel dès la première étape d'acceptation des accommodements raisonnables.

La retenue du juge dans la réception de la logique des accommodements raisonnables dans les services publics est partagée par d'autres acteurs qui, pourtant, ne connaissent pas les mêmes difficultés d'appréhension des discriminations indirectes que le juge administratif.

¹ CE 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n° 224804.

² CE Ord., 25 octobre 2002.

³ Cons 4.

2. Un Défenseur des droits sur la réserve

La position du Défenseur des droits sur les menus confessionnels mérite quelque attention. En tant que spécialiste de la lutte contre les discriminations, il n'a pas les mêmes traditions, usages, *habitus* et donc difficultés que le juge administratif à appréhender les différents types de discriminations notamment indirectes, et apparaît dès lors comme une des institutions les plus susceptibles d'intégrer la logique des accommodements raisonnables. L'autorité administrative indépendante demeure pourtant en retrait sur cette question qu'elle a abordée timidement dans un rapport de 2013 relatif à l'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire et dans un avis du 26 novembre 2015 concernant une proposition de loi relative au droit d'accès à la restauration scolaire¹.

Après avoir fait un état des lieux des diverses demandes d'aménagements de menus (repas sans viande, repas halal, plat de substitution à la viande, simple connaissance à l'avance de la composition des repas pour pouvoir désinscrire l'enfant...), le Défenseur des droits souligne dans son rapport que les collectivités territoriales ne sont aucunement tenues légalement de mettre en place des menus adaptés aux interdits alimentaires religieux². Il mentionne, de manière plus conjoncturelle, les restrictions budgétaires auxquelles font aujourd'hui face les collectivités territoriales³.

Le raisonnement tenu par l'autorité administrative du point de vue des discriminations est pour le moins sommaire. Ainsi le refus d'une collectivité d'adapter un repas dans une école en fonction des convictions religieuses des familles ne saurait, selon lui, être assimilé à une pratique discriminatoire dès lors qu'aucun refus de principe concernant l'accès à la cantine n'est opposé aux parents⁴. Il semble, à l'instar du juge administratif en 2002, réfuter l'existence d'une discrimination du seul fait qu'aucune discrimination directe n'existe sans se pencher sur les effets de la pratique que le requérant met en cause. Il recommande cependant *a minima*, en l'absence d'adaptation – absence vue comme une application stricte du principe de neutralité religieuse en matière de repas scolaires – d'en informer les parents lors de l'inscription et d'afficher les menus afin de leur permettre de trouver une alternative pour le déjeuner de leurs enfants en cas de menus incompatibles avec les prescriptions alimentaires religieuses. La possibilité de renoncer au service public en cas de fourniture d'une prestation non conforme aux convictions religieuses est présentée comme la source de la compatibilité⁵. De ce fait les exigences d'aménagement sont réduites à leur plus simple expression.

¹ Défenseur des droits, *L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire*, 28 mars 2013 ; avis 15-24 du 26 novembre 2015.

² Défenseur des droits, *L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire*, *op.cit.*, p. 14.

³ *Ibid.*, p. 7.

⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁵ Convenons que même au Canada cette question a paru débattue à propos il est vrai d'une crèche. En 2008, le Tribunal des droits de la personne (Québec) a rejeté le recours d'un père de religion musulmane qui demandait de ne servir à ses enfants que de la nourriture halal. Le juge a souligné que la façon dont le demandeur veut assurer l'éducation religieuse de ses fils, en totale conformité avec ses propres croyances, ne respecte pas les droits d'autrui, ni l'intérêt de ses enfants *CDPDJ (Khouas et Khouas) c. Centre à la petite enfance Gros Bec* de 2008.

B. Un aménagement *a minima*

Même dans les hypothèses où il considère que l'administration doit prendre en compte les convictions religieuses des usagers, le juge se montre en réalité peu exigeant quant à la teneur des aménagements à mettre en place dans les écoles (1) comme les prisons (2).

1. La faculté de ne pas demander la prestation

C'est dans une décision ne concernant pas spécifiquement les prescriptions alimentaires fondées sur des motifs religieux mais celles plus largement imposées par la conscience que le juge a fait du caractère non obligatoire de la fréquentation du service un blanc-seing pour l'administration. Le Conseil d'Etat était saisi par l'Association végétarienne de France qui contestait la légalité du décret ministériel de 2011 relatif à la qualité nutritionnelle des repas servis dans les cantines scolaires¹ au motif qu'en imposant la consommation de protéines animales aux usagers de la cantine il méconnaîtrait les articles 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que les articles 9 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme². Or le Conseil d'État souligne d'une part que la fréquentation de ce service public est facultative et d'autre part que les dispositions contestées - qui ne visent que la qualité nutritionnelle des repas fournis - ne font par elles-mêmes pas obstacle à l'exercice de choix alimentaires dictés aux usagers par leur conscience, confirmant la légalité de l'arrêt³.

Il ressort de cet arrêt que le juge administratif rejette toute obligation pesant sur l'administration (la commune pour les cantines des écoles, le département pour celles des collèges, la région pour celles des lycées) s'agissant de l'adaptation des repas aux impératifs de conscience, que ceux-ci résultent de la morale personnelle ou de convictions religieuses, dès lors que l'utilisateur n'est pas obligé de se soumettre à ce service.

La référence à cette fréquentation facultative de la cantine scolaire est également présente dans le jugement de 2015 du Tribunal administratif de Cergy concernant la distribution de repas dans une école primaire⁴. Le juge produit de longs développements sur la liberté religieuse, mais conclut à la légalité de la décision de refus du maire de ne pas servir à l'enfant scolarisé de viande après avoir souligné, outre les nécessités de santé publique et de fonctionnement normal du service public, le fait que « *la restauration scolaire constitue un service public dont la fréquentation est facultative et auquel les usagers peuvent recourir dans la mesure compatible avec leurs convictions religieuses* »⁵. C'est encore sur la simple faculté de recourir au service public qu'insiste le juge des référés de Dijon dans son ordonnance de 2015⁶ par laquelle il refuse de suspendre l'exécution de la délibération du conseil municipal de Chalon-sur-Saône supprimant le menu de substitution lorsque du porc était servi. Eu égard au nombre limité de repas contenant du porc et de l'information délivrée en amont permettant aux parents de soustraire leur enfant à ces menus, la condition d'atteinte

¹ Décret n° 2011-1227 du 30 septembre 2011.

² CE, 20 mars 2013, *Association végétarienne de France*.

³ Cons.7.

⁴ TA Cergy, 30 septembre 2015.

⁵ Cons. 7.

⁶ TA Dijon Ord., 21 octobre 2015, *Ligue de défense judiciaire des musulmans*.

suffisamment grave et immédiate aux intérêts des requérants n'a pas été considérée comme remplie.

L'usage facultatif du service public est donc systématiquement pris en compte par le juge administratif lorsqu'il a à se prononcer sur la légalité du comportement d'une administration ne fournissant pas de repas conformes aux exigences professionnelles des usagers. Du fait de la prise en compte par le juge de la possibilité pour les usagers de renoncer au service public et de trouver par leurs propres moyens une alternative à celui-ci, l'administration se trouve libérée de tout effort d'aménagement.

Une telle acception devrait permettre, si la jurisprudence était plus cohérente, d'ouvrir davantage la voie des aménagements dans le champ pénitentiaire. En effet on pourrait déduire *a contrario* des décisions relatives aux cantines scolaires qu'en cas de service public imposé l'aménagement par l'administration est nécessaire. Pourtant il n'en est rien, le juge trouvant dans l'existence d'alternatives – même peu accessibles aux détenus – le moyen suffisant de ne pas contrevenir aux principes moraux et religieux des usagers.

2. La faculté inégale de « cantiner »

La possibilité reconnue aux détenus de cantiner, c'est-à-dire d'acquérir, moyennant paiement un certain nombre de produits notamment alimentaires qu'ils peuvent ensuite cuisiner eux-mêmes, est perçue par le juge comme un élément de souplesse participant de l'aménagement de l'organisation de l'établissement aux demandes individuelles en matière de repas. Certes, les repas halal – reconnaît le juge en 2016 – ne sont pas fournis, mais les détenus peuvent s'en procurer par le système de la cantine. Le juge est alors conscient du coût que cela représente pour les détenus et donc de l'inégalité d'accès possible à ce système alternatif selon leur situation financière. C'est la raison pour laquelle il exige que l'administration pénitentiaire fournisse une aide en nature appropriée dans la limite toutefois de ses contraintes budgétaires¹. Une telle analyse du juge administratif témoigne cependant, une fois encore, de sa difficulté à raisonner en termes de discrimination indirecte. Comme le montre Xavier Bioy, « *la situation n'écarte pas tout grief de discrimination fondée sur la religion* » car « *les détenus musulmans sont contraints de mettre en place, pour se nourrir, une activité, voire une stratégie, à la fois plus complexe et plus onéreuse, ce qui peut constituer, d'un certain point de vue, une discrimination* » indirecte pour raisons religieuses².

Dans les ordres juridiques qui les reconnaissent, les accommodements raisonnables présentent une certaine hétérogénéité selon, d'une part, qu'ils sont organisés ou concédés, d'autre part, selon qu'ils sont la conséquence d'un droit ou du principe de non-discrimination. Ainsi l'aménagement peut être imposé, comme dans le cadre pénitentiaire en droit français, par la loi, mais également résulter d'une initiative prise par une institution ou un employeur. Le cadre légal paraît offrir *a priori* une meilleure garantie à l'individu qu'un pouvoir largement discrétionnaire même exercé sous le contrôle d'un juge. Pourtant ce cadre prédéfini est aussi

¹ CE, 10 février 2016, n° 385929, cons. 6.

² X. Bioy, « Dans toute la mesure du possible... A propos de l'alimentation halal en détention », *AJDA*, 2016, p. 1127.

source de restriction des aménagements qui ne sont envisagés que dans un contexte donné et anticipé. A l'inverse, le droit général à l'accommodement tel qu'il existe au Canada a une portée plus grande puisqu'il s'impose à toute institution publique ou privée, prestataire de service comme employeur. Une autre différence apparaît entre les aménagements selon que leur fondement est un droit individuel tel que la liberté religieuse ou le principe de non-discrimination. Si les ajustements qui en découlent semblent équivalents, il est à noter que le fondement anti-discriminatoire leur offre un champ d'application bien plus large. Le simple constat d'un effet préjudiciable pour une minorité identifiée par un motif prohibé de discrimination est en effet suffisant pour que l'hypothèse d'un aménagement soit considérée puis négociée. C'est là le principal écueil à l'heure actuelle de l'appréhension de cette question en droit français, en matière de menus confessionnels étant entendu que la laïcité ne s'oppose pas à la prise en compte des demandes religieuses au sein des services publics.

A ce sujet, la Commission canadienne « Bouchard Taylor »¹ soulignait dans son rapport rendu en 2007 l'erreur qui consistait à confronter accommodements raisonnables et neutralité de l'Etat. En impliquant des adaptations pour que les individus puissent pratiquer leur religion, cette théorie ne remet pas en cause un principe qui interdit simplement à l'Etat et aux institutions publiques de faire d'un précepte ou d'une pratique propre à un culte une norme contraignante pour l'ensemble de la population. Il convient toutefois d'admettre que, lorsque de tels ajustements sont demandés à des établissements publics, la conciliation des deux peut s'avérer plus délicate.

C'est pourtant « *principalement en ce qui concerne la composition des repas et la possibilité de s'absenter lors d'une fête religieuse, afin de permettre aux adeptes de religions minoritaires, employés par ces institutions ou contraints d'y séjourner, de pratiquer leur culte* »² que de tels aménagements sont mis en place dans les Etats européens.

En s'engageant timidement dans cette voie malgré son attachement au principe de laïcité la France ne fait donc pas figure d'exception.

¹ Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles.

² V. Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Thematic Comment n° 3. The Protection of Minorities in the European Union*, 25 avril 2005, CFR-CDR, ThemComm2005.en, p. 35 (E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, p. 363).

TABLE DES MATIERES

Chercheurs impliqués dans le projet	1
Objet de la recherche	2
Conduite de la recherche	5
I. Séminaires de recherche au cours de l'année 2016	5
Programme	5
Présentation	6
II. Travail de recherche de l'équipe	11
III. Journée d'étude	13
Résultats de la recherche - Sommaire	19
Introduction	19
La greffe des aménagements raisonnables en droit français	19
A l'origine, les accommodements raisonnables canadiens	21
Augustin Boujeka	21
I. La notion d'accommodement raisonnable en droit canadien	22
A. L'universalité de l'accommodement raisonnable en droit canadien	23
B. Le déploiement de l'accommodement raisonnable en matière de handicap en droit canadien	24
II. La mise en œuvre de l'accommodement raisonnable en droit canadien	25
A. La mise en œuvre dans l'articulation de l'ordre juridique fédéral et de l'ordre juridique québécois	25
B. La mise en œuvre dans l'ordre juridique québécois	26
La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations dans le champ de l'emploi	29
Frédéric Guiomard	29
I. L'originalité de l'exigence d'aménagement raisonnable	30
A. Une acception distincte des autres normes anti-discriminatoires	31
B. Les éléments caractéristiques de l'exigence d'aménagement raisonnable	34
II. L'originalité du régime de protection des droits	39
A. La garantie juridictionnelle des droits	40
B. La sanction du défaut d'aménagement raisonnable	42
Les aménagements raisonnables : entre logique de santé et logique d'égalité	45
Josépha Dirringer	45
I. Les aménagements raisonnables à la lumière de l'exigence d'égalité	46
II. Les aménagements raisonnables dans l'ombre de l'exigence de la santé des travailleurs	50
Panorama des règles juridiques sur les aménagements raisonnables : de la Convention internationale à la loi	55
Ismaël Omarjee et Marjolaine Roccati	55
I. De la Convention de New-York à la directive européenne	58
A. La ratification de la Convention par l'Union et les Etats membres	58
B. Interprétation du droit européen à la lumière de la Convention	59

II. De la directive européenne à la loi française	61
A. La transposition française de la directive européenne	62
B. Les textes français de transposition	63
Les accords collectifs de travail en faveur des personnes handicapées	67
Morgan Sweeney	67
I. L'accord collectif comme instrument de politique d'insertion des personnes handicapées	68
A. Un dirigisme conventionnel strict	69
B. Les accords libératoires : une gouvernance en plan	73
II. L'accord collectif comme cadre des aménagements raisonnables	77
A. Les prescriptions en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées	78
B. La nature des dispositifs en faveur des personnes handicapées	81
Les aménagements raisonnables devant le juge administratif	87
Thomas Dumortier	87
I. Un contrôle étendu sur l'accès à la fonction publique (par la voie du concours)	88
A. Un contrôle sur le déroulement des épreuves	88
B. Un contrôle casuistique sur l'aptitude en fonction des aménagements possibles	89
II. Un contrôle plus restreint en poste	92
A. Etendue de l'obligation d'aménagement	92
B. Le contentieux des aménagements raisonnables doublé par la problématique des discriminations	93
Des aménagements raisonnables au bénéfice des usagers du service public ? Le cas des repas confessionnels	97
Tatiana Gründler	97
I. Une acceptabilité des aménagements	100
A. Un terrain favorable	101
B. Une réception partielle	105
II. Une résistance aux aménagements	110
A. L'absence de raisonnement en termes de non-discrimination	110
B. Un aménagement <i>a minima</i>	113
Table des matières	117