



HAL
open science

Aménagements raisonnables et situations de handicap. Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?

Emmanuelle Fillion, Marie-Renée Guével, Pascale Roussel

► To cite this version:

Emmanuelle Fillion, Marie-Renée Guével, Pascale Roussel. Aménagements raisonnables et situations de handicap. Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?. Aménagements raisonnables et Situations de handicap Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?, Feb 2016, La Plaine Saint-Denis, France. 2016. hal-01706836

HAL Id: hal-01706836

<https://ehesp.hal.science/hal-01706836v1>

Submitted on 12 Feb 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.



Actes électroniques

Aménagements raisonnables et Situations de handicap *Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?*

**Journée d'études organisée à l'EHESP (La Plaine Saint-Denis) le 11 février 2016
par l'équipe du programme de recherche Emploi des personnes handicapées dans la
fonction publique (Emploi PHFP)
et l'équipe de la Maison des Sciences Sociales et du Handicap (MSSH)**

***Sous la direction d'Emmanuelle Fillion,
Marie-Renée Guével et Pascale Roussel***

Site Internet du programme de recherche *Emploi des personnes handicapées dans la fonction publique* :
<http://www.ehesp.fr/recherche/domaines-de-recherche/politiques-sociales-et-de-sante/programme-de-recherche-emploi-des-personnes-handicapees-dans-la-fonction-publique/>

Pour citer ce document, *Emmanuelle Fillion, Marie-Renée Guével et Pascale Roussel* (2016). Aménagements raisonnables et Situations de handicap. *Quels usages d'un nouveau cadre juridique ?* Actes électroniques de la journée d'études du 11 février 2016. 76 pages ; EHESP.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	4
COMITE D'ORGANISATION.....	5
ALLOCUTION D'OUVERTURE	6
<i>André Montané, Président du comité national - FIPHFP.....</i>	6
INTRODUCTION	9
<i>Emmanuelle Fillion, Enseignante-chercheuse - MSSH-EHESP-UMR CRAPE.....</i>	9
<i>Jean-François Ravaud, Directeur de recherche – INSERM-Cermes3</i>	9
CADRAGES ET DEFINITIONS SOCIOLOGIQUE ET JURIDIQUE.....	12
AMENAGEMENTS RAISONNABLES ET TRAVAILLEURS EN SITUATION DE HANDICAP : QUELQUES PISTES POUR DES ANALYSES SOCIOLOGIQUES	13
<i>Aude Lejeune, Chargée de recherche CNRS au CERAPS, Université de Lille</i>	13
UN ECLAIRAGE SUR LA JURISPRUDENCE AMERICAINE RELATIVE AUX AMENAGEMENTS RAISONNABLES DANS L'EMPLOI : REFLEXION SUR UN CONCEPT EN DROIT ETRANGER	27
<i>Marie Mercat-Bruns, Maître de conférences Conservatoire National des Arts et Métiers, membre du LISE (UMR 3320 CNRS-CNAM), Professeure affiliée à l'Ecole de droit de Sciences Po</i>	27
MODALITES DE RECOURS ET NON RECOURS AU DROIT A UN AMENAGEMENT RAISONNABLE.....	35
L'OBLIGATION D'AMENAGEMENT RAISONNABLE COMME ATTRIBUT DU DROIT A L'EGALITE DE TRAITEMENT	36
<i>Fabienne Jegu, Conseiller Expert Handicap – Défenseur des droits.....</i>	36
LA GREFFE DE LA NOTION D'AMENAGEMENT RAISONNABLE EN DROIT FRANÇAIS PEUT-ELLE REUSSIR ?.....	40
<i>Sophie Robin-Olivier, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I).....</i>	40
DISCUSSION DES QUATRE INTERVENTIONS DE LA MATINEE	45
<i>Vincent-Arnaud Chappe, Chargé de recherche-CNRS CSI-Mines ParisTech.....</i>	45
PRINCIPE EUROPEEN ET DECLINAISONS NATIONALES	48
TRADUCTION DES AMENAGEMENTS RAISONNABLES AU ROYAUME-UNI, EN ESPAGNE ET EN SUEDE	49
<i>Dominique Velche, Chercheur en sciences sociales, MSSH – EHESP</i>	49
LA RECEPTION DU CONCEPT D'AMENAGEMENT RAISONNABLE POUR LES TRAVAILLEURS EN SITUATION DE HANDICAP PAR LE DROIT BELGE.....	59
<i>Julie Ringelheim, Chercheuse au Fonds national de la recherche scientifique (Belgique), Centre de philosophie du droit, Université de Louvain</i>	59
REPRESENTATIONS ET PRATIQUES DES SALARIES FACE AUX AMENAGEMENTS RAISONNABLES	67
<i>Dominique Lhuillier, Professeure Emérite en psychologie du travail, CRTD –CNAM et Anne Marie Waser, Maître de conférences au CNAM</i>	67
TABLE-RONDE : EFFECTIVITE ET MODALITES CONCRETES DE L'AMENAGEMENT RAISONNABLE	74
<i>Synthèse réalisée par Marie-Renée Guével, Maître de conférences - EHESP-UMR CRAPE</i>	74

Remerciements

Nous remercions les partenaires qui nous permis d'organiser cette journée d'études et de publier ces actes :

- Le Fonds pour l'insertion des personnes handicapées (FIPHFP)
- Le Défenseurs des droits
- L'institut fédératif de recherche sur le handicap (IFRH)
- La Maison des sciences sociales et du handicap (MSSH)
- L'École des hautes études en santé publique (EHESP)

Nous remercions également les intervenants qui ont apporté leur expertise et leurs réflexions aux débats de cette journée, l'ensemble des participants pour leurs contributions aux échanges ainsi que tous les collègues qui ont permis que cette journée se déroule dans de bonnes conditions matérielles sans oublier l'équipe de vélotypistes.

Enfin, nous remercions le comité d'organisation qui nous a soutenus dans la préparation de cette journée.

Comité d'organisation

Emmanuelle Fillion, enseignante-chercheuse, *EHESP-SHS-MSSH, Chaire Participation sociale et situations de handicap*

Marie-Renée Guével, enseignante-chercheuse, *EHESP-SHS, Programme de recherche « Emploi des personnes handicapées dans la fonction publique »*

Philippe Nicolle, directeur-adjoint, *FIPHFP*

Kerri-Anne Pierre, assistante ingénieure, *EHESP-SHS, Programme de recherche « Emploi des personnes handicapées dans la fonction publique »*

Jean-François Ravaud, directeur de recherche, *INSERM-Cermes 3, Chaire Participation sociale et situations de handicap, IFRH*

Pascale Roussel, enseignante-chercheuse, *EHESP-SHS-MSSH*

Allocution d'ouverture

André Montané, Président du comité national - FIPHFP

Bonjour Mesdames, Messieurs,

Merci d'être présents, et merci aussi aux organisateurs du succès de ce travail que nous allons effectuer, que je sais d'avance productif car il va nous permettre d'avancer concernant les notions et mesures d'accompagnement de la personne en situations de handicap.

C'est pour moi une vraie satisfaction d'ouvrir en ce jour très particulier, puisque c'est le jour, le 11^{ème} anniversaire de la loi du 11 février 2005. Cette journée d'études, vous voyez jusqu'où sont allés les organisateurs au niveau du détail.

Cette journée est organisée par l'EHESP, par le FIPHFP, et en partenariat avec la MSSH, l'Institut fédératif de recherches sur le handicap et le Défenseur des droits.

Le partenariat vise à développer plusieurs programmes de recherche sur les problématiques du handicap. La notion d'aménagement raisonnable est l'une de ces problématiques. Cette notion qui est directement issue de la loi du 11 février 2005, aujourd'hui est intégrée dans le Code du travail à l'article L 52-13 et constitue désormais une obligation générale pour les employeurs de prendre les dispositions, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, et de l'exercer.

Cette notion de « mesures appropriées » signifie que les employeurs sont tenus de procéder à des aménagements dits « raisonnables » des postes de travail. Le caractère raisonnable est notamment apprécié en fonction des aménagements opérés en fonction de moyens répondant aux besoins réels. Ce qui va nous amener à infléchir le terme de « raisonnable ».

Il n'en reste pas moins que cette notion est complexe à comprendre. Elle peut être ambiguë, restrictive. Pour preuve, toutes les variations qu'on retrouve sur ce terme « raisonnable ». Les Québécois parlent d'« accommodement raisonnable ».

Cette journée nous permettra de mieux appréhender cette notion qui s'appuie sur un lieu commun : la non-discrimination.

En ce qui concerne l'aménagement responsable, je vous proposerai la définition de l'ouvrage du Service public de l'emploi, du travail, de concertation sociale de Bruxelles. C'est un point de départ : « les aménagements raisonnables sont des mesures concrètes, prises par un employeur pour permettre à un travailleur en situation de handicap de participer de façon égale à une activité dans la sphère professionnelle ».

Mais un aménagement compensatoire à un handicap ne saurait se circonscrire à une adaptation physique et à une accessibilité de bonne conscience. Il doit s'inscrire dans des objectifs visant la démarche inclusive de la personne concernée dans la société commune, en toute citoyenneté, autonomie et responsabilité.

Aussi, je souhaite en préambule à cette journée vous livrer quelques réflexions sur la conception qu'a le FIPHFP en s'appuyant sur les travaux de notre conseil scientifique, sur la démarche professionnelle des personnes en situation de handicap dans notre société. Ce qui est essentiel, ce n'est pas seulement l'accès à l'emploi, ou le maintien dans l'emploi, c'est le parcours professionnel, choisi par la personne concernée, qui doit rester maître d'ouvrage de son devenir et de son avenir. Non seulement de sa vie professionnelle mais de toute sa vie, dans toutes les dimensions qui composent un vivre ensemble pour exister dans la

société, une société inclusive et incluante. On se plaît à parler de société accueillante et accompagnante. Elle le sera si elle est incluante.

C'est dans la loi du 11 février 2005, article 2, qu'est prise en compte la situation de handicap.

Permettez-moi de le relire et de le commenter :

« 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 d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles », et ce qui est nouveau avec la loi, « les déficiences mentales, cognitives, psychiques, etc. ».

Subir dans son environnement des contraintes, ce sont des contraintes liées à l'environnement de la personne. Ce sont la non-accessibilité, la non-adaptation de la société qui créent une situation handicapante. Il faut donc agir sur cet environnement.

C'est agir sur l'humain en prenant la globalité de la personne dans toute sa vie, qu'elle soit quotidienne ou dans le parcours de sa vie, pour que la personne en situation de handicap puisse vivre pleinement sa citoyenneté, sa participation active à la vie de la société, avec un égal accès aux droits, et en premier au droit commun.

C'est un changement de regard, de parole, d'attitude, de posture auquel nous devons œuvrer, nous devons nous atteler. Et ce n'est pas simple. L'accès à l'emploi et le maintien dans l'emploi sont conditionnés par l'accompagnement de la personne en situation de handicap qui est indispensable. Il faudra peut-être passer un petit moment sur ce que recouvrent les termes de « personnes handicapées », « personnes en situation de handicap »... Moi la situation de handicap, je l'appuie sur l'article 2, qui dit que le handicap, c'est la non-réponse de la société aux conséquences de la déficience. Mais je sais que ça fait débat. Nous avons opté pour « situation de handicap ».

Certes, toutes les personnes en situation de handicap, en fonction de la nature de la déficience, n'auront pas besoin d'accompagnement en milieu ordinaire. Mais la grande majorité en aura besoin. Nous avons besoin d'accompagnement. On trouvera bien certaines différences parmi les uns et les autres, et je ne parle pas des déficiences cachées.

Mais la grande majorité a besoin d'être accompagnée. Je parle d'accompagnement, pas de prise en charge. On prend en charge un fardeau, pas une personne.

Alors, comment concevoir cet accompagnement vers l'emploi et l'autonomie? Il appartient à chacun dans notre société de réunir les conditions de sa citoyenneté, et plus particulièrement à notre société actuelle, de se donner un projet, ce qui attribue à chaque individu un devoir : participer à son propre processus d'intégration. Il doit être acteur de son devenir, ce qui en résulte, c'est que celui qui est accompagné est une personne non plus conçue comme un objet à réparer, ou un problème à résoudre, ou un dossier à traiter, mais comme un sujet actif, autonome et responsable. Il n'est plus l'objet passif d'une prise en charge, un fardeau, mais le sujet actif de son parcours. Il n'est plus défini par ses carences, mais par ses potentialités. Il est considéré dans ses ressources et potentialités qu'il devra lui-même mobiliser pour opérer le changement de sa propre situation. Il n'est plus considéré comme un être isolé, une personne close, refermée sur sa problématique, mais inscrite dans un contexte avec lequel il interagit. Ce n'est pas la même chose d'assister une personne définie par ses manques, ses déficiences, ou d'accompagner une personne considérée comme ayant des ressources. Dans le premier cas, la logique est celle de la réparation, qui consiste à pallier les insuffisances. Dans le second, la logique est collaborative et la personne contribue à ses propres ressources, pour l'amener à se dépasser.

Cela veut dire qu'accompagner, c'est guider, escorter, orienter, coacher. L'accompagnement, c'est mettre à disposition des ressources permettant à la personne de soutenir et concrétiser sa volonté d'avancer, de faire évoluer sa situation selon la voie qu'elle a choisie, et collaborer avec elle. C'est contribuer à la restauration de son pouvoir d'agir sur sa situation.

La situation de handicap dans la vie professionnelle se traduit par une limitation d'activités ou une restriction de participation qui peuvent être compensées par les facilitateurs que sont les aménagements organisationnels ou techniques. La prise en compte de cet aménagement environnemental est indispensable, car l'organisation du travail, les collègues de travail, le management, la culture d'entreprise peuvent être constitutifs d'obstacles si nous n'y prenons pas garde, si nous ne les anticipons pas.

L'accompagnement dans le monde du travail des personnes en situation de handicap appelle de la part de l'employeur la mise en place du schéma opérationnel de l'entreprise, cela relève d'un aménagement raisonnable et raisonné. Le parcours des personnes en situation de handicap s'inscrit dans la société inclusive, de la naissance jusqu'à la fin de la vie, un parcours cohérent et continu. La personne est une, elle n'est pas coupée en tranches.

Sans quoi, nous avons affaire à une société discriminatoire. C'est là-dessus que nous vous invitons à réfléchir : une société tolérante, respectueuse de tout être humain, égalitaire et compensatrice des différences. C'est la société de la loi du 11 février 2005, celle de l'égalité des chances et des droits, celle de la citoyenneté et de la participation, celle de l'accès de tous à tout, c'est-à-dire de chacun à tout, celle de la compensation et de l'accessibilité universelle.

Ce n'est plus aux personnes handicapées de s'adapter à la société, c'est à la société d'être adaptée et accessible aux personnes en situation de handicap. En effet, le handicap n'est pas endogène à la personne, il est exogène : le handicap est endogène à la société. C'est la société qui, par sa discrimination passive, crée la situation de handicap. Et aussi le conditionnement socioculturel de notre société auquel nous devons réfléchir et que nous devons infléchir, car il porte un regard lourd et une parole condescendante.

Je vais vous livrer modestement ma définition du handicap. Le handicap, pour moi, c'est quand la compassion se substitue à la compensation, quand l'assistance se substitue à l'accompagnement, quand la dépendance se substitue à l'autonomie, quand la restriction du droit se substitue à la citoyenneté républicaine, quand l'obstacle permanent se substitue à la conception universelle.

C'est pourquoi, en contrepoids du thème de cette journée, je souhaite poser la question suivante : est-il raisonnable en 2016 de ne pas aménager l'environnement de travail des personnes en situation de handicap ?

Merci aux chercheurs, aux professionnels de nous éclairer sur ce sujet au cœur du pacte républicain.

Introduction

Emmanuelle Fillion, Enseignante-chercheuse - MSSH-EHESP-UMR CRAPE

Jean-François Ravaud, Directeur de recherche – INSERM-Cermes3

Cette notion d'aménagements raisonnables, est issue d'un vocabulaire anglo-saxon, elle a été forgée en Amérique du Nord pour garantir la liberté de culte des travailleurs sur leur lieu de travail, et non, à l'origine en tout cas, pour les personnes handicapées. En France, et en Europe, cette notion est pourtant très resserrée autour de l'emploi et de l'emploi des personnes handicapées.

I. Un arsenal juridique récent

La notion d'aménagement n'est pas nouvelle dans l'emploi des personnes handicapées. En revanche, la notion « d'aménagements raisonnables » est un outil juridique nouveau destiné à soutenir l'emploi des personnes handicapées. En Europe, nous retrouvons cette notion appliquée à l'emploi dans l'article 5 de la Directive européenne sur l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi (2000/78). La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006), que l'Europe et la France ont ratifiée, étend l'aménagement raisonnable aux différents domaines de la vie sociale, au-delà du travail et de l'emploi. Elle entend par « aménagements raisonnables » : « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, 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 ». L'aménagement raisonnable est ici étendu à tous les domaines de la vie sociale. En France, cette notion a été déclinée, sous les termes de « mesures appropriées » et de « charge disproportionnée » par la loi de 2005 et s'applique à l'emploi privé¹ et public². Ainsi, cette notion renvoie à des textes législatifs et réglementaires censés être tous contraignants, mais avec quel degré de contrainte ? avec quels contenus précis ? Au-delà de l'inscription réglementaire et juridique, pour que les droits formels deviennent effectifs, il est nécessaire que les acteurs les fassent exister.

La notion d'aménagement raisonnable s'inscrit dans une logique et un registre relativement récents du droit : la lutte contre les discriminations. En France, elle vient compléter une autre logique et un autre registre du droit, ceux des actions positives prises en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées, au titre desquelles figure l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ou le travail protégé. Elle témoigne en effet d'un changement de perspective sur l'emploi des personnes handicapées, mais beaucoup plus globalement sur le handicap.

La nouveauté de « l'aménagement raisonnable » est ainsi de deux ordres :

- d'une part, il vise à favoriser l'emploi des personnes handicapées sans leur réserver un traitement préférentiel en tant que catégorie particulière de population et sans favoriser un individu sur la base de son handicap, en adoptant une perspective égalitariste qui suppose d'apprécier au cas par cas, en fonction des besoins spécifiques du travailleur handicapé et du poste considéré ;

¹ article L.5213-6 du code du travail.

² article 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

- d'autre part, il dote l'arsenal juridique de nouveaux outils contraignants pour les employeurs à toutes les étapes du parcours professionnel : embauche, déroulement de carrière, accès à la formation, etc.

II. Une notion technique mais aux contours flous

La notion d'aménagements raisonnables reste une notion technique complexe appréciée au cas par cas en fonction des besoins spécifiques du travailleur handicapé au poste considéré. La loi précise que ces aménagements ne doivent pas constituer une charge disproportionnée pour l'employeur. Cependant, elle ne définit pas ce qu'il faut entendre par « charge disproportionnée » et la jurisprudence interne n'apporte, à ce jour, guère d'éclaircissements à ce sujet. Le Code du travail indique uniquement que les aides publiques dont pourraient bénéficier l'employeur doivent être prises en compte dans l'appréciation du caractère « disproportionné » des charges consécutives à la mise en œuvre des aménagements raisonnables. Le Défenseur des droits, dans l'optique de rechercher un équilibre entre les possibilités économiques de l'entreprise et la nécessité de permettre à un nombre croissant de personnes handicapées d'accéder à l'emploi, met en avant différents critères d'appréciation : la nature et le coût des aménagements à mettre en place ; l'impact sur l'organisation de l'entreprise ; les moyens humains et financiers de l'employeur ; l'impact de l'embauche de la personne handicapée sur la contribution Agefiph/Fiphfp ; les risques sur la santé et la sécurité, y compris des autres salariés.

III. Les usages et les recours à la notion d'aménagements raisonnables

Les usages et les recours à la notion d'aménagements raisonnables sont encore peu documentés en France. Les travaux conduits à l'étranger, notamment au Canada et aux Etats-Unis, et les quelques travaux français mettent en avant la nécessité d'un travail de négociation, non seulement entre l'employeur et le travailleur handicapé, mais plus largement avec l'encadrement et les collègues.

L'obligation d'aménagements n'est ainsi pas de produire une situation idéale, mais une situation efficace et pratique. Les travaux soulignent également les difficultés liées aux représentations du handicap dans le milieu du travail, à la fois de la part de l'employeur (par exemple, vis-à-vis du surcoût potentiel des aménagements), de la part des travailleurs handicapés (anticipations négatives et craintes de déclarer leur handicap) et enfin de leurs collègues valides (les compensations du handicap pouvant être vécues comme des avantages). La mise en œuvre des aménagements raisonnables suppose donc de ne pas s'en tenir au droit positif, mais de bien connaître et – le cas échéant – de faire évoluer les organisations du travail.

IV. Structuration de la journée

Cette journée d'étude est structurée autour de trois lignes directrices : une dimension internationale, une pluridisciplinarité académique et enfin, la participation d'acteurs de terrain professionnels et militants associatifs.

Concernant la dimension internationale, l'aménagement raisonnable s'inscrit dans un contexte mondial. C'est une dynamique qui n'a pas de diffusion linéaire. Chaque pays lui donne des déclinaisons spécifiques. Pour illustrer ces dynamiques, Marie Mercat-Bruns fait dialoguer les doctrines états-unienne et française, Julie Ringelheim les droits belge et français et Sophie Robin-Olivier le droit européen et français.

En ce qui concerne la pluridisciplinarité académique, il était nécessaire « d’entrer dans le dur », dans la technicité du droit pour déployer la catégorie juridique. Ce n’est pas simple, puisqu’il n’y a pas de droit du handicap, et que le handicap traverse différents droits : droit du travail, droit de la santé, des politiques sociales, etc. Ce sont aussi les droits nationaux, européen, international qui sont traversés par la question du handicap. Fabienne Jégu, conseillère experte auprès du Défenseur des droits, présente ce travail de traduction et de pédagogie juridique et nous éclaire ainsi sur ce qui sépare la conscience qu’on peut avoir en tant que personne handicapée d’ « avoir droit » à des mesures spécifiques pour accéder et évoluer dans l’emploi et la connaissance – voire la revendication – d’un droit à des aménagements raisonnables inscrit dans les textes règlementaires et opposables devant les tribunaux. .

Il semblait donc également important de s’emparer de la question des usages sociaux du droit, des représentations du droit par les citoyens ordinaires pour comprendre comment ces aménagements raisonnables deviennent ou ne deviennent pas effectifs dans la vie ordinaire des organisations de travail, des personnes handicapées. Nous avons donc sollicité des sociologues spécialistes du handicap, du droit, des discriminations, tels que Aude Lejeune, Dominique Velche, Vincent-Arnaud Chappe et une psychologue du travail, Dominique Lhuilier.

Ces usages sociaux nous amènent à la troisième ligne directrice de cette journée : la volonté de faire dialoguer académiques et acteurs de terrain. Comme toute « invention » juridique, l’aménagement raisonnable est une catégorie abstraite, mais elle a une visée et une dimension performatives, puisque sa fonction est de changer la vie d’un nombre conséquent de personnes. Cela suppose que l’aménagement raisonnable soit connu et revendiqué (ce qui n’est déjà pas équivalent) et qu’il soit mis en œuvre ensuite sur le terrain. Ceci suppose que les personnes handicapées s’en saisissent, ainsi que les acteurs (personnes et institutions) en interaction avec elles : les employeurs, les ergonomes, les médecins du travail, les instances collectives, les syndicats, les associations, etc.

La journée est organisée en quatre temps. Une première session analysera le cadre et les définitions de l’aménagement raisonnable du point de vue juridique que présentera Marie Mercat-Bruns, spécialiste comparatiste des droits français et américain. Le point de vue sociologique sera présenté par Aude Lejeune, en charge actuellement d’un programme de recherche franco-belge sur les aménagements raisonnables.

Puis en seconde partie, nous aurons une session sur les modalités de recours à l’aménagement raisonnable du point de vue du Défenseur des droits, avec Fabienne Jégu, et du point de vue de la doctrine, par Sophie Robin-Olivier, spécialiste du droit européen. Vincent-Arnaud Chappe animera la discussion.

L’après-midi va débiter par une session qui s’intéresse au principe européen et aux déclinaisons nationales de l’aménagement raisonnable d’un point de vue socio-économique (Dominique Velche) et d’un point de vue juridique (Julie Ringelheim).

Enfin, la journée s’achèvera sur une conférence suivie d’une table ronde. On entendra d’abord Dominique Lhuilier, qui est co-auteur d’un ouvrage intitulé : *Que font les 10 millions de malades. Vivre et travailler avec une maladie chronique*³. Puis une table ronde avec Marie-Cécile Mocellin (DRH à l’Hôpital Sainte-Anne à Paris), Guillaume Depincé (ergonome à la RATP), Arnaud de Broca (secrétaire général de la FNATH), Claire Patard (médecin de prévention à l’Education nationale), et Guy Tisserant (fondateur de TH Conseil).

³ Lhuillier D. & Waser A.-M., *Que font les 10 millions de malades ? Vivre et travailler avec une maladie chronique*, Toulouse : Éditions ERES, 2016.

Cadrages et définitions sociologique et juridique

Modérateur : *Jean-François Ravaud*, Directeur de recherche - INSERM – Cermes 3

Aménagements raisonnables et travailleurs en situation de handicap : quelques pistes pour des analyses sociologiques

Aude Lejeune, Chargée de recherche CNRS au CERAPS, Université de Lille

La notion d'aménagements raisonnables désigne toute tentative, dans une société, de s'accommoder ou de s'ajuster aux besoins d'un individu qui découlent de son appartenance à une minorité, dans le respect de l'égalité de traitement entre tous les êtres humains et des libertés fondamentales. Historiquement, la notion d'aménagements raisonnables apparaît sur le continent nord-américain dans les années 1970 afin d'aménager les lieux de travail à la diversité culturelle et religieuse. Aujourd'hui, les dispositifs législatifs et les politiques publiques en matière d'aménagements raisonnables se sont répandus dans la plupart des démocraties occidentales. En Europe, ceux-ci visent à garantir la pleine participation et l'accès aux biens et services à un autre public cible : les personnes en situation de handicap. Ces dispositifs ne concernent désormais plus uniquement le champ de l'emploi mais aussi d'autres secteurs, tels que l'accès au logement, à l'école ou au bureau de vote.

Dans cette communication, je propose de faire un premier bilan non exhaustif de travaux qui ont analysé l'émergence d'un cadre juridique, de politiques publiques et de pratiques concrètes en matière d'aménagements raisonnables. Je me focaliserai principalement sur les aménagements à destination des travailleurs en situation de handicap, au sein du monde du travail (1). Je proposerai, ensuite, en m'appuyant sur des travaux sociologiques sur le handicap, l'action collective ou le rapport à la légalité des acteurs ordinaires, plusieurs pistes d'analyses sociologiques pour étudier les aménagements raisonnables et l'insertion sur le marché du travail ordinaire des personnes en situation de handicap (2).

I. Que nous dit la littérature scientifique sur les aménagements raisonnables ?

Les travaux sur les aménagements raisonnables sont issus de plusieurs disciplines scientifiques : le droit de la non-discrimination et le droit du travail (1), la science politique comparée (2), les *disability studies* (3) et, enfin, la gestion des ressources humaines, le management et la psychologie (4). Je propose ici de faire un panorama non exhaustif de ces travaux. Notons que le découpage en différentes sections présente une certaine part d'arbitraire, puisque certains travaux sont inscrits dans plusieurs disciplines, mais il a pour objectif de présenter brièvement les différents enjeux disciplinaires, théoriques, méthodologiques et épistémologiques posés par les aménagements raisonnables.

1) L'aménagement raisonnable comme nouvelle catégorie juridique

De nombreux travaux en droit de la non-discrimination portent sur l'émergence des législations en matière d'égalité et de non-discrimination et, dans ce contexte, de la catégorie juridique d'aménagement raisonnable (Goldschmidt, 2007; Waddington, 2008; Waddington & Lawson, 2009)⁴. Ils mettent en évidence ses implications concrètes au sein du monde du travail : les employeurs se voient désormais

⁴ Au sujet des aménagements en matière de convictions religieuses, voir notamment (Bribosia, Ringelheim, & Rorive, 2009)

contraints de prévoir des aménagements en vue de favoriser le recrutement et le maintien dans l'emploi de travailleurs en situation de handicap et, en contrepartie, ces derniers ont le droit de contester l'absence de prise en compte de leur handicap et d'aménagement en leur faveur.

Ces travaux étudient les différents dispositifs législatifs qui consacrent la notion d'aménagement raisonnable en droit dans différents contextes. Certains auteurs se penchent sur une question particulière, par exemple l'absence de prise en compte des spécificités de certains types de handicap dans ces législations (Sahlin, 2009). D'autres analysent l'influence de conventions internationales, notamment la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, sur les politiques mises en œuvre au niveau national ou régional (De Beco, 2013).

La jurisprudence des cours et tribunaux, principalement des cours supérieures nord-américaines et de la Cour de justice de l'Union Européenne, est également examinée. Les différents procès menés récemment ont contribué à préciser ou déplacer les frontières de la définition du handicap (Auvergnon, 2012; Denies & Ghesquière, 2009; Lhoste, 2014).

A côté de ces travaux sur la non-discrimination, le droit du travail s'est aussi, bien que de façon marginale, interrogé sur l'introduction de l'obligation d'aménagement raisonnable dans le domaine du travail et de l'emploi. Les auteurs se sont intéressés à la manière dont les obligations en matière de non-discrimination et d'aménagement raisonnable viennent s'ajouter à d'autres dispositions existantes, notamment en matière d'obligation de reclassement des travailleurs (Neven, 2013; Remouchamps, 2013)⁵.

Ces différents travaux ont pour point commun de mettre en évidence les transformations engendrées par l'introduction de la notion d'aménagement raisonnable en droit. Cette catégorie juridique offre en effet de nouvelles opportunités pour inclure des personnes en situation de handicap sur le marché du travail ordinaire, pour élargir la catégorie de personnes visées par les mesures relatives en handicap, ainsi que pour proposer aux travailleurs de nouvelles modalités de recours au droit et à la justice.

2) L'aménagement raisonnable comme preuve de la transnationalisation du « modèle des droits » nord-américain

Des travaux de science politique comparée ont étudié la diffusion d'un « modèle des droits » (Burke, 2004; Hvinden, 2003; Vanhala, 2015) ou le « voyage des droits » (Heyer, 2015; Heyer, 2002) en matière de handicap. Ils ont montré que la notion d'aménagement raisonnable (*reasonable accommodation*) est d'abord apparue sur le continent nord-américain dans les années 1970. Au départ, les législations et la jurisprudence ciblent les discriminations en raison des convictions religieuses et contraignent les employeurs à des aménagements afin de respecter la liberté de culte des travailleurs. Au début des années 1990, cette catégorie juridique est étendue afin de protéger d'autres minorités, notamment les personnes handicapées.

Une attention particulière est portée au domaine de l'emploi et du marché du travail. Katharina Heyer, une politiste nord-américaine, étudie le Japon et l'Allemagne pour montrer l'importation du modèle des droits nord-américain dans différents contextes nationaux. Dans ces pays, les politiques de l'Etat providence en matière d'inclusion des personnes handicapées sur le marché du travail ont pendant longtemps été caractérisées par les quotas qui permettent de favoriser l'accès au marché du travail pour des personnes reconnues comme handicapées. Cette politique des quotas, explique l'auteure, est spécifique à un public particulier – les personnes handicapées – traité de façon différente des travailleurs « ordinaires ». La

⁵ Les communications de Julie Ringelheim et Sophie Robin-Olivier à la présente journée d'études alimentent également ce débat

logique des quotas s'inscrit dans des politiques plus générales qui visent à offrir des services spécifiques aux personnes handicapées (entreprises de travail adapté, institutions, etc.) plutôt qu'à les inclure dans le marché du travail ordinaire. L'importation de la notion de « droits » et de la non-discrimination des travailleurs en situation de handicap, suggère Katharina Heyer (Heyer, 2013), conduit à ce que la politique des quotas se trouve en concurrence avec une politique qui vise à garantir l'inclusion des travailleurs en situation de handicap sur le marché du travail.

L'introduction des aménagements raisonnables en droit nord-américain s'est accompagnée d'une judiciarisation de cette question, à travers la généralisation du procès comme moyen de revendication pour les travailleurs. En effet, la mise en œuvre des législations nord-américaines, tant au Canada qu'aux États-Unis, repose sur la possibilité, pour les travailleurs, de porter plainte devant les juridictions civiles pour faire reconnaître leur droit à un aménagement raisonnable. Suite à ces législations, le recours (ou la menace d'un recours) à l'arène judiciaire devient le principal moyen à disposition des travailleurs pour revendiquer leurs droits (Burke, 2004; Heyer, 2013; Vanhala, 2015). Les travaux de science politique comparée défendent la thèse d'une généralisation, en Europe, d'une « régulation par le litige », calquée sur le modèle nord-américain (Epp, 1998; Kelemen, 2003). Daniel Kelemen considère ainsi que les politiques en matière de handicap connaissent une modification importante en Europe, liée à la promulgation de directives européennes visant à lutter contre les discriminations, permettant aux personnes handicapées de faire valoir leurs droits devant les cours et tribunaux.

3) L'aménagement raisonnable comme jalon dans la prise en compte d'une définition « sociale » du handicap dans le monde du travail

Les *disability studies* est un champ de recherche interdisciplinaire, relativement hétérogène, qui s'intéresse aux différentes dimensions du handicap. Ce courant est originaire du monde anglo-saxon, où ont été mis sur pied depuis longtemps des cursus universitaires et des spécialités « *disability studies* » au même titre, entre autres, que les « *gender studies* ». Il s'est diffusé beaucoup plus tard en Europe et dans le reste du monde, engendrant ainsi des débats épistémologiques sur les spécificités nationales des traditions de recherche sur le handicap (Ville & Ravaud, 2007). Parfois très proches des mouvements militants en faveur des *disability rights* ou des mouvements d'*independent living*, certains auteurs de ce champ de recherche voient leurs travaux comme une forme d'engagement, visant à transformer les législations, politiques et pratiques (Albecht, Ravaud, & Stiker, 2001; Shakespeare, 1993).

Les travaux issus de ce champ de recherche mettent en évidence les transformations de la catégorie « handicap » et ses enjeux. Ainsi, les aménagements raisonnables sont perçus comme les marqueurs des mutations de la place occupée par les personnes handicapées dans la société. D'une part, les aménagements raisonnables participent d'une tendance plus globale à l'inclusion des personnes handicapées dans les différents secteurs de la société : inclusion dans les associations de défense de leurs droits et dans la formulation de revendications les concernant (on voit émerger des associations de personnes handicapées qui remplacent des associations *pour les personnes handicapées*), mise en cause des institutions de prise en charge spécifique, ambition d'inclusion dans le système scolaire ordinaire et dans le marché du travail ordinaire, etc. En effet, les aménagements raisonnables s'inscrivent dans le projet de favoriser l'insertion professionnelle de travailleurs en situation de handicap dans le milieu ordinaire, plutôt que de développer des établissements de travail adapté⁶.

⁶ Ces établissements sont appelés établissements et services d'aide par le travail en France, entreprises de travail adapté en Belgique.

D'autre part, ces travaux montrent que les politiques en matière d'aménagement raisonnable visent à promouvoir une conception différente des droits et des allocations en matière de handicap : elles ne garantissent pas l'octroi, par les pouvoirs publics, d'une allocation de remplacement de revenu pour permettre aux personnes handicapées d'avoir suffisamment de ressources financières pour vivre, mais elles encouragent les acteurs privés et publics à prendre des mesures, à leurs frais – avec dans certains cas, avec une intervention de l'Etat – pour permettre aux personnes handicapées d'effectuer leur travail dans les mêmes conditions qu'un autre travailleur.

Les travaux issus des *disability studies* considèrent les aménagements raisonnables comme un jalon permettant d'asseoir la légitimité d'une approche « sociale » du handicap, venant supplanter une approche « médicale ». L'approche médicale repose sur une définition du handicap fondée sur les déficiences d'un individu, alors que l'approche sociale met en évidence les caractéristiques de l'environnement qui créent des situations de handicap (Baudot, Borelle, & Revillard, 2013).

4) L'aménagement raisonnable comme nouvelle contrainte managériale

Les travaux de gestion des ressources humaines ou de management sur les aménagements raisonnables sont très nombreux, surtout aux Etats-Unis. Principalement destinés aux managers d'entreprise, ces travaux sont souvent normatifs et proposent toute une série de recommandations pour permettre aux employeurs de mettre en place une politique efficace en matière d'aménagement raisonnable au sein de leur organisation (Podlas, 2004), intégrée aux démarches de responsabilité sociale des entreprises (Naschberger, 2008), tout en augmentant la productivité de leurs travailleurs en situation de handicap (Miller & Werner, 2005). La notion d'aménagement raisonnable y est analysée comme une contrainte managériale externe, imposée aux employeurs par des législations fédérales ou nationales, assorties de sanctions en cas de non-respect, mais pouvant cependant constituer un atout et une ressource pour les entreprises⁷.

Les travaux de psychologie du travail, très proches des travaux de management si l'on s'en réfère aux références bibliographiques mobilisées, s'intéressent davantage à la mise en œuvre concrète de cette obligation au sein des entreprises. Ils mettent en évidence le faible nombre de demandes introduites en matière d'aménagement raisonnable et, lorsque des demandes parviennent aux employeurs, le grand taux de réponses défavorables conduisant à un refus d'aménager le poste de travail. Souvent à partir d'enquêtes statistiques réalisées par questionnaires auprès d'un grand nombre de travailleurs en situation de handicap, ces travaux ont montré les différents mécanismes qui poussent les employeurs à accepter ou refuser une demande d'aménagement raisonnable de la part d'un travailleur. Par exemple, Nichelle Carpenter et Ramona Paetzold ont montré que, outre des facteurs liés aux causes et origines du handicap, plusieurs autres raisons influencent la décision des employeurs, notamment leur propre perception personnelle de la situation, parce que « les personnes qui se sentent plus empathiques à l'égard des personnes avec un handicap ont montré qu'ils avaient des comportements plus bienveillants à leur égard » (Carpenter & Paetzold, 2013, p. 20). Ces travaux rejoignent les recherches menées en management de la diversité et gestion des ressources humaines car ils mettent en évidence le caractère imposé des législations et de l'obligation d'aménagement raisonnable. Ils s'en distinguent cependant parce que, plutôt que d'insister sur l'intérêt de l'insertion de travailleurs en situation de handicap, ils suggèrent des appropriations différenciées de cette contrainte managériale, en fonction de la personnalité et des caractéristiques individuelles des managers.

⁷ Laure Bereni montre à ce sujet que la rhétorique de la gestion de la diversité est intégrée dans le discours managérial comme une ressource interne aux entreprises (Bereni, 2009).

II. Pistes pour des analyses sociologiques des aménagements raisonnables

La notion d'aménagement raisonnable n'a pas encore fait l'objet de nombreuses recherches en Europe continentale. Ceci s'explique certainement par l'introduction récente de cette catégorie en droit européen et dans les ordres juridiques nationaux, par la faible prise en compte de cette obligation chez les employeurs et, enfin, par la grande méconnaissance de ce droit chez les travailleurs en situation de handicap. Or, les aménagements raisonnables ouvrent la voie à différentes interrogations sociologiques. Je propose de revenir ici sur quatre interrogations, déjà présentes dans d'autres travaux de sciences sociales, qui pourraient être enrichies par une analyse des usages sociaux des aménagements raisonnables :

- l'étude des enjeux liés à la mise en œuvre concrète des droits et à la catégorisation du handicap (1) ;
- l'étude des réponses organisationnelles aux législations en matière de non-discrimination (2) ;
- l'étude des stratégies juridiques et judiciaires des acteurs du monde du travail (3);
- l'étude des rapports à la légalité et des usages et non-usages du droit par les acteurs ordinaires (4).

Nous explorons ces pistes de recherche dans le cadre d'une enquête collective en cours sur les usages et non-usages de la catégorie d'aménagement raisonnable par les acteurs du monde du travail : employeurs, travailleurs en situation de handicap, syndicats, avocats du travail, inspection du travail, etc. en France et en Belgique⁸. Dans le cadre de cette recherche collective, pour cerner les différents aspects des usages sociaux de la catégorie juridique d'aménagement raisonnable, nous conduisons des entretiens auprès de différents types d'acteurs.

Pour la Belgique, dont je vais parler aujourd'hui, nous avons mené à ce jour :

- 33 entretiens semi-directifs auprès de 5 employeurs publics et 5 employeurs privés (responsables de service des ressources humaines ou des programmes diversité, des assistants sociaux en charge du handicap, des médecins du travail, des conseillers en prévention, etc.) ;
- 7 entretiens biographiques avec des travailleurs en situation de handicap ayant introduit une demande d'aménagement de poste de travail ;
- 11 entretiens semi-directifs avec des « intermédiaires du droit » (avocats spécialisés en droit du travail ou droit des entreprises, juristes du Centre interfédéral pour l'égalité des chances, permanents syndicaux et militants associatifs).

1) Examiner la catégorisation du handicap, à travers l'étude de cas de demandes, octrois et refus d'aménagement raisonnable

Les définitions multiples du handicap et l'absence de consensus autour de cette question entraînent des débats et tensions autour de la catégorisation du handicap, tant lors de la délimitation du public cible de l'action publique que lors de la mise en œuvre concrète de l'action publique (Baudot, Borelle, et al., 2013; Chauvière, 2007; Ville, Fillion, & Ravaud, 2014). En France, de nombreux travaux se sont interrogés sur les pratiques concrètes des agents chargés de l'attribution des droits et des allocations en matière de handicap, en montrant les dilemmes, tensions et contradictions qui sous-tendent leur intervention (Baudot,

⁸ Cette recherche en cours (février 2015 - février 2017) est financée par la Mission de recherche Droit et Justice du ministère de la Justice. Y participent : Joël Hubin, Julie Ringelheim, Sophie Robin-Olivier, Frédéric Schoenaers et Helena Yazdanpanah

Duvoux, Lejeune, Perrier, & Revillard, 2013; Bertrand, Caradec, & Eideliman, 2014; Borelle, 2014; Bureau & Rist, 2013; Revillard, n.d.).

Or, très peu d'enquêtes portent sur les pratiques concrètes d'attribution des droits en dehors de la sphère administrative. Les pratiques des employeurs publics et privés et des travailleurs restent largement sous-étudiées, alors qu'elles éclairent aussi les enjeux liés à la définition du handicap. Du côté des travailleurs, elles permettent de s'interroger sur les demandes de reconnaissance de handicap au sein du monde du travail, sur les craintes liées à l'assimilation à cette catégorie, sur les difficultés concrètes qui se posent lors de l'annonce du handicap à l'employeur et aux collègues, etc. Du côté des employeurs, l'examen des décisions d'octroi ou de refus d'un aménagement raisonnable, ainsi que les délais très longs de traitement de ces demandes, laissent penser que la définition du handicap, la détermination des limitations rencontrées par le travailleur et le choix des aménagements concrets à mettre en place restent largement incertains. Ils font l'objet, tout comme lors des délibérations administratives relatives à l'octroi de droits, de dilemmes, tensions et contradictions.

La question de savoir si la personne doit être administrativement reconnue comme personne handicapée (par le Service Public Fédéral de la Sécurité Sociale belge) pour bénéficier d'un aménagement de poste est souvent débattue parmi les acteurs du monde du travail et les organisations de défense des droits. Certains considèrent qu'il s'agit d'un préalable pour qu'une demande d'aménagement soit prise en considération, d'autres pensent qu'il suffit d'un certificat médical du médecin qui indique que des aménagements doivent être prévus pour l'exercice de l'activité professionnelle de la personne. Derrière cette question, c'est la définition du handicap qui est en jeu : s'arrête-t-on à une délimitation du handicap en fonction des critères administratifs d'attribution ou adopte-t-on une définition plus large, fondée sur les limitations concrètes qu'une personne rencontre lors de l'exercice d'une activité, en l'occurrence de son activité professionnelle ?

Ces controverses autour de la définition du handicap touchent à la légitimité d'une approche « sociale » par rapport à une approche « médicale » du handicap au sein du monde du travail. Notre enquête montre l'articulation complexe entre ces deux définitions, tant dans les discours que dans les pratiques. D'une part, les aménagements raisonnables mis en place dans les entreprises témoignent de l'intégration d'une logique sociale du handicap dans les pratiques. Par exemple, certains employeurs interpellent le SELOR (l'organisme fédéral de recrutement dans la fonction publique) pour prendre connaissance des aménagements à mettre en place pour qu'une personne en situation de handicap puisse participer à la procédure de recrutement. D'autre part, cependant, la logique médicale semble encore très prégnante dans de nombreuses décisions d'aménagement raisonnable. En atteste le rôle du médecin du travail, souvent déterminant dans les négociations en matière d'aménagement de poste. Celui-ci doit établir précisément toutes les limitations fonctionnelles de la personne, or il ne visite pas souvent le lieu de travail qui doit être aménagé. Nos enquêtes montrent aussi que les demandes d'aménagements raisonnables immatériels (modification des horaires de travail par exemple) sont souvent plus difficiles à obtenir que les demandes d'aménagements matériels (achat d'un équipement adapté pour le bureau) car les premiers apparaissent davantage comme des faveurs octroyées aux travailleurs par rapport à leurs collègues, alors que les seconds renvoient à la compensation d'une limitation fonctionnelle, objectivée par un certificat médical.

2) Etudier les réponses organisationnelles aux législations en matière d'aménagement raisonnable

Pendant longtemps, le courant de recherche nord-américain *Law and Society* s'est interrogé sur l'effectivité des normes juridiques, lors de leur mise en œuvre dans la société. Ils ont ainsi montré les écarts entre les prescriptions normatives (le droit) et leur application concrète (la société). Dans les années 1980, plusieurs auteurs ont proposé de rompre avec cette perspective afin d'envisager le droit comme un élément constitutif de la vie sociale (Ewick & Silbey, 1998; McCann, 1994). Ils ont proposé d'envisager le droit non pas comme une entité qui préexisterait à la société, mais comme un ensemble de normes et de règles qui n'existent que parce que des individus et des collectifs s'en saisissent et lui donnent sens.

Dans cette perspective, plusieurs auteurs ont porté attention aux réponses organisationnelles face à la loi et à l'incorporation des obligations légales dans le discours et les pratiques managériaux (Edelman, Uggen, & Erlanger, 1999). Jeb Barnes et Tom Burke ont étudié comment plusieurs entreprises nord-américaines se conforment à la législation en matière de handicap (*the Americans with Disabilities Act*), soit en adoptant une attitude préventive visant à éviter l'émergence de litige avec des travailleurs, soit en adoptant une politique réactive visant à répondre au cas par cas aux demandes et plaintes introduites par des travailleurs (Barnes & Burke, 2012). Ils ont ainsi mis en évidence la variété des réponses organisationnelles à la loi.

Dans le cadre de notre enquête, nous avons également examiné les réponses organisationnelles des employeurs, tant du secteur public que du secteur privé, face aux législations en matière de non-discrimination des travailleurs en situation de handicap. Je vais aborder successivement l'accessibilité, puis l'insertion des travailleurs en situation de handicap.

Accessibilité

Le cadre législatif belge, à l'heure actuelle, est beaucoup moins contraignant que le droit nord-américain ou même français. En effet, il n'existe aucune obligation en matière d'accessibilité, ni dans les lieux et bâtiments publics, ni dans les entreprises privées. Pour cette raison, les réponses des organisations sont rarement préventives, mais plutôt exclusivement réactives aux demandes ou plaintes de travailleurs. Seules les entreprises de grands groupes internationaux, dont le siège est basé aux Etats-Unis, ont adopté des normes en matière d'accessibilité qui sont similaires partout dans le monde. Les locaux et salles de réunion d'une grosse entreprise implantée en Belgique sont ainsi complètement accessibles et adaptées à une personne à mobilité réduite ou à une personne malentendante. Dans ces cas, la législation étasunienne, bien que non contraignante sur le sol belge, a contribué à imposer des normes qui s'appliquent dans l'ensemble des succursales de l'entreprise.

Insertion des travailleurs en situation de handicap

En matière d'insertion des travailleurs au sein des entreprises, les employeurs évoquent plus volontiers le nombre de personnes handicapées actuellement en activité dans l'entreprise et les démarches mises en place pour favoriser leur intégration, plutôt que de parler des initiatives visant la non-discrimination et la pleine participation de ces travailleurs dans l'entreprise. Ainsi, les pratiques concrètes des employeurs visent souvent à garantir le maintien dans l'emploi de ces travailleurs. Elles sont rarement orientées vers la mise en place de stratégies de promotion de ces travailleurs au sein de l'entreprise ou de formation continuée. Ces observations nous montrent que, alors que les obligations de quotas ne sont contraignantes que pour le secteur public en Belgique, les responsables des entreprises privées mettent en avant des pratiques qui s'inscrivent dans une logique de quotas et de maintien dans l'emploi.

Cette prévalence d'une logique en termes de quotas dans les pratiques concrètes n'est cependant pas incompatible avec un discours managérial sur les droits et la non-discrimination des personnes handicapées, en tant que groupe protégé, au même titre que les autres publics ciblent des politiques de diversité menées dans l'entreprise. On voit donc apparaître un écart entre la logique de discours, qui intègre les catégories de la non-discrimination dans la logique de management, et les pratiques concrètes des entreprises, très fortement ancrées dans une tradition de protection sociale.

Nos enquêtes montrent également qu'en cas de demandes ou de plaintes de la part de travailleurs, les réponses organisationnelles sont très variables. Dans certains cas, des mesures sont prises dès l'annonce du handicap ou dès l'entrée en fonction du travailleur, sur simple demande de sa part. Certaines entreprises ont mis en place des systèmes de commande en ligne de matériel adapté, pour faciliter les démarches des travailleurs. Dans d'autres, les demandes sont laissées en attente pendant plusieurs mois, voire plusieurs années, et les travailleurs éprouvent un sentiment d'épuisement face à l'absence de réponse de leur hiérarchie. Malgré l'intervention de nombreux intervenants (syndicats, centre pour l'égalité des chances, etc.), les employeurs font parfois preuve de mutisme. Ceci s'explique en partie par le fait que l'obligation de non-discrimination des travailleurs et d'aménagement du poste de travail, qui pèse sur les employeurs, entre en contradiction avec d'autres normes existantes en droit du travail, notamment la possibilité pour l'employeur de rompre un contrat de travail, suite à un accident ou une maladie de son travailleur, pour force majeure médicale⁹. Le flou juridique concernant les obligations de l'employeur constituent donc, dans l'état actuel, une ressource pour les employeurs désireux de ne pas aménager un poste.

Que les aménagements soient pourvus dès le départ ou qu'ils résultent d'une procédure longue, ils ont comme caractéristiques d'être souvent le résultat d'une demande individuelle exprimée par le travailleur. L'entreprise adopte donc une posture réactive de réponse *a posteriori* face aux problèmes posés pour un travailleur, plutôt que de façon préventive à travers la mise en place de dispositifs permettant l'accessibilité de tous aux lieux de travail. Ceci va dans le même sens que le constat de Sophie Dalle-Nazébi et Sylvain Kerbourc'h. Dans leur étude de l'insertion professionnelle des travailleurs sourds en France, ils montrent que très peu de dispositifs sont mis en place de façon structurelle sur les lieux de travail pour en faire des environnements adaptés pour tous, dans la logique d'une définition sociale du handicap. Les aménagements sont souvent le résultat de demandes individuelles qui sont extrêmement longues et chronophages pour les travailleurs concernés (Dalle-Nazébi & Kerbourc'h, 2013).

3) Etudier les répertoires d'actions juridique et judiciaire des acteurs du monde du travail

De nombreux travaux, surtout aux Etats-Unis, portent sur l'utilisation de ressources juridiques et judiciaires par les mouvements sociaux (McCann, 2006). Ces travaux ont principalement étudié l'activité des organisations non-gouvernementales au sein des cours et tribunaux. Dans le domaine du handicap, Lisa Vanhala a exploré les mobilisations de l'arène judiciaire par les associations de défense des droits des personnes handicapées au Royaume-Uni et au Canada (Vanhala, 2011). En France, Emmanuelle Fillion interroge l'impact du référentiel des droits et montre que celui-ci contribue à transformer les collectifs de personnes handicapées, les échelles d'action ou encore les cadres juridiques et normatifs de référence (Fillion, 2015).

Peu d'attention a, par contre, été portée aux mobilisations du droit produites par d'autres acteurs, notamment les administrations ou bureaucraties (Lejeune, 2015a) ou les syndicats (Chappe, 2013; Péliasse, 2007). La question des aménagements raisonnables invite aussi à interroger les répertoires d'action

⁹ La force majeure médicale est la possibilité de rompre un contrat de travail en raison de l'impossibilité pour le travailleur d'effectuer le contenu du travail tel que défini dans le contrat de travail

juridiques et judiciaires des acteurs du monde du travail. Suite à plusieurs enquêtes qui mettent en évidence l'investissement différencié de l'arène judiciaire (Chappe, 2013; Lejeune, 2015b; Spire & Weidenfeld, 2011), il paraît intéressant de porter attention à la façon dont le droit et la justice sont mobilisés pour résoudre les conflits qui opposent les travailleurs à leurs employeurs en matière d'aménagement raisonnable. Ceci permet plus généralement de s'interroger sur la manière dont les acteurs du monde du travail mobilisent le droit et lui donnent sens (Bereni, 2009; Bessy, Delpeuch, & Pélisse, 2011; Dobbin, 2009; Ringelheim, 2013) et les tensions potentielles entre les répertoires juridique et judiciaire et d'autres formes de résolution des conflits.

Les premiers résultats de l'enquête en Belgique montrent une très grande atomisation des demandes en matière d'aménagement raisonnable, même si certaines associations spécialisées autour d'une maladie ou d'un type de handicap (Ligue Braille, Ligue de la sclérose en plaques, etc.) jouent également un rôle important pour encourager les travailleurs à introduire une demande auprès de l'organisme compétent et, en cas de refus, à tenter une procédure pour faire aboutir cette demande. Des réseaux d'intermédiaires du droit plus spécifiquement concernés par la question des aménagements raisonnables et de l'insertion des travailleurs en situation de handicap se sont constitués de façon informelle dans les différentes organisations de défense des droits et parmi les professionnels du droit. Des juristes du Centre interfédéral pour l'égalité des chances travaillent régulièrement en collaboration avec des avocats de droit du travail et avec des permanents syndicaux spécialisés dans ces thématiques, autour de dossiers concrets.

En ce qui concerne le volet judiciaire, contrairement à d'autres plaintes pour discrimination, les demandes d'aménagements raisonnables sont souvent introduites lorsque le travailleur est toujours en poste et qu'il se trouve confronté à un refus d'aménagement de la part de sa hiérarchie. Les procès sont donc relativement rares, car la plupart des travailleurs souhaitent à tout prix éviter de porter l'affaire en justice et parce que les intermédiaires du droit les encouragent à chercher des voies alternatives de résolution des conflits.

4) Etudier les usages et non-usages du droit par les travailleurs en situation de handicap

Le rapport à la légalité des acteurs ordinaires, en dehors de toute procédure de plainte, a fait l'objet de nombreuses recherches. David Engel et Franck Munger ont ainsi étudié le rôle joué par l'*American with Disabilities Act* dans la vie quotidienne des personnes en situation de handicap, en montrant comment droit et identités se construisent mutuellement (Engel & Munger, 2003). Anne Revillard s'intéresse quant à elle au rapport à la légalité des personnes en situation de handicap en France (Revillard, 2015). Dans le prolongement de ces travaux, notre recherche a pour ambition d'étudier la manière dont les travailleurs en situation de handicap envisagent leurs droits, en portant attention plus particulièrement à ceux qui touchent à leur insertion professionnelle. Dans ce cadre, nous nous sommes interrogés sur les usages et non-usages du droit par les travailleurs en situation de handicap. Par « usages du droit », j'entends les multiples façons dont les acteurs sociaux, en l'occurrence les travailleurs, se saisissent du droit (ou ne s'en saisissent pas) et les effets politiques et sociaux qui en découlent (Israël, 2001).

Nos enquêtes montrent que cette catégorie est très largement méconnue parmi les travailleurs en situation de handicap rencontrés et qu'elle n'est pas mobilisée *a priori* par les travailleurs lorsqu'ils parlent de leur insertion professionnelle.

Alors que la non-discrimination des personnes en situation de handicap implique aussi l'obligation de pourvoir des aménagements lors du processus de recrutement, on constate que peu de dossiers de plaintes sont introduits pour refus d'aménagement du processus de recrutement, alors même que peu d'initiatives sont prises par les employeurs à ce stade. Les aménagements ne bénéficient donc que très largement aux

personnes déjà en poste, qui demandent un reclassement professionnel ou une adaptation de leur poste de travail.

Lorsque ces demandes concernant l'aménagement d'un poste déjà occupé par le travailleur, le rapport à la légalité des travailleurs est très variable. Dans certains cas, les aménagements sont pourvus par l'employeur sans qu'il n'y ait eu de référence explicite aux législations en matière d'aménagement raisonnable (ou aux législations en matière de reclassement), ni de la part de l'employeur, ni de la part du travailleur. Dans d'autres cas, les travailleurs ont rencontré des difficultés à faire aboutir leur demande d'aménagement de poste. Parmi ceux-ci certains abandonnent les procédures et démarches et s'« accommodent » de la situation existante, alors que d'autres, au fil de leur combat, sollicitent et mobilisent de nombreux intermédiaires du droit : délégué syndical, conseiller en prévention, association, juriste du Centre pour l'égalité des chances. Nos enquêtes montrent que c'est au fur et à mesure de ces interactions avec les différents professionnels et intermédiaires que leur perception de leurs droits se précise. Ils ont le sentiment que leur discours a évolué en même temps que leur maîtrise du cadre juridique. Ils considèrent qu'ils ont maintenant des ressources juridiques pour revendiquer, et qu'ils peuvent s'appuyer sur des professionnels du droit qui les soutiennent dans leurs démarches. C'est donc finalement les expériences négatives de refus ou d'absence de réponse suite à leur demande d'aménagement de poste qui les a conduit à formaliser leur revendication, en s'appuyant sur le droit en tant que ressource. Parmi les travailleurs rencontrés, ceux qui adoptent cette stratégie de « lutte avec le droit » ont des profils socio-professionnels très variés, de l'ouvrier non qualifié au cadre d'entreprise, mais tous ont comme point commun de bénéficier d'une certaine protection dans l'emploi (fonctionnaires statutaires, contrats à durée indéterminée) qui paraît être une condition indispensable pour que les travailleurs en situation de handicap s'impliquent dans une démarche de revendication de longue durée.

Conclusion

Ces différentes pistes de recherche invitent à interroger la capacité du droit à réformer ou à transformer la réalité sociale. Les premiers constats empiriques montrent que les acteurs du monde du travail se réfèrent peu aux législations en matière d'aménagement raisonnable, et que le pouvoir contraignant de ces normes est contrebalancé par d'autres impératifs et d'autres logiques : droit du travail, impératifs managériaux, etc.

Ceci ne veut pas pour autant dire que le droit en matière d'aménagement raisonnable n'a aucune effectivité, ni aucun effet. Notre étude montre que les discours changent, les employeurs et les travailleurs se saisissent des cadres juridiques existants, les intègrent dans leurs discours et parfois dans leurs pratiques, lui donnent sens, et contribuent ainsi à remodeler les contours des normes juridiques.

Bibliographie

Albecht, G., Ravaud, J.-F., & Stiker, H.-J. (2001). L'émergence des disability studies: état des lieux et perspectives. *Sciences Sociales et Santé*, 19(4), 43–73.

Auvergnon, P. (2012). Approche juridique du handicap psychique: les enjeux d'une définition en droit social. *Alter European Journal of Disability Research*, 6, 255–266.

Barnes, J., & Burke, T. (2012). Making Way: Legal Mobilization, Organisational Response, and Wheelchair Access. *Law & Society Review*, 46(1), 167–198.

- Baudot, P.-Y., Borelle, C., & Revillard, A. (2013). Politiques du Handicap. *Terrains et Travaux*, 23, 5–15.
- Baudot, P.-Y., Duvoux, N., Lejeune, A., Perrier, G., & Revillard, A. (2013). *Les Maisons Départementales des Personnes Handicapées: des guichets uniques à entrées multiples?*. Paris: CNSA & Mire, DREES.
- Bereni, L. (2009). "Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise". La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale. *Raisons Politiques*, 35, 87–106.
- Bertrand, L., Caradec, V., & Eideliman, J.-S. (2014). Devenir travailleur handicapé. Enjeux individuels, frontières institutionnelles. *Sociologie*, pp. 121–138. Paris.
- Bessy, C., Delpeuch, T., & Péliasse, J. (Eds.). (2011). *Droit et régulation des activités économiques. Perspectives sociologiques et institutionnalistes*. Paris: LGDJ.
- Borelle, C. (2014). La production concrète des droits. Le cas du handicap. In P.-Y. Baudot & A. Revillard (Eds.), *L'Etat des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*. Paris: Presses de Science Po.
- Bribosia, E., Ringelheim, J., & Rorive, I. (2009). Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse. *Revue Trimestrielle Des Droits de L'homme*, 78, 319–373.
- Bureau, M.-C., & Rist, B. (2013). Questions de santé et questions de travail : quelles conciliations dans les commissions d'attribution des droits aux personnes handicapées ? *Sociologies Pratiques*, 26, Forthcoming.
- Burke, T. (2004). The European Union and the Diffusion of Disability Rights. In M. Levin & M. Shapiro (Eds.), *Translating Policy-Making in an Age of Austerity: Diversity and Drift* (pp. 158–176). Washington DC: Georgetown University Press.
- Carpenter, N., & Paetzold, R. (2013). An Examination of Factors Influencing Responses to Requests for Disability Accommodations. *Rehabilitation Psychology*, 58(1), 18–27.
- Chappe, V.-A. (2013). Dénoncer en justice les discriminations syndicales : contribution à une sociologie des appuis conventionnels de l'action judiciaire. *Sociologie Du Travail*, 55(3), 302–321.
- Chauvière, M. (2007). Handicap et discriminations. Genèse et ambiguïtés d'une inflexion de l'action publique. In D. Borillo, *Lutter contre les discriminations* (La Découverte). Paris.
- Dalle-Nazébi, S., & Kerbourc'h, S. (2013). L'invisibilité du "travail en plus" de salariés sourds. *Terrains & Travaux*, 23, 159–177.
- De Beco, G. (2013). Le droit au travail des personnes handicapées en vertu de l'article 27 de la convention des nations unies relative aux droits des personnes handicapées, avec application en Flandres. *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 563–584.
- Denies, N., & Ghesquière, V. (2009). Les aménagements raisonnables en matière de handicap au sens de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination: approche pratique. In C. Bayart, S. Sottiaux, & S. Van Drooghenbroeck, *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination* (La Chartre). Bruxelles / Brugges.
- Dobbin, F. (2009). *Inventing Equal Opportunity*. Princeton: Princeton University Press.
- Edelman, L., Uggen, C., & Erlanger, H. (1999). The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth. *American Journal of Sociology*, 105(2), 406–454.

- Engel, D., & Munger, F. (2003). *Rights of Inclusion: Law and Identity in the Lives of American with Disabilities*. Chicago: University of Chicago Press.
- Epp, C. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago & London: University of Chicago Press.
- Ewick, P., & Silbey, S. S. (1998). *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: University of Chicago Press. Retrieved from <http://www.loc.gov/catdir/description/uchi051/97045760.html>
<http://www.loc.gov/catdir/toc/uchi052/97045760.html>
- Fillion, E. (2015). *Impact du référentiel des droits en France: nouveaux acteurs associatifs et insitutionnels, reconfigurations des répertoires d'action et des alliances*. Presented at the Conference "2005-2015: Quel Anniversaire pour les personnes handicapées?," Paris.
- Goldschmidt, J. E. (2007). Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective. *ERA Forum*, 8, 39–48.
- Heyer, K. (2002). The ADA on the Road: Disability Rights in Germany. *Law and Social Inquiry*, 27(4), 723–762.
- Heyer, K. (2013). Droits ou quotas? L'American with disabilities act (ADA) comme modèle des droits des personnes handicapées. *Terrains et Travaux*, (23), 127–158.
- Heyer, K. (2015). *Rights Enabled. The Disability Revolution from the U.S. to Germany and Japan, to the United Nations*.
- Hvinden, B. (2003). The Uncertain Convergence of Disability Policies in Western Europe. *Social Policy and Administration*, 37(6), 609–624.
- Israël, L. (2001). Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le cause lawyering. *Droit et Société*, 49, 793–824.
- Kelemen, D. R. (2003). The EU Rights Revolution: Adversarial Legalism and European Integration. In T. Borzel & R. Cichowski (Eds.), *The State of the European Union: Law, Politics, and Society* (pp. 221–235). Oxford: Oxford University Press.
- Lejeune, A. (2015a). *Legal Mobilization Within the Bureaucracy: Disability Rights and Implementation of Anti-Discrimination Law in Sweden*. Presented at the Conference: "2005-2015: Quel anniversaire pour les personnes handicapées?," Paris.
- Lejeune, A. (2015b). Mobilisations du droit, dans ou hors des tribunaux ? La lutte contre les discriminations à l'emploi en Suède et en Belgique. In P.-Y. Baudot & A. Revillard (Eds.), *L'Etat des droits. Politique des droits et pratiques des institutions* (pp. 61–87). Paris: Presses de Sciences Po.
- Lhoste, A. (2014). Evolution de la jurisprudence européenne sur les aménagements raisonnables. *Chronique de Droit Social*, 7, 331–334.
- McCann, M. (1994). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- McCann, M. (Ed.). (2006). *Law and Social Movements*. Londres & Burlington: Ashgate Publishing.

- Miller, B., & Werner, S. (2005). Factors influencing the inflation of tasks performance ratings for workers with disabilities and contextual performance ratings for their coworkers. *Human Performance*, 18, 309–329.
- Naschberger, C. (2008). La mise en oeuvre d’une démarche “diversité en entreprise”. Le cas de l’intégration des personnes en situation de handicap. *Management Prospective*, 18, 42–56.
- Neven, J.-F. (2013). Le droit européen de la non-discrimination: un impact décisif en faveur d’une obligation généralisée de reclassement professionnel? In M. Davagle, *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes* (Anthemis, pp. 35–60).
- Pélisse, J. (2007). Les usages syndicaux du droit et de la justice. In J. Commaille (Ed.), *La fonction politique de la justice* (pp. 165–190). Paris: La Découverte.
- Podlas, K. (2004). Reasonable Accommodation or Special Privilege? Flex-time, Telecommuting and the ADA. *Business Horizons*, 44(5), 61–65.
- Remouchamps, S. (2013). Les recours ouverts au travailleur: à la recherche de l’effectivité du droit au reclassement. In M. Davagle, *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes* (Anthemis, pp. 177–197). Bruxelles.
- Revillard, A. (2015). *Que du « bla-bla » ? Le potentiel paradoxalement émancipateur de la loi du 11 février 2005*. Presented at the 2005-2015: Quel anniversaire pour les personnes handicapées?, Paris.
- Revillard, A. (n.d.). Social Movements and the politics of bureaucratic rights enforcement: insights from the allocation of disability rights in France. *Law & Social Inquiry*.
- Ringelheim, J. (2013). Adapter l’entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination. *Journal Européen Des Droits de L’homme*, (1), 57–82.
- Sahlin, R. (2009). Reasonable Accommodation for Faculty with Psychological Impairment: A Legal Analysis of th University’s Duty in the US, the UK, and Sweden. *International Journal of Discrimination and the Law*, 10, 57–94.
- Shakespeare, T. (1993). Disabled people’s self organisation: a new social movement? *Disability, Handicap, and Society*, 8(3), 249–264.
- Spire, A., & Weidenfeld, K. (2011). Le tribunal administratif: une affaire d’initiés? Les inégalités d’accès à la justice et la distribution du capital procédural. *Droit et Société*, 79, 689–713.
- Vanhala, L. (2011). *Making Rights a Reality? Disability Rights Activists and Legal Mobilization*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Vanhala, L. (2015). The Diffusion of Disability Rights in Europe. *Human Rights Quarterly*, 37(4), 831–853.
- Ville, I., Fillion, E., & Ravaud, J.-F. (2014). *Introduction à la sociologie du handicap. Histoire, politiques, expérience* (De Boeck). Bruxelles.
- Ville, I., & Ravaud, J.-F. (2007). French Disability Studies: Differences and Similarities. *Scandinavian Journal of Disability Research*, 9(3-4), 138–145.
- Waddington, L. (2008). When is reasonable for Europeans not to be confused: Understanding a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*,

29, 317–340.

Waddington, L., & Lawson, A. (2009). *Disability and non-discrimination law in the European Union: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field* (Report of the European Network of Legal Experts in the non-discrimination field) (p. 84). Bruxelles: European Commission.

Un éclairage sur la jurisprudence américaine relative aux aménagements raisonnables dans l'emploi : réflexion sur un concept en droit étranger

**Marie Mercat-Bruns, Maître de conférences
Conservatoire National des Arts et Métiers,
membre du LISE (UMR 3320 CNRS-CNAM),
Professeure affiliée à l'Ecole de droit de Sciences Po**

Introduction

A travers des exemples de la jurisprudence américaine et des références à la loi américaine *Americans with Disabilities Act* (ADA de 1990 modifié en 2008 ; Section sur l'emploi), l'idée est de réfléchir au concept d'aménagements raisonnables et sa mise en oeuvre concrète dans l'emploi aux Etats-Unis, afin d'interroger autrement notre propre système juridique.

Il est en effet opportun de décliner quatre points : le premier a trait au fait qu'en droit américain, la loi de 1990 *Americans with Disabilities Act*, amendée en 2008 qui s'applique aux entreprises de plus de 15 salariés, prévoit que l'absence d'aménagement raisonnable est une forme de discrimination et cette articulation en dit long sur la vision de la situation de handicap.

Le deuxième point abordé concerne la connaissance de la situation de handicap. Le salarié doit porter à la connaissance de son employeur sa situation de handicap pour bénéficier d'un aménagement raisonnable. Ce n'est pas chose facile, surtout lorsque le handicap n'est pas visible.

Le troisième point porte sur l'aménagement raisonnable qui est le résultat d'un processus interactif entre employeur et salarié, étape incontournable de la mise en oeuvre des dispositions de la loi américaine.

Le quatrième point part de l'idée que tout aménagement n'est pas possible ; c'est la dimension implicite de mot « raisonnable ». Il faut envisager des exemples des limites aux aménagements tirés de la jurisprudence.

Au préalable, ce sujet est très complexe bien évidemment en raison de la variété des situations de handicap. Avant d'envisager l'aménagement raisonnable, il faut définir le handicap dans la loi américaine.

Toute personne avec un souci de santé n'est pas couverte par la loi. Il faut que la personne soit avant tout qualifiée pour le poste avec un handicap tel qu'il est défini dans la loi. La loi ADA définit un individu qualifié comme celui « qui, avec ou sans aménagements raisonnables, peut exécuter les tâches essentielles du poste dont l'individu est titulaire ou qu'il désire ».¹⁰ : une personne peut montrer qu'il ou elle avait un handicap de 3 façons différentes : 1) Une personne peut être en situation de handicap si la personne a un état mental ou physique qui limite de façon importante, un acte essentiel de la vie (tel que marcher, parler, voir, entendre ou apprendre). 2) Une personne peut être en situation de handicap si il ou elle a eu un handicap dans le passé (exemple, cancer en rémission). 3) Une personne peut être handicapée si elle est considérée comme ayant une altération physique ou mentale qui n'est pas transitoire (qui doit durer ou est

¹⁰ 42 USC 12111(8)

perçue comme devant durer 6 mois au moins) ou mineure (même si la personne n'a pas une telle altération).

I- Un concept de non-discrimination qui intègre la nécessité d'un aménagement raisonnable : une vision plus relationnelle du handicap ?

Une réflexion assez poussée a précédé l'adoption du concept d'aménagement raisonnable aux Etats-Unis qui englobe l'idée que *la différence n'est pas imputable à la personne* en situation de handicap mais *à la relation* qui encadre cette différence. Elle est relationnelle. Cette vision est confortée et inspirée par la pensée des juristes du courant du féminisme relationnel (qui privilégie une vision de l'interdépendance entre les individus).¹¹ Quelle différence avec le droit à compensation prévu dans la loi française ? Comme nos travaux comparés ont pu le mettre en lumière,¹² l'idée est de retirer les obstacles à la participation à l'emploi dont la personne en situation de handicap n'est pas responsable. Comme l'explique le Professeur Chai Feldblum qui a élaboré le concept pour la loi ADA¹³ : « le concept d'aménagement raisonnable en droit américain a constitué une sorte de révolution en matière de lutte contre les discriminations : il introduit une **obligation de faire** de l'employeur, lorsqu'il est face à une personne handicapée ou supposée handicapée (invalidité aux États-Unis), qui est qualifiée pour le poste, mais qui doit faire l'objet de mesures d'adaptation de l'emploi, pour exécuter les tâches essentielles de son poste ».

Les États-Unis étaient déjà familiarisés avec cette notion d'obligation de faire, rattachée à la non-discrimination, sans pour autant la définir dans la loi du Titre VII qui interdisait, en 1964, la discrimination fondée sur la religion.

En outre, la loi *Americans with Disabilities Act* (ADA) de 1990 interdit la discrimination à l'encontre d'une « personne qualifiée, avec ou sans aménagement raisonnable », en précisant des exemples dans une liste non-exhaustive de ces situations : « a) réaménager les espaces physiques des services pour les rendre accessibles et utilisables par les personnes ayant une invalidité ; b) réorganiser certains aspects de l'environnement de travail tels que les exigences de certains postes et certaines tâches, les emplois du temps, les équipements de travail et outils, les examens et le matériel nécessaire à la formation et c) fournir des lecteurs ou interprètes qualifiés. » Donc l'acte législatif est pragmatique et précis sur ce point.

De surcroît, l'esprit de la loi sur l'aménagement raisonnable est aussi ambitieux. L'intention du législateur dans la loi ADA était d'appréhender le cadre dans lequel s'insère la différence née du handicap comme le mentionne M. Minow Dean de Harvard dans notre ouvrage sur les discriminations¹⁴ : « il ne s'agissait pas de considérer que la différence de la personne lui était imputable mais d'admettre que l'organisation du travail, les conditions de travail avaient été préalablement conçues pour un certain type de travailleur dans la norme. On est toujours différent par rapport à une norme implicite souvent construite par la majorité. Si la norme change, on peut être moins différent ; la différence est relative. Il est plus facile de visualiser cela avec le handicap moteur et l'ouverture d'accès plus large à un lieu : la personne en fauteuil roulant ne passe pas dans l'ouverture d'une porte ordinaire et paraît différent mais si l'ouverture est modifiée, la

¹¹ Lire l'ensemble de l'oeuvre de M. Minow notamment *Making a difference : inclusion, exclusion and American law* Cornell University Press 1990. L'idée est que le droit doit saisir non seulement l'autonomie de la volonté (souvent une fiction juridique même pour les personnes non handicapées) mais aussi les relation et l'expérience de « care » vécues par les individus (souvent les femmes) pour construire les dispositifs juridiques en droit du travail, en droit des contrats et en droit civil en général. V. *Rectifying the Tilt: Equality Lessons from Religion, Disability, Sexual Orientation and Transgender*, University of Maine Law Review, Vol 54 2003, p. 159

¹² M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail : dialogue avec la doctrine américaine* Dalloz 2013, traduit et mis à jour pour un téléchargement par l'éditeur américain UC Press Mercat-Bruns, Marie. ***Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law***. Oakland: University of California Press, 2016.

doi: <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>

¹³ M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail : dialogue avec la doctrine américaine*, précité

¹⁴ M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail : dialogue avec la doctrine américaine*, précité

personne n'est plus différente dans ce contexte (le cadre d'appréciation de la relation à la différence a simplement changé et c'est ce cadre qui conditionne l'existence de la différence, pas la personne).

Dans cette perspective, à partir du moment où l'individu avec un handicap était qualifié pour le poste, l'entreprise doit s'entendre avec le salarié pour adapter la relation d'emploi au regard de ce **défaut d'anticipation** dans la prise en compte de des difficultés que peut poser le handicap dans l'exécution du travail.

« Il ne s'agit pas d'*affirmative action*, d'*action positive*, de *traitement préférentiel en raison du handicap ou de discrimination positive* qui est de plus en plus décriée aux États-Unis, comme l'explique le professeur R. Colker¹⁵, « puisqu'il ne s'agit pas de compenser un manque de qualifications en vue de promouvoir l'égalité des chances. La personne est qualifiée pour le poste.

Le but n'est pas non plus une compensation face à un constat d'inaptitude du salarié certifié médicalement, un manque, un défaut qui lui est propre, un décalage avec la norme : c'est une vision plus ambitieuse du rapport au handicap qui consiste à évaluer et à remédier au dysfonctionnement du rapport de travail que propose l'aménagement raisonnable, même s'il touche surtout l'échelle individuelle de la relation de travail. C'est en cela que le mécanisme revêt incontestablement une dimension systémique, structurelle.

Certes, cette obligation d'aménagement peut être écartée aux États-Unis (comme nous le verrons) si les charges financières de cette obligation sont trop lourdes, disproportionnées pour l'employeur. Comme l'explique R. Colker¹⁶, « on ne parvient parfois même pas au stade du contentieux en défense puisque les personnes handicapées ont du mal à trouver les avocats, en pratique, disposés à prendre en charge ces affaires peu rémunératrices au contentieux ». L'idée n'est pas de réparer mais de remédier à la relation inadaptée, d'« exécuter une obligation en nature, non en espèce ».

En outre, R. Colker nous apprend que les amendements à la loi ADA de 2008 pour étendre, de nouveau, la définition du handicap interprétée de façon restrictive par la Cour Suprême, n'auront pas forcément d'incidence sur ce point.

En revanche, lorsque les employeurs mettent réellement en oeuvre cette obligation d'agir afin de ne pas discriminer, la loi prend tout son sens. On aboutit à une appréciation fonctionnelle de la discrimination qui transforme la nature du concept d'un mécanisme-sanction à un mécanisme d'incitation à l'action coordonnée à l'écoute des attentes du salarié (non du médecin) et peut libérer ses bénéficiaires du statut de victime perpétuelle.¹⁷

Le défi à relever est de comparer l'aménagement raisonnable américain **avec son équivalent en droit européen¹⁸ et sa traduction française de mesures appropriées¹⁹** qui est mise en oeuvre en droit du travail français, le plus souvent, dans le cadre de l'obligation de reclassement.

¹⁵ V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail*., précité.

¹⁶ V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail*., précité.

¹⁷ V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail*., précité.

¹⁸ Directive 2000/78 article 5: Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées : « 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. ».

¹⁹ L'article L. 5213-6 du Code du travail prévoit 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 mentionnés aux 1o à 4o et 9o à 11o 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

Il faut également considérer que ce qui a limité la portée de la loi sur les discriminations fondées sur le handicap est l'interprétation restrictive par les juges de la notion de handicap qui conditionnait l'application de la loi. Cette définition était large à l'origine et couvrait plusieurs situations : « c'est soit une inaptitude physique ou mentale qui limite de façon substantielle un ou plusieurs actes essentiels de la vie de l'individu ; soit un historique d'une telle inaptitude dans le passé ; soit le fait d'être considéré comme ayant une telle inaptitude ». La jurisprudence a écarté plusieurs salariés qui souffraient d'inaptitudes dont la cause pouvait être liée à un handicap dans la mesure où, comme l'indique M. Minow, la définition vise des fonctions et non une catégorie de personnes et c'est son originalité :

« J'observe qu'à la fois dans les contextes de l'emploi et de l'école, les lois sont rédigées sans faire une liste des catégories de diagnostics mais plutôt envisagent les fonctions, ce que peut faire un individu ou ce qu'il ne peut pas faire. Il existe une bonne raison pour cela : cette approche réfute l'idée de réduire la personne à une étiquette ou une catégorie et focalise sur le défi du moment, lié au travail ou l'éducation. L'obstacle à la participation à une activité. »²⁰.

Pourtant le fait que la loi ADA s'applique, depuis les amendements de 2008, à une diversité de handicaps peut générer de la discrimination entre les catégories de personnes handicapées qui sont plus ou moins privilégiées par l'employeur ; des handicaps psychologiques plus subtils et plus difficiles à saisir avec leurs incidences sur les relations entre collègues de travail susciteront parfois moins de sollicitudes par rapport aux handicaps physiques plus classiques de la mobilité réduite, par exemple.

II- La nécessité de la *connaissance* du handicap : condition sine qua non de l'aménagement raisonnable aux Etats-Unis et le défi de l'*invisibilité* de certains handicaps

Une étape importante pour enclencher le droit à l'aménagement est de porter à la connaissance de l'employeur son handicap : c'est un dilemme pour les personnes ayant un handicap non visible.

Il existe un *processus* préalable dans la loi américaine à l'obtention de l'aménagement que rappelle l'Agence pour l'égalité des chances l'EEOC dans ses directives²¹ ; elle exige de la personne qu'elle informe son employeur sur sa situation. Il faut donc faire une requête pour un aménagement raisonnable (ce n'est pas le cas pour l'aménagement raisonnable lié à la religion²²). Cette demande est aussi présente dans la loi *Americans with Disabilities Act* lorsqu'elle définit la discrimination fondée sur l'*invalidité* (le mot handicap est banni en droit américain) dans le cas où un employeur refuse d'entreprendre des aménagements raisonnables, **ayant connaissance** d'une limitation physique ou mentale du candidat »²³.

Généralement, sauf si la situation de handicap est manifeste (personne en fauteuil par exemple), le candidat à l'emploi ou le salarié doit faire savoir à l'EEOC qu'il nécessite un ajustement ou changement concernant le processus de recrutement, l'exécution de l'emploi ou un avantage pour une raison liée à son état de santé. Un candidat ou salarié peut réclamer à tout moment un aménagement raisonnable par écrit ou par oral. Il adresse la demande d'aménagement à la personne responsable des situations handicaps

pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 pour compenser tout ou partie des dépenses supportées à ce titre. 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 du Code du travail

²⁰ V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations au travail.*, précité

²¹ Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)

²² EEOC v. Abercrombie and Fitch 2015

²³ §12112(b)(5)(A)

(DPM-titre donné pour cette fonction, notamment dans les entreprises contractant avec l'Etat ou services publics)²⁴. Dans le cas d'un recrutement, le nom du DPM est indiqué dans l'offre d'emploi.

L'employeur n'a pas à poser à un candidat à l'emploi des questions sur son état de santé avant d'avoir fait une offre personnelle d'emploi au candidat (après des questions sont possibles).

Si un salarié fait une requête à quelqu'un de différent en dehors du DPM comme auprès d'un supérieur hiérarchique, responsable de service ou autre manager, ces personnes doivent transmettre la demande immédiatement aux deux dans le délai de deux jours ouvrables. Le processus d'aménagement raisonnable débute dès que la requête est faite à tout cadre dans la ligne hiérarchique (d'où l'importance de transmettre au DPM).

L'acceptation ou le refus d'aménagement n'empêche pas l'individu de faire une demande plus tard si les circonstances changent et s'il estime que l'aménagement est nécessaire en raison de limitations causées par la situation de handicap (par exemple, si la situation de handicap s'aggrave ou le salarié se voit confier d'autres tâches avec la nécessité d'aménagement raisonnable). De surcroît, un responsable DPM ne peut refuser d'enregistrer la requête et l'aménagement ne peut être refusé du fait que la requête est tardive (notamment pas faite pendant la procédure de sélection des candidats au recrutement).

Une requête n'a pas à contenir de mots spécifiques ou « magiques » comme « aménagement raisonnable » ou « handicap » nous explique la jurisprudence américaine²⁵: autrement dit c'est tout moyen de communication par le biais duquel l'individu demande ou précise que l'employeur fasse ou change quelque chose en raison de son état. Un supérieur ou manager ou DMP devrait solliciter la personne en situation de handicap si elle demande un aménagement raisonnable au cas où la nature de la communication n'a pas été claire d'emblée. Par exemple, une demande moins explicite peut être formulée ainsi : « j'ai du mal à arriver au travail car je prends des médicaments (c'est demande d'aménagement) »²⁶.

La famille, un professionnel de santé ou autre représentant peut écrire à la place d'un salarié ou candidat à l'emploi (par exemple une attestation d'un médecin est suffisante pour déposer une requête d'aménagement si elle est confirmée par le salarié).²⁷ Cependant le salarié doit donner suffisamment de temps de préavis pour permettre l'aménagement selon la jurisprudence²⁸.

S'agissant de la connaissance de l'exigence d'aménagement raisonnable, l'instruction de la demande fait l'objet de précisions. La personne en charge des situations de handicap (DPM) peut travailler directement avec le supérieur hiérarchique pour déterminer les fonctions essentielles du poste et le niveau d'exigence en termes de performance au travail. Aucune proposition d'aménagement ne peut être faite par l'intermédiaire du DPM sans informer préalablement la hiérarchie.

²⁴ Disability Program Manager : DPM

²⁵ Schmidt v. Safeway Inc., 864 F. Supp. 991, 997, 3 AD Cas. (BNA) 1141, 1146-47 (D. Or. 1994)

²⁶ D'autres exemples de demandes d'aménagements non explicites: Un salarié en fauteuil roulant précise qu'il n'arrive pas à glisser ses jambes avec le fauteuil sous la table (demande d'aménagement) ; Un salarié réclame une nouvelle chaise car elle est inconfortable. Cependant le salarié ne fait pas le lien entre la chaise et un état de santé (ce n'est pas une demande d'aménagement) ; « j'ai besoin de 6 mois de congé pour traiter un problème au dos » (en France, on a le médecin du travail) (demande d'aménagement)

²⁷ Possibilité d'interprète

²⁸ V. Beck v. Univ. of Wis. Bd. of Regents, 75 F.3d 1130, 5 AD Cas. (BNA) 304 (7th Cir. 1996); Schmidt v. Safeway Inc., 864 F. Supp. 991, 997, 3 AD Cas. (BNA) 1141, 1146 (D. Or. 1994). But see Miller v. Nat'l Casualty Co., 61 F.3d 627, 630, 4 AD Cas. (BNA) 1089, 1091 (8th Cir. 1995)

Il existe des hypothèses où une demande d'information supplémentaire est nécessaire. Si la situation de handicap ou besoin d'aménagement n'est pas clairement établi ou connu, le chargé du handicap (DPM) peut demander ou recevoir des informations pour confirmer que le salarié ou candidat a un handicap qui est couvert par le champ d'application de la loi qui requiert un aménagement. **Précisément si la situation de handicap n'est pas visible ou récente, c'est au salarié ou au candidat d'en faire part** (seule la personne en charge du handicap peut requérir l'information médicale afin d'y faire face).

L'obligation de connaissance par l'employeur de l'exigence d'aménagement raisonnable est d'autant plus difficile lorsque la situation de handicap est **invisible** : l'expérience de la mise en œuvre du droit américain en donne des exemples. Cela peut concerner des douleurs invalidantes, une extrême fatigue, des étourdissements, des dysfonctions cognitives, des blessures à la tête, des difficultés d'apprentissage, des altérations ou pathologies mentales ainsi que des handicaps visuels ou auditifs. Le handicap peut varier en termes d'entraves, de limitations des activités essentielles de la vie. Même lorsqu'une personne a un fauteuil roulant ou une canne (il ou elle peut aussi avoir des handicaps invisibles) et devoir le préciser à l'employeur en quête d'aménagement.

III- L'exigence d'un processus interactif entre l'employeur et le salarié pour déterminer l'aménagement

L'intérêt du processus aux Etats-Unis est l'échange entre salarié et employeur, parfois par le biais d'une médiation qui peut intervenir pour mettre en place l'aménagement (l'autorité en charge du suivi des discriminations, EEOC déjà citée, donne des directives en ce sens).

1) Le processus interactif

Généralement, une fois que la demande d'aménagement a été faite, la prochaine étape permet aux parties d'engager dans une procédure interactive (souvent DPM et la personne en situation de handicap): la nature précise du problème déclenchant la demande, le lien entre le handicap et l'exigence d'aménagement, et un aménagement alternatif/autre répondant aux besoins de la personne. Cette demande peut s'accompagner d'informations sur le caractère chronique de l'état de santé.

La communication est une priorité surtout lorsque soit la limitation, le problème ou l'obstacle à l'emploi ne sont pas clairs, soit le besoin d'aménagement non manifeste, soit que les parties envisagent plusieurs possibilités d'aménagement. Il existe des listes de ressources pour identifier des aménagements possibles explicités par l'agence (EEOC)²⁹.

Si un tiers requiert l'aménagement (médecin) à la place de la personne, le responsable doit confirmer avec la personne qu'il réclame un aménagement sauf si la personne est hospitalisée sans communication possible, l'employeur procède à l'aménagement (dans ce cas l'aménagement passe notamment par le congé, obligation en France). Dans le cas d'un contentieux aux Etats-Unis, la bonne foi de l'employeur est mesurée en fonction de **sa coopération dans ce processus interactif** dit la jurisprudence qui l'évalue au cas par cas.

²⁹ <https://www.eeoc.gov/laws/types/disability.cfm>

IV- Portée des aménagements dits « raisonnables » et le concept de charge disproportionnée (*undue hardship*)

Il faut rappeler la définition américaine de l'aménagement raisonnable: « Toute modification ou ajustement au travail ou poste raisonnable qui permet a un **candidat ou salarié qualifié** avec un handicap de participer à l'appel à candidature ou exécuter les fonctions essentielles du poste. » Le refus non justifié d'un aménagement peut être coûteux. En 2012, une entreprise a payé 100 000 dollars car elle avait refusé d'aménager le poste d'une caissière qui avait un cancer. Mais cela peut être beaucoup de situations différentes : pour une personne qui a un problème d'écoute, cela peut être un problème d'avoir un dispositif sur son téléphone, même si elle n'a pas besoin d'utiliser le téléphone pour son travail. Les juges regardent ce qui n'est pas essentiel et qui est essentiel : le salarié doit pouvoir effectuer les tâches essentielles. Cela peut être la nécessité d'arrêts, de pauses en cas de fatigue, la possibilité de s'asseoir, même s'il faut être debout pour le poste dans beaucoup de situations.

Et par exemple, une personne qui fait des travaux de ménage peut décider, compte tenu d'un handicap psychiatrique, de nettoyer certains étages du bâtiment et de ne pas changer d'étages. Mais ce n'est pas un niveau de production qualitatif ou quantitatif moindre. On ne peut pas éliminer une fonction essentielle du poste. Par exemple, pour l'accueil de quelqu'un, si vous ne pouvez pas taper, mais que vous pouvez faire l'accueil qui est la tâche essentielle, il n'y a pas de souci ; le cas échéant, une autre personne peut taper un document lié à l'accueil.

Tous les aménagements ne sont pas possibles. La jurisprudence éclaire sur ce qui est « raisonnable » d'attendre de l'employeur ou disproportionné.

Il existe déjà des indications en jurisprudence sur la charge de la preuve concernant l'aménagement et son caractère raisonnable qui doit être prouvé par l'employeur: la personne en situation de handicap doit montrer que l'aménagement est raisonnable *a priori*, faire connaître l'aménagement désiré et le proposer après une discussion parfois avec le DPM. Ensuite, c'est à l'employeur de dire que cet aménagement a un coût trop important. A la différence de l'aménagement raisonnable en matière de religion, l'employeur n'a pas la possibilité d'invoquer le standard d'un coût minimal pour l'aménagement (droit de dépenser qu'un minimum)³⁰. En matière de handicap, en revanche, la preuve apportée par l'employeur de cette charge concerne non seulement la nature et le coût de l'aménagement requis, mais aussi les ressources financières de l'institution ou l'organisme où l'aménagement est requis, ainsi que les ressources, la taille et la structure de l'activité globale du défendeur. L'employeur choisit l'aménagement qui peut être « effectif »³¹ : ne pas engendrer des charges disproportionnées ; sur la notion de charges trop lourdes, d'« undue hardship », le texte le définit comme « un aménagement qui requiert une réponse impliquant des difficultés et un coût ».³²

Il existe un certain nombre d'arrêts sur le reclassement : la jurisprudence est encore incertaine entre cours d'appel sur la portée de l'aménagement raisonnable et l'étendue du reclassement comme forme d'aménagement.

L'incertitude dans les juridictions sur le reclassement comme aménagement dérive d'une décision de la Cour suprême de 2007 : *Huber v. Wal-Mart Stores*, dans lequel une personne (au service manutention) chargée de répondre aux commandes d'épicerie sèche, non périssable, après une blessure au bras a voulu être reclassée comme routeur (celle qui aiguille, dispatche les commandes) ; elle a été reclassée dans un

³⁰ en matière de discrimination religieuse : *US Airways, Inc. v. Barnett*, 535 U.S. 391

³¹ *Stewart v. Happy Herman's Cheshire Bridge, Inc.*, 117 F.3d 1278, 1285-86, 6 AD Cas. (BNA) 1834, 1839 (11th Cir. 1997); *Hankins v. The Gap, Inc.*, 84 F.3d 797, 800, 5 AD Cas. (BNA) 924, 926-27 (6th Cir. 1996); *Gile v. United Airlines, Inc.*, 95 F.3d 492, 499, 5 AD Cas. (BNA) 1466, 1471 (7th Cir. 1996)

³² Section 101(10(A))

poste de technicienne de surface beaucoup moins rémunéré. La Cour a considéré qu'elle n'a pas été moins bien traitée : elle a postulé comme d'autres candidats et n'a pas été retenue comme la plus qualifiée. Selon la cour d'appel dans cette espèce, « aménagement raisonnable n'est pas un traitement préférentiel ». Pourtant les cours d'appel des circuits 10^{ème}, 7^{ème} et la cour d'appel fédérale dans le District de Columbia (district de Washington) considèrent que ce reclassement à un poste est exigé dans la foulée plutôt que d'attendre les résultats d'un concours ou d'une sélection de candidats plus qualifiés, sous réserve que l'aménagement n'est pas disproportionné. En dehors du 4^{ème} circuit de cour d'appel, qui est incertain, les autres cours d'appel (celle du 8^{ème} circuit notamment suivent *Huber c/ Walmart*) considèrent qu'il n'y a pas de violation si, après une candidature d'une personne en situation de handicap, un processus de sélection choisit ensuite une personne non handicapée qui était plus qualifiée pour le poste³³.

Plus récemment, la Cour Suprême saisie dans une affaire le 28 mai 2013, a refusé de trancher la question et statuer dans *United Airlines v. EEOC*, (absence d'admission du pourvoi) sur le recours d'une décision de cour d'appel du 7^{ème} circuit *EEOC v. United Airlines, Inc.*, No. 11-1774 (7th Cir. 2012). La question similaire était de savoir si l'employeur devait reclasser un salarié en situation de handicap à un poste vacant qui aurait été normalement comblé par l'admission et la sélection par concours. La cour d'appel du 7ème circuit avait, elle, reconnu que, si la personne est qualifiée et le poste vacant un appel à candidatures postérieur ne doit pas être pas lancé. L'agence EEOC s'est rangée dans le même sens et a envisagé cet aménagement par le reclassement prioritaire en cas de vacance de poste³⁴.

Conclusion

En somme, la notion d'aménagement raisonnable aux Etats-Unis est ancienne et innovante car elle a intégré le modèle social du handicap ; elle est acceptée par les juges, par l'agence pour l'égalité (EEOC/équivalent du Défenseur de Droits qui a émis des directives clés dans le domaine), par les employeurs qui cherchent parfois à s'en défendre et par les salariés eux-mêmes qui réclament ces aménagements. Sur le principe, c'est acquis aux Etats-Unis. Mais au regard de l'interprétation de cette notion dans certaines cours d'appel, surtout fédérales, il faut relever dans la jurisprudence une interprétation parfois extensive du caractère disproportionné et non raisonnable de la charge pour l'employeur, engendrée par l'aménagement qui freine parfois concrètement la portée et la mise en oeuvre de ce concept très créatif dans l'entreprise.

³³ *Huber v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 486 F.3d 480, 483 (8th Cir. 2007)

³⁴ EEOC préconise dans ses directives qu'il faut tenir compte de considérations spécifiques concernant le processus interactif pour le reclassement : En considérant les postes au reclassement, le chargé du handicap (DPM) avec la RH: 1) identifie les postes disponibles pour lesquels le salarié serait qualifié avec ou sans aménagement, 2) les postes vacants dans les 60 jours du début de la recherche de postes 3) les postes proposés peuvent être en dehors du secteur géographique du salarié avec accord du salarié (mais le coût supplémentaire de transport n'incombe pas à l'employeur)

Modalités de recours et non recours au droit à un aménagement raisonnable

Modératrice : *Emmanuelle Fillion, Enseignante-chercheuse - MSSH-EHESP-UMR CRAPE*

L'obligation d'aménagement raisonnable comme attribut du droit à l'égalité de traitement

Fabienne Jegu, Conseiller Expert Handicap – Défenseur des droits

En France, la question de l'emploi des personnes handicapées est traditionnellement, et quasi exclusivement, abordée sous l'angle de l'obligation d'emploi des personnes handicapées, mesure d'action positive instituée par la loi n°87-517 du 10 juillet 1987.

Près de 30 ans après l'institution de l'obligation d'emploi et 10 ans après la transposition, dans la loi française³⁵, de l'obligation d'aménagement raisonnable prévue par la directive du 27 novembre 2000³⁶, quel regard le Défenseur des droits porte-t-il sur ces deux dispositifs ? En particulier, comment s'inscrit l'obligation « nouvelle » d'aménagement raisonnable dans le champ de l'emploi des personnes handicapées ?

I. Les limites de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

Un constat : les personnes handicapées sont aujourd'hui deux fois plus concernées par le chômage que l'ensemble de la population. En outre, comme le révèlent les réclamations adressées au Défenseur des droits, l'emploi constitue le premier domaine dans lequel s'exercent les discriminations fondées sur le handicap.

En 2015, 39 % des réclamations adressées au Défenseur des droits relatives aux discriminations fondées sur le handicap concernaient l'emploi. Le handicap constitue le deuxième motif de saisine du Défenseur des droits par les personnes qui s'estiment victimes de discrimination en emploi tous secteurs confondus (il s'agit du premier motif en emploi public). Par ailleurs, si la question de l'accès à l'emploi des personnes handicapées reste un sujet de préoccupation majeure, il s'avère que la très grande majorité des réclamations adressées au Défenseur des droits (80%) concerne le déroulement de carrière et le maintien dans l'emploi suite à la survenance ou à l'aggravation d'un handicap ou d'un problème de santé.

Bien que bénéficiaires d'un emploi au titre de l'obligation d'emploi, il apparaît qu'un grand nombre de personnes handicapées qui saisissent le Défenseur des droits considère être traité de manière moins favorable que les autres salariés, en termes de promotion, de formation, de salaire, ... du seul fait de leur handicap. Du côté des employeurs, nombreux sont ceux qui considèrent que le fait d'engager des actions positives au titre de l'obligation d'emploi suffit à ne pas discriminer...

Or, si l'obligation d'emploi a, sans aucun doute, permis de « mettre le pied dans la porte » en matière d'insertion professionnelle des personnes handicapées, il apparaît clairement qu'elle ne suffit pas à elle seule à garantir l'égalité de traitement des personnes handicapées dans l'emploi.

³⁵ Article L5213-6 du code du travail et 6 sexies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant statut général des fonctionnaires

³⁶ Article 5 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

II. Les apports de l'obligation d'aménagement raisonnable en emploi

Aux termes de la directive du 27 novembre 2000, l'obligation d'aménagement raisonnable en emploi s'inscrit dans le principe d'égalité de traitement qui interdit toute forme de discrimination, directe ou indirecte.

L'égalité de traitement implique non seulement de traiter de la même manière les personnes placées dans une situation comparable mais aussi de traiter différemment, en prenant les mesures appropriées, des personnes placées dans une situation différentes de manière à leur garantir une égalité réelle avec les autres.

Ainsi, contrairement aux mesures d'action positive, l'obligation d'aménagement raisonnable ne vise pas à traiter de manière préférentielle une personne par rapport à une autre, du fait de son handicap, mais à pallier l'inégalité induite par le handicap afin d'en compenser les effets dans une situation concrète.

Le principe de l'aménagement raisonnable et ses contours ont vocation à être précisés par la jurisprudence. Aussi, depuis 2005, le Défenseur des droits, et avant lui la Halde, s'est appliqué à faire connaître et respecter cette obligation en sensibilisant les employeurs et en présentant des observations devant les juridictions dans les affaires dont il a été saisi. Plusieurs décisions de principe du Conseil d'État ont d'ores et déjà contribué à définir la portée spécifique de cette obligation.

1) Conditions de prérequis au concours et à l'accès à certains emplois publics

Dans un **arrêt du 14 novembre 2008 (n°311312)**, le **Conseil d'État** a considéré que les dispositions législatives [articles 5 et 6 sexies de la loi n° 83-634] imposent à l'autorité administrative de prendre tant les règlements spécifiques que les mesures appropriées au cas par cas pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service.

2) Responsabilité de l'État envers une avocate handicapée dont l'exercice de la profession est rendu difficile par les conditions d'accès aux tribunaux

En l'espèce, une avocate atteinte d'un handicap moteur réclamait la condamnation du ministère de la Justice à lui verser une indemnité au titre du préjudice subi dans l'exercice de sa profession du fait de l'inaccessibilité des tribunaux. Le **Conseil d'État (CE, 22 octobre 2010, n°338892)** estime que la directive du 27 novembre 2000 a pour effet « d'imposer à l'État, alors même qu'il n'est pas l'employeur des avocats, des obligations à l'égard de ces derniers » dans la mesure où, en qualité d'auxiliaire de justice, les avocats « apportent un concours régulier et indispensable au service public de la justice et exercent une part importante de leur activité professionnelle dans des bâtiments affectés à ce service public ». A ce titre, l'État est tenu de prendre des mesures appropriées pour permettre aux avocats handicapés d'exercer leur profession. Ces mesures « doivent inclure, en principe, l'accessibilité des locaux de justice, y compris celles des parties non ouvertes au public mais auxquelles les avocats doivent pouvoir accéder pour l'exercice de leurs fonctions (...) ».

3) Conditions de versement de la prime modulable à un magistrat consécutivement à la mise en place d'un aménagement de son poste du fait de son handicap

En l'espèce, le requérant ne faisait pas grief à l'administration de ne pas avoir mis en place les aménagements raisonnables. Il invoquait la concomitance entre la mise en place de ces aménagements, qui

s'était concrétisée par une décharge de son service des audiences et de permanences en contrepartie d'attributions juridictionnelles et administratives, et la décision de la procureure générale diminuant, de manière significative, son taux de prime modulable.

Pour le **Conseil d'Etat (CE, 11 juill. 2012, n°347703)**, compte tenu du caractère limité des crédits disponibles, s'il est légitime d'apprécier à l'occasion de la fixation individuelle du taux de prime modulable d'un magistrat handicapé sa contribution au bon fonctionnement de la justice et ce, relativement à celle des autres magistrats du même ressort, en l'espèce, la prise en compte par la procureure générale de la charge supplémentaire d'audiences et de permanences pour fixer le taux individuel de prime versé au requérant, a constitué une discrimination indirecte. En effet, l'appréciation comparée des contributions respectives des magistrats, dès lors qu'elle porte sur des fonctions dont le réclamant a été dispensé du fait de son handicap, a nécessairement pour effet de désavantager le requérant. Le Conseil d'Etat considère donc que l'appréciation de la contribution du requérant au bon fonctionnement de la juridiction ne pouvait être appréciée, relativement à celle des magistrats du même ressort, sans prendre en compte les sujétions définies par rapport à ses capacités au regard de son handicap.

Du côté du juge judiciaire, on constate davantage de frilosité. L'une des questions qui se pose est, notamment, celle de l'articulation entre l'obligation d'aménagement raisonnable et les autres législations applicables aux employeurs du secteur privé, en particulier celle relative aux salariés reconnus inaptes. Aujourd'hui, le manquement de l'employeur à son obligation de reclassement est quasi systématiquement analysé sous l'angle du licenciement sans cause réelle et sérieuse alors même que ce manquement de l'employeur, qui n'est autre qu'un refus d'aménagement raisonnable, pourrait être considéré comme discriminatoire et, par conséquent, entraîner la nullité du licenciement prononcé à l'encontre du salarié devenu inapte.

III. Les perspectives en lien avec la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH)

Le principe de « l'aménagement raisonnable », comme corollaire de l'interdiction de toute forme de discrimination à l'égard des personnes handicapées, est consacré par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH). Au sens de l'article 2 de la convention onusienne, *« la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable »*.

La CIDPH, signée à New-York le 30 mars 2007, a été ratifiée par la France en 2010 (entrée en vigueur le 20 mars 2010). Par ailleurs, l'Union européenne a également adhéré à la convention. Ce faisant, l'Etat français et l'UE se sont engagés à faire en sorte que l'ensemble de leurs instruments législatifs, politiques et programmes respectent les termes de la CIDPH.

La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi adopté plusieurs décisions en référence à la définition du handicap inscrite dans la CIDPH (CJUE, 11 avril 2013, Ring et Skouboe Werge ; CJUE, 18 mars 2014, Z.).

Par ailleurs, le Défenseur des droits est intervenu dans le cadre des projets de loi « Justice du XXI siècle » et « Egalité et citoyenneté » pour demander une modification de la définition de la discrimination, inscrite dans la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, afin d'y introduire le principe d'aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées.

Une telle modification, si elle était adoptée, permettrait d'assurer, de manière transversale, une protection des personnes handicapées dans l'ensemble des champs de discrimination, y compris l'accès aux biens et aux services, et de couvrir les différents secteurs visés par ces champs. En effet, s'agissant de l'emploi,

l'obligation de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, en application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, n'a été qu'imparfaitement transposée dans la mesure où la loi ne vise aujourd'hui que les seuls les employeurs privés relevant du code du travail ainsi que les employeurs publics relevant des trois fonctions publiques.

La greffe de la notion d'aménagement raisonnable en droit français peut-elle réussir ?

**Sophie Robin-Olivier, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris I)**

Sans utiliser le terme d'aménagement raisonnable, l'article L 5213-6 du code du travail, issu de la loi du 11 février 2005, indique que : « 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 dispensé. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 ».

Ces nouvelles dispositions ont pris place dans un environnement déjà occupé par un ensemble de normes qui remplissent des fonctions sinon identiques, du moins similaires, au titre, notamment, de l'obligation de reclassement des salariés qui, en raison d'une maladie ou d'une situation de handicap, ne peuvent plus occuper l'emploi qui étaient précédemment le leur. Compte tenu de ce contexte, la greffe de l'aménagement raisonnable se présente de façon contrastée.

D'une part, l'implantation de la notion peut être facilitée par la familiarité du système juridique avec le nouveau concept. C'est dire que si le concept lui-même paraît neuf, le principe d'une adaptation de l'emploi à la situation du salarié qui résulte de la maladie ou du handicap ne l'est pas. La justification sociale, les implications sur les comportements des différents acteurs, ne sont ni totalement inconnus ni frontalement rejetés. Au fond, il n'y a qu'un pas de plus à faire, peut-être pas si grand.

D'autre part, on peut penser, au contraire, que la nouvelle notion aura peine à s'implanter dès lors qu'il n'y a pas de vide (juridique) et que, par conséquent, les acteurs du système juridique risquent d'opposer une forme de résistance passive au changement (c'est-à-dire à la remise en cause d'une solution, d'une méthode ou d'un type de raisonnement, lorsque ceux-ci paraissent avoir la même fonction ou une fonction très voisine de la nouvelle notion). Il n'est pas exclu que l'apport de l'aménagement raisonnable n'apparaisse pas toujours de façon évidente aux acteurs d'un système juridique qui est loin d'être un terrain vierge.

On se propose donc d'explorer ces deux avenir possibles de la greffe de l'aménagement raisonnable en droit du travail français. En commençant par le constat de la compatibilité *a priori* de l'aménagement raisonnable avec le cadre juridique préexistant et en considérant, dans un second temps, les obstacles à l'intégration des spécificités du concept d'aménagement raisonnable dans le corps du droit du travail français.

I. La compatibilité de l'aménagement raisonnable avec les dispositions préexistantes du droit du travail français

Si le contexte du droit français paraît, au premier abord, plutôt propice à l'intégration de la notion d'aménagement raisonnable, cela tient à l'existence d'exigences proches, préexistantes. Sans qu'on puisse parler d'équivalents fonctionnels, le droit du travail français n'est pas hostile ou imperméable à l'idée d'adaptation ou d'aménagement pour maintenir l'emploi en cas de maladie ou de handicap.

1) Un cadre juridique ouvert à l'exigence d'adaptation

En témoigne, en particulier, l'obligation de reclassement des salariés qui pèse sur l'employeur, en cas d'inaptitude. Lorsqu'après une maladie ou un accident, un salarié est déclaré inapte à reprendre son travail par le médecin du travail, l'employeur est tenu de lui proposer un emploi *approprié* à ses capacités, compte tenu des conclusions du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise³⁷. L'emploi proposé doit être « aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail »³⁸. L'employeur est tenu de chercher par tous moyens à préserver l'emploi du salarié, notamment en prenant des mesures de transformation du poste ou d'aménagement du temps de travail. Cette obligation de recherche de reclassement est rigoureuse dans la mesure où elle s'impose même si le médecin du travail a déclaré le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise³⁹.

Plus marginalement, le code du travail prévoit aussi une obligation de « réentraînement au travail et la rééducation professionnelle des malades et des blessés de l'établissement ou du groupe d'établissements », dans les entreprises de plus de 5 000 salariés⁴⁰, et exige que tout travailleur handicapé puisse bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle⁴¹.

La proximité de l'aménagement raisonnable avec ces exigences d'adaptation déjà connues du droit du travail est de nature à faciliter l'incorporation de l'aménagement raisonnable dans le système du droit du travail : avant d'être complètement acclimaté, le concept d'aménagement raisonnable peut, dans un premier temps, être utilisé pour renforcer le droit préexistant, sans nécessiter de changements radicaux.

2) La référence à l'aménagement raisonnable dans la jurisprudence

On trouve, dans la jurisprudence judiciaire, quelques décisions importantes qui se réfèrent à la notion d'aménagement raisonnable. Dans une décision de la Cour d'appel de Bordeaux du 20 oct. 2011, les juges ont imposé une obligation de reclassement en se fondant sur un ensemble de références, incluant l'obligation d'aménagement raisonnable. Le raisonnement, source d'une certaine confusion, prend appui sur l'obligation de reclassement, mais sans clarifier le fondement de cette obligation, la référence à l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude et à l'obligation de prendre des mesures appropriées se trouvant mêlées. Les juges mentionnent une obligation légale « renforcée » de reclassement et d'adaptation qui n'a pas été respectée et qui rend donc le licenciement nul.

³⁷ Articles L 1226-10 CT (inaptitude professionnelle) et L 1226-2 CT (inaptitude non professionnelle)

³⁸ Ibid

³⁹ Soc. 16 sept. 2009 ; 23 oct. 2001. Pour une critique : H. Gosselin, Aménager l'avis d'inaptitude au poste, RDT 2016, p. 11

⁴⁰ Article L 5213-5 CT (disposition issue d'une loi de 1973)

⁴¹ Article L 5213-3 CT (disposition issue d'une loi de 1987)

Dans une décision du 21 décembre 2012, la Cour d'appel de Douai s'est, quant à elle, montrée réceptive au droit de la non-discrimination, selon lequel une obligation d'adaptation du poste du salarié en situation de handicap s'impose : pour la Cour, l'absence d'adaptation et la dégradation des conditions de travail caractérise une discrimination à raison du handicap. Toutefois, la rupture est considérée comme abusive, alors que l'existence d'une discrimination aurait dû entraîner la nullité du licenciement. Le droit de la non-discrimination et la nécessité d'aménagement qui en résulte, faute de quoi le licenciement est nul (et non seulement sans cause réelle et sérieuse) sont mis en œuvre dans des décisions plus récentes⁴².

Dans la jurisprudence des juridictions administratives, l'obligation d'aménagement est également présente. Une décision du Conseil d'Etat a retenu que la situation de handicap dans laquelle se trouve un magistrat devait être prise en compte pour aménager le volume et la nature des tâches mais aussi pour apprécier, au vu des objectifs définis par rapport à ses capacités, la contribution de la personne concernée au bon fonctionnement du service dont dépend sa rémunération⁴³. Dans la même ligne, une décision rendue par la Cour administrative de Nancy a imposé l'aménagement du poste de travail et l'appréciation de la proportionnalité des aménagements permettant au travailleur d'occuper son poste⁴⁴.

Le régime juridique qui s'applique aux suites de maladie ou d'accident indique que le droit du travail français n'ignore pas l'obligation qui pèse sur les employeurs de mettre en place des mesures d'aménagement dans les situations dans lesquelles la santé ou le handicap rendent impossible la poursuite de l'activité dans les conditions antérieures. Cela ne couvre évidemment pas tout le spectre des exigences liées à l'aménagement raisonnable pour les personnes en situation de handicap. Mais, même si le domaine est beaucoup plus étroit, l'idée d'adaptation est présente dans la notion de reclassement. La greffe juridique du concept d'aménagement raisonnable s'effectue ainsi à l'intérieur d'un système juridique qui est ouvert, culturellement, à l'idée que des adaptations peuvent être imposées aux employeurs afin de prendre en compte les problèmes de santé ou la situation de handicap. Si on compare, par exemple, avec la réception de l'aménagement raisonnable en matière de religion, le contraste est très fort : dans ce domaine, l'acclimatation du concept dans le champ du droit français est rendu particulièrement difficile, en raison notamment, de l'obstacle que constitue la notion, très centrale, de laïcité.

II. La difficulté d'intégrer les spécificités du nouveau concept à l'intérieur du cadre normatif préalablement institué

La difficulté d'intégrer les spécificités du concept d'aménagement raisonnable à l'intérieur du cadre normatif préalablement institué se traduit, dans certains cas, par la préférence donnée aux solutions préexistantes. Ainsi, dans une décision du 17 février 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est fondée sur les dispositions des articles L 5213-3 et L 5213-5 du code du travail pour condamner l'employeur qui a manqué à son obligation de réentraînement et de rééducation devant permettre au salarié d'occuper un autre poste de travail : la décision ne fait aucune référence à l'article L 5213-6 (qui n'était pas, il est vrai, invoquée par le pourvoi). Certaines décisions témoignent de la difficulté qu'éprouvent les juges à intégrer les nouvelles notions et les raisonnements qu'elles impliquent. Devant la Cour d'appel de Paris, par exemple, une salariée faisait valoir qu'elle avait fait l'objet d'un traitement discriminatoire en raison de l'inadéquation des postes et des formations qui lui ont été proposés⁴⁵. Les juges ont estimé, au contraire, que les postes proposés étaient adaptés et qu'un accompagnement avait été mis en place, ce qui exclut que la décision de licenciement ait été discriminatoire. Mais ils n'ont fait aucune place à la question

⁴² Cass. soc. 28 mai 2014 et, sur renvoi, Cour d'appel d'Agen, 13 jan. 2015

⁴³ CE 11 juillet 2012 (au sujet de l'octroi d'une prime)

⁴⁴ V. notamment : Cour administrative d'appel de Nancy, 20 févr. 2014

⁴⁵ Cour d'appel de Paris, 19 févr. 2015

centrale du caractère « approprié » des mesures prises pour permettre à la salariée de conserver son emploi, ni au caractère, proportionné ou disproportionné, des demandes de la salariée.

Deux aspects de la notion d'aménagement raisonnable paraissent être à la source des difficultés les plus saillantes : le caractère « raisonnable » de l'aménagement, d'une part, la modification du domaine des adaptations requises par l'aménagement raisonnable, d'autre part.

1) La réception du critère du « raisonnable »

L'exigence de reclassement en cas d'inaptitude n'est pas limitée aux aménagements « raisonnables ». La notion d'« aménagement raisonnable » (ou de « mesures appropriées » non disproportionnées) inclut explicitement une marge d'appréciation, dans le cas particulier, qui n'est pas présente dans l'exigence de reclassement : le reclassement impose, plus strictement, en apparence, que les postes adaptés disponibles soient proposés ou que le poste occupé précédemment soit adapté. Le licenciement n'est possible que lorsque cela est « impossible ». Evidemment, ce qui est « impossible » relève aussi d'une appréciation, selon les situations spécifiques concernées. Et on pourrait fort bien considérer que l'aménagement ou le reclassement est considéré impossible quand il n'est pas « raisonnable », c'est-à-dire, quand la charge est trop lourde pour l'employeur, disproportionnée. On retrouve, dans ce cas, les limites que prévoit l'aménagement raisonnable. Toutefois le concept de « raisonnable » est spécifique. La question du contrôle judiciaire qui s'applique (devrait s'appliquer) se pose, en tout cas, de façon renouvelée. Les juges ne paraissent pas toujours en avoir pris la mesure comme le montre par exemple, une décision de la Cour administrative d'appel de Versailles, du 30 avr. 2015 : l'exigence d'aménagement y est reconnue et la faisabilité de celui-ci est appréciée par les juges mais non le caractère « raisonnable » ou « approprié » de l'aménagement. Seul le caractère possible (ou non impossible) de l'aménagement est pris en compte.

2) Les ruptures imposées par la modification du domaine des adaptations requises par l'aménagement raisonnable

Le champ d'application, matériel et personnel, de l'obligation d'aménagement raisonnable ne se distingue de celui de l'obligation de reclassement antérieurement inscrite dans le code du travail, non seulement parce que la loi elle-même confère un domaine plus large aux aménagements raisonnables mais aussi parce que les modalités d'appréciation des bénéficiaires des aménagements sont spécifiques.

Quant au domaine matériel des aménagements requis, l'objectif est de « permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser » ou d'assurer qu'« une formation lui soit dispensée ». L'accès à un premier emploi dans une entreprise, l'évolution de carrière, par exemple, relèvent de l'aménagement raisonnable alors que ces questions ne sont pas couvertes par le reclassement en cas d'inaptitude. Le champ propre de ce que recouvre l'obligation de prendre des mesures appropriées n'est pas toujours distingué, par les juges, du domaine, plus étroit, de l'obligation de reclassement. Une illustration de la difficulté d'intégrer la portée de l'exigence d'aménagement est donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 17 janvier 2013 dans lequel les juges ont, pour apprécier le respect de « l'obligation de reclassement », recherché s'il existait un emploi compatible avec l'inaptitude reconnue à la salariée handicapée. Faute d'emploi disponible compatible avec l'état de santé de la salariée, les juges ont considéré que le licenciement n'était pas discriminatoire, sans examiner les possibilités d'adaptation des emplois disponibles.

En ce qui concerne les personnes bénéficiant des aménagements, la reconnaissance administrative préalable de l'appartenance à la catégorie des personnes handicapées ne devrait pas pouvoir s'imposer,

dans le cadre de l'obligation d'aménagement raisonnable⁴⁶. Pourtant, en droit français, la reconnaissance administrative préalable du statut de travailleur handicapé, qui correspond à l'approche traditionnelle, est exigée par la loi⁴⁷ et cette condition est reprise par la jurisprudence. Ainsi, dans une décision du 30 avr. 2015, la Cour administrative d'appel de Versailles a mis à l'écart la question de la discrimination à raison du handicap (et privilégié la question de la discrimination à raison de l'état de santé) après avoir constaté que la personne concernée ne justifiait pas de sa qualité de travailleur handicapé au sens de l'article L 5212-13 du code du travail (catégories prédéterminées et qui ne correspondent pas à la définition générale fixée par le droit de l'Union).

Plus généralement, des appréciations extérieures à la situation particulière d'emploi ne devraient pas être prises en compte pour juger des besoins d'aménagement. Certaines décisions indiquent pourtant que cette conception renouvelée des bénéficiaires des aménagements ne va pas de soi, pour les juges français⁴⁸.

Conclusion

On ne peut pas parler de rejet de la greffe de l'aménagement raisonnable en droit français : l'aménagement raisonnable paraît pouvoir s'acclimater au droit du travail français, qui n'est pas réfractaire à l'idée d'adaptation de l'emploi pour des motifs qui tiennent à la santé ou à la situation de handicap des salariés. En revanche, les transformations importantes qu'implique le droit de la non-discrimination (critère du raisonnable ou appréciation de la proportionnalité des demandes des salariés, évolution du domaine des aménagements requis, en particulier) sont peut-être plus difficiles qu'ailleurs à mettre en oeuvre, pour les acteurs du système juridiques, en raison de l'existence de dispositifs juridiques proches, qui ont été maintenus et se juxtaposent, sans qu'une cohérence d'ensemble soit assurée.

⁴⁶ Cf. CJUE, 4 juill. 2013, Commission c. Italie, C-312/11

⁴⁷ Cf. L 5213-6 pour l'obligation d'aménagement raisonnable

⁴⁸ Cour administrative d'appel de Versailles, 21 jan. 2016 : le taux d'incapacité déterminant l'obtention d'une carte d'invalidité constitue un élément de l'appréciation de la nécessité d'aménagement

Discussion des quatre interventions de la matinée

Vincent-Arnaud Chappe, Chargé de recherche-CNRS CSI-Mines ParisTech

J'ai abordé les textes que j'ai eu à discuter non en tant que spécialiste de la thématique du handicap en général et de l'aménagement raisonnable en particulier, ce que je ne suis pas, mais en tant que sociologue du droit spécialisé sur la question des discriminations au travail. Ces textes, très riches dans leur contenu, font en effet écho à de nombreuses problématiques plus générales liées à la lutte contre les discriminations, tout en présentant des spécificités propres à la problématique du handicap.

La lecture de ces quatre textes permet d'emblée de souligner un paradoxe, ou tout du moins une tension, liée à cette notion d'aménagement raisonnable. Celle-ci est une notion juridiquement consacrée, qui possède une histoire longue et qu'on retrouve dans des pays et des corpus juridiques très différents. Pourtant, ce solide ancrage juridique contraste avec ce qui apparaît comme un flou important : c'est une notion formelle, qui pose un principe, mais qui ne dit rien sur le contenu même de ce qu'on entend par un aménagement raisonnable. Qu'est-ce que « aménager » un poste ou une situation premièrement ? Qu'entend-on par raisonnable ? Qu'est-ce qu'une charge « proportionnée » ou non ? On se trouve ici dans une situation d'incertitude liée à la « texture ouverte » du droit. Ce type de situations intéresse particulièrement les sociologues du droit – mais aussi les juristes – dans la mesure où elle laisse une latitude à un certain nombre d'acteurs divers pour tenter d'imposer un certain « cadrage » de cette notion, restrictif ou extensif. On peut d'ailleurs faire le parallèle avec la situation étasunienne au milieu des années 1960 étudiée par de nombreux sociologues du droit : la nouvelle législation pour les droits civiques prohibait la discrimination, mais sans que les contours de cette discrimination ne soient définis. De nombreux sociologues ont alors étudié le rôle des mouvements sociaux, des agences administratives, des consultants en entreprise, des psychologues du travail, des « responsables diversité » et autres acteurs, qui ont chacun œuvré à leur manière pour donner du sens à cette notion. Ces sociologues ont également montré comment les tribunaux, eux-mêmes confrontés à cette incertitude, se sont appuyés sur ces différents acteurs pour construire leur propre jurisprudence.

L'enjeu autour de l'aménagement raisonnable est donc très proche, mais peut-être même encore plus compliqué : la notion semble consubstantielle à une approche au « cas par cas », et donc plus rétive aux tentatives de généralisation que le droit peut produire. On peut d'ailleurs se demander si le contexte d'importation dans un pays « civiliste » qu'est la France, et non de *common law* comme aux Etats-Unis, ne redouble pas ce problème d'une difficile appréhension juridique à partir de règles communes, de ce qui relève de situations locales et situées.

A partir donc du constat de cette tension, on peut donc poser plusieurs questions sur les processus d'explicitation – juridique et sociale de cette notion – en s'intéressant notamment aux acteurs et aux dispositifs qui y prennent part.

Le premier point porte sur l'opposition que soulignent deux sociologues américains, Tom Burk et Jeb Barnes, et que reprend Aude Lejeune, entre politiques réactives et proactives des entreprises. La recherche en cours d'Aude Lejeune tend à montrer le caractère principalement réactif des entreprises, qui ne prennent des mesures (et encore) que quand elles sont directement interpellées par des travailleurs handicapés. Ceux-ci semblent donc être au premier plan dans l'activation du dispositif des aménagements raisonnables. Ce premier constat appelle plusieurs questions. Tout d'abord, elle pose la question du rapport au droit des personnes handicapées, qu'a commencé à travailler Aude Lejeune dans le cas belge.

Elle montre que les personnes handicapées connaissent peu leur droit. On peut se demander s'il en est de même en France, et quel rôle est joué par quels acteurs (Défenseur des droits, syndicats, associations, etc.) pour diffuser ce concept et plus généralement la connaissance du droit – et de leurs droits - auprès des personnes handicapées.

Il faut également interroger le caractère « nécessaire » de l'attitude « réactive » des entreprises, ce qui amène à poser un ensemble de questions : quelle forme pourrait prendre une politique d'entreprise proactive en la matière ? Serait-elle compatible avec la recherche de solutions au cas par cas adaptés aux problématiques spécifiques de chaque personne handicapée ? Que peuvent alors proposer les entreprises en la matière ? Que pourrait recouvrir par exemple un accord négocié sur le handicap en matière de procédure ou d'automatisme sur les aménagements raisonnables ? Que proposent des acteurs comme le Défenseur des droits ou autres en matière de formalisation et de systématisation de bonnes pratiques ?

Il s'agit aussi de réfléchir au rôle d'acteurs internes aux entreprises susceptibles, à l'instar des syndicalistes de porter les paroles et demandes des personnes handicapées ; mais également du rôle des acteurs capables de réfléchir concrètement à l'organisation et l'aménagement des postes (par exemple au sein des ressources humaines, de la médecine du travail, mais aussi à travers des postes spécifiques comme par exemple d'ergonomes du travail).

On peut également s'interroger alors sur l'« inspiration » que peuvent susciter les pratiques développées par rapport à d'autres critères de discrimination. Comme plusieurs communications l'ont souligné, la notion d'aménagement raisonnable a d'abord été développée autour des questions religieuses et ethniques, domaines particulièrement conflictuels aujourd'hui en France. D'autres critères peuvent néanmoins être mobilisés : les accords de droit syndical prévoient des procédures d'aménagements de poste permettant de concilier le travail productif avec l'activité syndicale ; des accords d'égalité professionnelle prévoient des formes particulières d'aménagement de poste dans l'optique de la conciliation vie professionnelle/familiale qui peuvent également être intéressants à étudier. Il serait ainsi intéressant de penser les aménagements raisonnables de façon transversale aux différents critères de discrimination, non pas pour nier la spécificité des problématiques du handicap mais pour permettre l'inspiration croisée au sein de l'espace des politiques d'inclusivité.

Le deuxième point porte plus directement sur le recours judiciaire. Il est en effet important de différencier deux types de recours qui peuvent néanmoins s'articuler : les recours et réclamations internes, qui peuvent s'inscrire dans une procédure « normale » ; les recours judiciaires, qui attestent *a priori* d'une défaillance dans la procédure de l'entreprise.

Le premier problème posé par le recours judiciaire concerne l'opposition entre la conflictualité liée à la justice, et le caractère négocié ou interactif de l'aménagement du poste. On peut ainsi se demander dans quelle mesure le recours à la justice peut s'articuler par la suite avec une négociation en interne sur le contenu du poste. On sait par exemple qu'en matière de discrimination et plus largement de droit du travail, il est souvent compliqué à un salarié de rester dans son entreprise après un contentieux, et que la réintégration après un licenciement discriminatoire, quand elle est prononcée, n'est souvent pas applicable en réalité. Qu'en est-il alors en matière d'aménagement raisonnable où le contentieux n'a bien sûr un sens que s'il aboutit à un aménagement effectif ? Est-il possible de dépasser ces difficultés ?

Le deuxième point concerne la question de la création de la jurisprudence. Sophie Robin-Olivier souligne la concurrence d'autres normes, notamment l'obligation de reclassement. Les avocats peuvent avoir tendance à préférer le maniement d'outils juridiques qu'ils connaissent déjà, plutôt que de s'aventurer à manier des concepts incertains. On retrouve à nouveau la situation plus générale du droit de la non-discrimination en France, où beaucoup d'avocats estiment que le droit du travail « générique » leur suffit.

Cette inertie, en freinant le développement d'une jurisprudence intéressante, ne permet donc pas la pleine exploitation de la puissance des nouvelles catégories juridiques, avec le risque de venir renforcer *in fine* les réticences originelles des avocats. La question est donc de savoir dans quelle mesure il est possible de sortir de ce cercle vicieux et que les professionnels du droit s'approprient ce concept : les avocats sont-ils suffisamment formés à ce droit ? Existe-t-il aujourd'hui en France des stratégies judiciaires visant à développer de la jurisprudence sur le sujet ? Et les juges sont-ils également formés de leur côté à l'appréhension de cet outil ? De façon plus générale, il faut alors se demander si, notamment dans le contexte civiliste, une politique des droits passant par le contentieux est réaliste, c'est-à-dire si le juge a réellement le pouvoir de donner une force à la catégorie d'aménagement raisonnable ; ou s'il faut plutôt se reposer sur d'autres acteurs – l'Etat, le Défenseur des droits, les associations – pour lui donner un contenu effectif.

Principe européen et déclinaisons nationales

Modératrice : Pascale Roussel, Enseignante-chercheuse - MSSH-EHESP

Traduction des aménagements raisonnables au Royaume-Uni, en Espagne et en Suède

Dominique Velche, Chercheur en sciences sociales, MSSH – EHESP

Comme les lois de non-discrimination qui les prévoient, les définitions et les conditions d'application des aménagements raisonnables se sont progressivement précisées pour la plupart des pays européens.

A l'origine adoptés afin de répondre aux discriminations indirectes envers les personnes handicapées en raison de défauts d'accessibilité (principalement dans le domaine de l'emploi), les impératifs de mise en place d'aménagements raisonnables sont aujourd'hui en passe d'être étendus à d'autres populations ou groupes à protéger avec l'élargissement de ce type de dispositif légal à tous les domaines dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). C'est donc en dynamique qu'il convient de rendre compte de leur mise en œuvre, surtout quand il s'avère que celle-ci a suivi des chemins différents suivant les pays concernés. Trois pays ont été choisis pour illustrer ce processus : le Royaume-Uni, l'Espagne et la Suède. Cependant, pour mieux comprendre les différences entre les façons de concevoir les aménagements raisonnables, il faut les mettre en contexte, voir comment on en est arrivé là dans chaque pays pour mieux comprendre les différences, et d'où elles viennent.

I. AU ROYAUME-UNI

Le Royaume-Uni a ratifié la CDPH le 8 juin 2009. Ce pays a remis son premier rapport d'application au Comité des droits de l'ONU le 24 novembre 2011.

1) Du DDA à l'Equality Act

Dès 1995, influencés par l'*Americans with Disability Act (ADA)* de 1990, les britanniques adoptent le *Disability Discrimination Act (DDA)*. Cette loi vient s'ajouter aux autres lois de non-discrimination telles que l'*Equal Pay Act (1970)*, le *Sex Discrimination Act (1975)*, le *Race Relations Act (1976)*, et les lois protégeant les libertés de religion et de croyance. Elle remplace le *Disabled Persons (Employment) Act* de 1944 qui imposait l'emploi d'un quota de 3% mais était inappliqué. Il faut se rendre compte ici que, culturellement, il y a de grandes différences entre le Royaume-Uni et la France sur la façon dont sont conçues les obligations réciproques de l'Etat est des employeurs. Nous sommes, nous Français, un pays administré par un Etat à qui nous demandons de régler les problèmes entre nous, alors que les Anglais préfèrent que l'Etat intervienne le moins possible et que les différends soit tranchés par les tribunaux.

Le *DDA 1995* ne s'applique tout d'abord qu'aux employeurs d'au moins 20 employés. Certains employeurs, dont les Forces armées, sont exemptés de l'application de cette loi. Pour suivre l'application de la loi en produisant un rapport annuel, ce texte institue le *National Disability Council (NDC)* de 10 à 20 membres.

Le deuxième texte qui est important est le *Human Rights Act*, adopté trois ans plus tard (1998) qui consacre au Royaume-Uni l'application de la Convention européenne des droits de l'homme entrée en vigueur en septembre 1953. Ce dispositif fonctionnait sous l'égide de la Cour européenne des Droits de l'homme

(CEDH). Pour surmonter une possible contradiction entre les pratiques juridiques britanniques et la CEDH extérieure au droit national, il y avait nécessité, comme chez nous avec la mise en place de la HALDE, de tirer parti de la jurisprudence, d'en extraire des conseils, pour parvenir enfin à la production de guides de bonnes pratiques. Les Britanniques ont donc adopté un acte, qui crée une commission ad-hoc. Ainsi, afin de mettre en place le dispositif de conciliation nécessaire aux principes mêmes du *DDA*, la *Disability Rights Commission (DRC)* remplace, dès 1999, le *National Disability Council (NDC)*. Cet apport fut quelque chose de très utile : tant qu'elle existait, il y avait accès sur Internet à de nombreux conseils sur les principes de mise en oeuvre de la non-discrimination, sur la définition du handicap dans ce cadre légal, sur les possibilités d'aménagement raisonnable. Progressivement, un certain nombre de réglementations ont ainsi été adaptées pour le *DDA*.

Parallèlement, le principe s'étend, comme dans le domaine de l'éducation où le *Special Educational Needs and Disability Act* est adopté en 2001.

En 2003, une révision du *DDA 1995*⁴⁹ (laquelle ne s'applique pas à l'Irlande du Nord) supprime le seuil de 20 salariés qui exemptait les petits employeurs de l'assujettissement et précise les conditions de l'application de la loi (section 7), notamment les administrations exclues de l'obligation (Parlement, autorités régionales ou locales). Le texte propose une liste d'aménagements raisonnables à réaliser (section 18B).

En 2005, le *Disability Discrimination Act* en finit avec les exceptions touchant les autorités publiques, tout en prenant des dispositions particulières pour les décisions judiciaires et celles prises par le Parlement écossais. La non-discrimination est progressivement étendue. La version 2005 du *DDA* précise les conditions d'application de la non-discrimination mais surtout établit des pénalités dans le cas d'obligations non respectées en matière d'accessibilité des moyens de transport.

A la fin, le législateur au Royaume-Uni décide de regrouper l'ensemble des dispositions de non-discrimination concernant les différents domaines où les discriminations peuvent advenir. L'*Equality Act* de 2006 rassemble l'ensemble des modalités de discrimination dans une même loi : le handicap, le genre, la race, la religion ou les croyances et l'orientation sexuelle. Il regroupe aussi la *Commission for Racial Equality*, l'*Equal Rights Opportunity Commission* et la *Disability Rights Commission (DRC)* en un seul organisme : l'*Equality and Human Rights Commission (EHRC)*. Des commissions indépendantes existent pour l'Irlande du Nord. Ces dispositifs se retrouvent dans l'*Equality Act* de 2010 très largement aménagé et simplifié.

Aujourd'hui, c'est la dernière version de cette loi, l'*Equality Act de 2010*, qui s'applique (sauf pour l'Irlande du Nord qui a conservé le *DDA*). Elle est conçue pour satisfaire aux principes de la CDPH. Elle s'inscrit d'emblée en perspective de réduction des inégalités socio-économiques. Elle couvre aussi les parents de personnes handicapées et ceux qui sont, à tort, considérés comme handicapés.

2) Domaines d'application

Les domaines d'application du dispositif de non-discrimination en faveur des personnes handicapées ont évolué. Le *DDA* originel de 1995 visait en premier lieu l'emploi sur tous ses angles : offre, termes, perspectives (promotion, formation, avantages, couverture assurantielle, retraite, participation aux instances syndicales, ...) et maintien dans l'emploi. A cela s'ajoutaient déjà les biens et services, y compris la location de locaux ou d'habitation (avec certaines restrictions), l'éducation, les transports publics pour

⁴⁹ *Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003, SI 2003/1673*

route ou rail (y compris les taxis). Les "*reasonable adjustments* » imposés aux employeurs sont aussi adoptés pour l'offre de biens (alternatives possibles), équipements, services (lieux publics, communication, information, hôtellerie, banques, loisirs, commerces ...) et locaux. La loi donne des précisions pour les relations avec les autorités publiques (conseil locaux, écoles, hôpitaux).

Les Forces armées sont, elles, exemptées de l'obligation (exemption toujours vraie en 2009), ainsi que le personnel des prisons et du ministère de la défense, mais pas les pompiers ni la police. D'ailleurs, à l'occasion de la ratification de la Convention par les Britanniques, ces exemptions ont fait l'objet d'une réserve posée au Comité des droits.

3) Caractéristiques protégées

Selon la dernière loi en vigueur, l'*Equality Act* de 2010, les caractéristiques protégées sont l'âge ; le handicap (y compris un handicap passé, sauf en ce qui concerne l'aménagement des maisons d'habitation) ; la réaffectation du genre ; le mariage ou le partenariat civil ; la race (couleur, nationalité, origine ethnique ou nationale) ; la religion et les croyances ; le sexe ; et l'orientation sexuelle.

Le dispositif est un système de plaintes déposées au tribunal industriel. On privilégie la médiation. L'idée, est qu'il est plus positif de réussir une médiation qui permet de sauver l'emploi de la personne plutôt que d'arriver à un litige qui se solde par une somme d'argent, dans le meilleur des cas, mais pas par un emploi.

4) Mise en œuvre des aménagements raisonnables

Les obligations de l'employeur, dans le *DDA 1995*, sont nommées *adjustments*. Elles peuvent être, par exemple : aménager les locaux ; attribuer certaines des fonctions de l'employé handicapé à une autre personne ; transférer pour remplir un poste vacant ; modifier des heures de travail ; lui assigner un autre poste de travail ; lui permettre d'être absente durant les heures de travail pour de la réadaptation, une évaluation ou un traitement ; lui apporter ou faire que lui soit offerte une formation ; acquérir ou modifier l'équipement ; modifier les instructions ou les manuels de référence ; modifier les procédures de test ou d'évaluation ; offrir un lecteur ou un interprète ; fournir une supervision.

Des questions sur l'adéquation des mesures prises peuvent toutefois se poser.

Les « *ajustments* » s'appliquent aux services et fonctions publiques (y compris transports), aux locaux (prenant en compte les modifications et parties communes), au travail (incluant des partenaires, les autorités locales), à l'éducation (supérieur et formation), au logement.

Quelques exemples d'aménagements sont proposés :

- Réaliser les aménagements raisonnables durant le processus de recrutement :
 - o Entretiens au rez-de-chaussée pour les usagers de fauteuil roulant, si nécessaire ;
 - o Utilisation d'un ordinateur pour remplir un test écrit, pour un candidat qui en exprime le besoin ;
Il faudra ensuite demander aux personnes recrutées de quels aménagements elles auront besoin pour réaliser le travail ;
- Permettre à une personne qui souffre d'anxiété pathologique d'avoir son propre bureau, au lieu de bureaux partagés ;
- Réaliser des changements physiques : c'est-à-dire installer une rampe pour un fauteuil roulant ou une alarme incendie audio-visuelle pour une personne sourde ;

- Laisser une personne handicapée travailler dans un lieu différent de celui initialement prévu : par exemple permettre à un utilisateur de fauteuil roulant de travailler en rez-de-chaussée ;
- Changer l'équipement professionnel des personnes qui en ont le besoin, par exemple procurer un clavier d'ordinateur spécial aux personnes qui ont de l'arthrite ;
- Permettre à des employés qui deviennent handicapés de réaliser un retour progressif à l'emploi, notamment avec des horaires flexibles ou un temps partiel ;
- Offrir aux employés des opportunités de formation, des équipements de détente ou de rafraîchissements.

L'employeur peut obtenir de l'aide auprès du *Disability Employment Adviser (DEA)* de son Job Centre Plus (organisme réunissant localement l'équivalent de l'agence Pôle emploi et la caisse de paiement des allocations et retraites).

Condition très importante : les ménagements doivent être discutés entre l'employeur et l'employé.

Critiques

La personne handicapée qui considère que son employeur n'a pas réalisé les aménagements raisonnables nécessaires doit d'abord signaler son obligation à son employeur, puis lui adresser une plainte écrite, et, si nécessaire déposer une plainte pour discrimination au tribunal de l'emploi.

Au cours d'entretiens, des employeurs gallois ont fait valoir que la difficulté d'être assuré de pouvoir offrir les bons aménagements à une personne handicapée, avait pour conséquence qu'ils évitent ce type d'embauche ; la non-conformité à la loi pouvant éventuellement conduire devant les tribunaux. C'est un côté contre-productif, mal connu et négligé, du principe des aménagements raisonnables.

De même, le refus de collègues de travail de coopérer à la mise en œuvre des aménagements raisonnables ne peut pas être mis en avant par l'employeur pour refuser de les adopter.

II. EN ESPAGNE

La ratification de la CDPH par l'Espagne a été faite le 3 décembre 2007.

Le 1^{er} rapport a été remis le 3 mai 2010. L'Espagne est le premier pays à avoir remis un rapport au Comité des droits.

1) L'adaptation normative de la LIONDAU

La grande loi initialement dédiée au handicap est la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)*. Toujours en vigueur, elle institue un quota de 3% pour les entreprises du secteur privé, tandis que les employeurs publics doivent adopter un quota de 5%, désormais porté à 7% et incluant 2% pour des personnes ayant un handicap intellectuel.

Une première loi traite cependant des besoins d'accessibilité : la *Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en*

elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades.

Mais le texte qui transcrit en Espagne la Directive 2000/78/CE⁵⁰ en introduisant le principe de non discrimination est la *Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)*, loi limitée aux personnes d'au moins 33% d'incapacité. Cette restriction a d'ailleurs posé un problème aux Espagnols quand ils ont ratifié la Convention des Nations unies.

La même année, la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social* applique une série de directives européennes : 2000/43 (origine raciale ou ethnique), 2000/78 (emploi / religion ou convictions / handicap / âge / orientation sexuelle). Elle prévoit l'introduction des « mesures spécifiques » (*medidas específicas*) pour rendre l'entreprise accessible, sauf si cela impose une charge trop importante pour l'employeur (introduction d'un article 37.2 bis dans la *LISMI*) ; le terme *ajustes razonables* n'est alors pas utilisé. Par contre, dans le domaine de l'accessibilité, cette loi se réfère à une nouvelle notion : la conception universelle (« *diseño para todos* »). Elle crée aussi un *Consejo para la promoción de la igualdad de trato y la no discriminación de las personas por el origen racial o étnico* (2ème section, §29-33) chargé de suivre l'application de la loi.

L'année suivante, un décret royal⁵¹ réserve 5% de postes dans l'emploi public et stipule la nécessité de prendre des mesures d'adaptation et les aménagements raisonnables (*medidas de adaptación y ajustes razonables*). Une loi ultérieure⁵², fait obligation pour toutes les administrations publiques de prendre des mesures pour établir les adaptations et les aménagements raisonnables de temps et de moyens dans le processus de sélection, et une fois celui-ci réalisé, les adaptations du poste de travail au besoin de la personne handicapée.

Les besoins d'autonomie des personnes handicapées sont peu à peu reconnus, comme pour les sourds⁵³.

Une autre loi de 2007⁵⁴, prévoit des sanctions dans le cas de refus de réaliser les aménagements raisonnables. Mais la loi la plus récente concernant le handicap (*Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*) adapte et modifie 11 lois antérieures à l'esprit et à la lettre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Elle supprime en effet la restriction de la protection contre la discrimination en raison du handicap aux seules personnes ayant au moins 33% d'incapacité, restriction contraire à la définition du handicap dans la CDPH.

⁵⁰ Directive Européenne n°2000-78 du 27 novembre 2000 2000/78/CE DU CONSEIL DU 27 NOVEMBRE 2000 PORTANT CREATION D'UN CADRE GENERAL EN FAVEUR DE L'EGALITE DE TRAITEMENT EN MATIERE D'EMPLOI ET DE TRAVAIL

⁵¹ *Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad*

⁵² *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*

⁵³ *Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas*

⁵⁴ *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*

2) Domaines concernés

Les domaines concernés par la non-discrimination sont, dans la LIONDAU :

- L'emploi (pour l'égalité des chances)
- Et pour l'accessibilité
 - o Les télécommunications et la société de l'information
 - o Les espaces publics urbanisés, les infrastructures et la construction
 - o Les transports
 - o Les biens et services à disposition du public
 - o Les relations avec les administrations publiques
 - o L'administration de la justice
 - o Le patrimoine culturel

3) La mise en œuvre des aménagements raisonnables

La LIONDAU de 2003 s'appuie sur plusieurs choix conceptuels. Elle revendique les mesures d'action positive (ou de discrimination positive, dirait-on) pour compenser les situations de désavantage qui, sinon, permettraient une discrimination négative indirecte légale (*Adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.*). En matière d'accessibilité, elle impose de façon radicale le principe de conception universelle (*diseño para todos*). L'aménagement raisonnable (*Ajuste razonable*) n'y paraît pas. A la place de l'ajustement la LIONDAU fait référence à *las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal*. Plutôt que le côté « raisonnable » est évoquée la *Carga desproporcionada* (art. 17 : arbitrage). C'est un principe de proportionnalité qui s'applique : doivent être pris en compte le coût de la mesure, les effets discriminatoires qui apparaîtraient si la mesure n'était pas adoptée, les caractéristiques de la personne, l'organisme permettant de la mettre en œuvre, la possibilité d'aides publiques (s'applique si l'incapacité est supérieure à 33%).

Un système d'arbitrage est adopté, en l'absence de critères objectifs, impliquant des représentants des personnes handicapées et les administrations concernées. Dans son article 7, la LIONDAU prévoit même des mesures prises par anticipation.

Pour les biens et services, des logements et des espaces publics, la loi envisage la mise aux normes d'accessibilité avant 2018 s'ils sont publics et avant 2021 s'ils sont privés. Ce qui est neuf, doit être conforme dès 2011.

Les rédacteurs de la loi y insistent déjà sur la *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*.

Critiques

La définition du handicap dans la LIONDAU est limitée au seul cas présent effectif (ni handicap passé, ni handicap de parents, ni personne « traitée comme handicapée »). D'après certains, la loi serait moins précise que les directives européennes.

Le CERMI (*Comité Español de representantes de personas con discapacidad*), équivalent du Comité d'entente français, met l'accent sur la nécessité de mettre réellement en œuvre l'accessibilité et la conception universelle, sans lesquels les aménagements raisonnables de postes de travail n'ont pas tellement de sens, mais estime que ces derniers sont une étape indispensable tant que l'accessibilité n'est

pas généralisée. Selon cette association des associations, les aménagements raisonnables ne seraient qu'une étape « subsidiaire ».

Elle remarque aussi que contrairement à la législation espagnole, la CDPH ne précise pas les critères à prendre en compte pour estimer que la charge de l'aménagement n'est pas excessive.

III. EN SUEDE

La Suède a ratifié la CDPH le 15 décembre 2008. Elle a rendu son 1^{er} Rapport le 7 février 2011.

1) La loi de 2008

Dans ce pays aussi, la non discrimination s'est construite peu à peu. Le premier pas dans ce sens est la Loi d'égalité des chances⁵⁵ adoptée le 30 mai 1991. Suivent ensuite plusieurs lois simultanées d'interdiction de discriminer dans la vie professionnelle sur la base de l'origine ethnique, la religion ou d'autres croyances, du handicap, de l'orientation sexuelle (adoptées toutes le 11 mars 1999⁵⁶).

On sort du seul domaine de l'emploi avec la Loi sur le traitement égalitaire des étudiants dans les universités adoptée le 20 décembre 2001⁵⁷. Toujours dans le domaine de l'éducation on notera la Loi d'interdiction de discriminer ou d'autres traitements injurieux d'enfants ou d'élèves (du 16 février 2006)⁵⁸.

La première tentative de réunification se fait avec la Loi d'interdiction de discriminer du 5 juin 2003⁵⁹. S'ouvre alors la perspective offerte par les médiateurs avec la Loi sur les ombudsmans pour la discrimination (5 juin 2008)⁶⁰. Loi (actuelle) de discrimination du 5 juin 2008⁶¹, regroupe et remplace les précédentes. Suivent plusieurs lois successives de modification, thème par thème⁶².

2) Domaines concernés

Dans l'ordre des articles, la loi aborde :

- La Vie professionnelle (1-4) ;
- l'Education (5-8) ;
- La politique du marché du travail et les services d'emploi n'étant pas sous contrat public (9) ;
- Le démarrage ou la gestion d'une affaire, ainsi que la reconnaissance professionnelle (10) ;
- L'adhésion à certaines organisations (patronales ou d'employés) (11) ;
- L'accès aux biens et services, les logements, les réunions et les événements publics (12) ;

⁵⁵ *Jämställdhetslag (1991:433)*

⁵⁶ *Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av: (1999:130) etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning ; (1999:132) funktionshinder ; (1999:133) sexuell läggning*

⁵⁷ *Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.*

⁵⁸ *Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever*

⁵⁹ *Lagen om förbud mot diskriminering (2003:307)*

⁶⁰ *Lag (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen*

⁶¹ *Diskrimineringslag (2008:567)*

⁶² *Lag om ändring i diskrimineringslagen (2008:567) : SFS 2009:526 (20.05.2009) : SFS 2010:464 (27.05.2010) : SFS 2010:861 (23.06.2010) : 2010:1979 (16.12.2010) : SFS 2011:742 (9.06.2011) : SFS 2012:483 (20.06.2012) : SFS 2012:673 (15.11.2012) : SFS 2014:958 (26.06.2014)*

- La santé et les services de soins médicaux ou sociaux (13) ;
- Les systèmes d'assurance sociale, les allocations chômage et les aides financières pour l'éducation (14) ;
- Les services nationaux, militaires et civils (15).

3) Mise en œuvre des aménagements raisonnables

L'obligation de réaliser des aménagements raisonnables ne s'impose qu'aux employeurs et à l'éducation supérieure.

Les critères pour les adaptations à réaliser sont les suivants : la capacité financière de l'employeur ; la faisabilité des aménagements; les problèmes causés à l'employeur ; la durée de l'emploi, mais pas la possibilité d'obtenir des subventions (plus aisé si l'entreprise est de taille importante).

Selon les principes suédois, la personne handicapée doit être l'acteur principal de la mise en œuvre des aménagements raisonnables. L'Etat et la municipalité doivent aider.

On notera qu'un propriétaire n'est pas obligé d'accepter des transformations du logement si son locataire est devenu handicapé, même si la municipalité a, elle, l'obligation de prévoir un financement pour réaliser ces travaux, s'ils s'avéraient nécessaires.

Le projet d'étendre à d'autres domaines la prise en compte de la discrimination directe à partir du refus d'aménagements raisonnables n'a pas abouti dans le cadre de la loi de 2008 (pas de loi obligeant à offrir une salle de prière dans l'école, par exemple). Mais une évolution vers l'inclusion est possible (des tests de proportionnalité aussi) : des vestiaires pour femmes ; des congés pour fêtes religieuses ...

L'employeur doit prendre des mesures, compte tenu de ses ressources et des circonstances pour que tous puissent accéder à l'emploi quels que soient sexe, ethnicité, religions ou croyance (Ch3,§6).

Critiques

La question posée par le Comité des droits de l'ONU est la façon dont est défini légalement le « raisonnable ». La réponse serait que la limite est référée par la loi suédoise à la gêne induite pour d'autres travailleurs par exemple. Parfois, lui semble-t-il, la rédaction de la loi suédoise laisse penser que la charge de la preuve incombe à la personne qui dénonce une discrimination (Ch6§3).

Le mouvement associatif estime comme échec que la loi de 2008 n'inclue pas comme discriminatoire l'absence d'accessibilité de l'environnement. Par ailleurs, l'écart entre le taux d'emploi des personnes handicapées et celui des autres suédois ne cesse d'augmenter. C'est aussi le cas pour les femmes handicapées face à leurs semblables masculins. Là-dessus, les Suédois sont très attentifs.

Plus généralement, la question est posée de la différence entre discrimination indirecte et refus d'aménagements raisonnables. La première serait due à l'utilisation d'une procédure qui semblerait neutre, mais ne le serait pas ; le second devrait répondre à une situation qui, en dehors de toute procédure ou dispositif, produirait un désavantage ou un traitement inégal pour une personne présentant des caractéristiques particulières.

Autres exemples

Evidemment cet exercice pourrait être réalisé sur l'ensemble des 28 pays membres, ceci dépendant cependant de la masse et de la qualité des informations dont nous disposons sur l'utilisation du concept d'aménagements raisonnables. Ainsi, à l'est de l'Europe, la situation peut être contrastée. En Hongrie, par exemple, le refus d'aménagement raisonnable n'est pas considéré comme une discrimination indirecte. Comme cela a été évoqué pour le Royaume-Uni, en République Tchèque, les employeurs n'embauchent pas de personnes sévèrement handicapées pour ne pas avoir de problème d'aménagement des postes de travail ou par crainte de procédures qui semblent compliquées ou insuffisamment claires. En Bulgarie aussi les aménagements raisonnables sont ignorés. Ils peuvent être financés, mais ne sont pas obligatoires.

Enfin, l'ouvrage récent rédigé par Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive et supervisé par Lisa Weddington⁶³, laquelle dispose de la chaire financée par le Forum européen des personnes handicapées (EDF), ouvre des perspectives intéressantes. Il montre l'extension progressive du champ de l'aménagement raisonnable au domaine de la religion, au domaine du handicap, vers une variété d'autres domaines. C'est souvent une relecture des situations qui permet d'appliquer le concept d'aménagement raisonnable là où on ne l'attendrait pas.

Questions de la salle

Question : On n'a pas évoqué les moyens qu'ont les employeurs publics et privés de se voir compenser le surcroît de dépenses ou de gain du fait de l'aménagement.

Réponse : Il me semble que j'ai cité un pays où c'est le cas. C'est plus facile dans les pays où on a mis en place les quotas d'emploi, car il y a généralement création d'un fonds de type AGEFIPH, qui peut financer tout employeur qui voudrait bien aller dans ce sens-là, c'est-à-dire aménager des postes pour les personnes handicapées. Mais je pense que beaucoup de pays européens prévoient des fonds. Je ne peux pas vous dire ça dans le détail, mais j'en ai vu cités dans les documents que j'ai consultés.

Question : Les cas de jurisprudence évoqués tout à l'heure portaient particulièrement sur les personnes qui étaient dans l'emploi parce qu'elles portaient plainte une fois qu'elles étaient congédiées. Peut-être n'en a-t-on pas avant le recrutement, malgré une très probable discrimination, en raison de la difficulté à réunir les preuves de cette discrimination. Je pense que cela explique l'absence de jurisprudence à ce niveau-là. Par rapport à ces personnes-là, j'en arrive à la question du chômage sur le plan européen : où en sommes-nous ? En France, une personne handicapée a quatre fois plus de difficultés pour trouver un emploi, qu'en est-il ailleurs ?

Réponse : Il est difficile de répondre, les définitions du handicap étant différentes d'un pays à l'autre. Eurostat a sorti des chiffres récemment (pour 2011), et quand on regarde les résultats de cette enquête qui donne les taux d'emploi en fonction de la situation des personnes, handicapées ou non, cela montre que sur ce plan, la France est plutôt bien placée, contrairement à ce qu'on pourrait croire. On est plutôt mieux placé que des pays comme l'Allemagne, qui a pourtant un quota d'emploi important, que le Royaume-Uni, etc. Certes cela repose sur de l'auto-déclaration du handicap, bien entendu, car c'est une enquête de population active. Mais c'est quelque chose qui pouvait déjà se repérer en 2002⁶⁴. Donc de 2002 à 2011, la

⁶³ *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe ?* (2013). European Network of Legal Experts in Non-Discrimination Field. European Commission, Directorate-General for Justice, September 2013

⁶⁴ D'après Dupré, D., & Karjalainen, A. (2003). L'emploi des personnes handicapées en Europe en 2002. EUROSTAT, *Statistiques en bref, Populations et conditions sociales, thème 3* – 262003

France est plutôt meilleure que la majorité des pays européens, sauf des pays comme la Suède, qui fait mieux que la France souvent, le Luxembourg, mais c'est parce que c'est un petit pays qui est riche. Mais nous sommes dans les cinq meilleurs pays sur le plan de l'emploi, bizarrement⁶⁵.

⁶⁵ Selon des calculs de l'auteur réalisés à partir des effectifs disponibles dans EUROSTAT (2014) : Disability statistics – labour market access

La réception du concept d'aménagement raisonnable pour les travailleurs en situation de handicap par le droit belge

Julie Ringelheim, Chercheuse au Fonds national de la recherche scientifique (Belgique), Centre de philosophie du droit, Université de Louvain

Cet exposé s'inscrit dans le cadre d'une recherche collective, coordonnée par Aude Lejeune, sur la réception de la notion d'aménagement raisonnable en faveur des personnes en situation de handicap dans l'emploi en France et en Belgique. C'est une recherche qui associe juristes et sociologues, qui traite à la fois de la France et de la Belgique, à laquelle participe aussi Sophie Robin-Olivier. L'objet de cette recherche est d'examiner comment ce nouveau mécanisme juridique est reçu en pratique, d'abord au niveau des entreprises, ensuite, lorsqu'il y a recours en justice, par les juges. Etant juriste et basée en Belgique, ma contribution à ce projet porte sur les aspects juridiques de la question dans le contexte belge : j'étudie l'intégration du concept d'aménagement raisonnable dans le droit belge et en particulier dans le cadre de la jurisprudence. Je m'intéresse aussi aux solutions négociées à l'amiable grâce à l'intervention du Centre pour l'égalité des chances, l'organisme belge de promotion de l'égalité, qui joue un rôle comparable à celui du Défenseur des droits en Belgique.

C'est une recherche toujours en cours. Dans cet exposé, je vous présenterai l'évolution du droit belge en la matière, la jurisprudence émergente sur la question et les premiers constats que j'ai pu tirer de l'analyse de ces éléments.

I. La reconnaissance de l'obligation d'aménagement raisonnable en droit belge

La notion d'aménagement raisonnable a été introduite récemment en droit belge avec la transposition de la directive européenne 2000/78 qui vise à lutter contre la discrimination, basée notamment sur le handicap, dans l'emploi et le travail. De façon intéressante, la Belgique a été plus loin que le minimum imposé par la directive. Alors que celle-ci ne concerne que le domaine de l'emploi et du travail, la législation belge a consacré une obligation d'aménagement raisonnable en faveur des personnes en situations de handicap dans tous les champs visés par la loi antidiscriminatoire, ce qui inclut notamment l'enseignement, le logement et, de manière générale, l'accès aux biens et services.

Autre élément à souligner : pour ce qui est de la description du concept d'aménagement raisonnable, si la législation se borne à reprendre presque mot pour mot la définition formulée dans la directive européenne, elle a été complétée par un texte qui fixe les critères d'interprétation des éléments-clé de cette notion, fournissant des éclaircissements sur ce qu'il faut entendre par « handicap », par « aménagement » et par « raisonnable ». Ce texte a pris la forme d'un protocole d'accord conclu en 2007 par l'Etat fédéral et les entités fédérées (Régions et Communautés). La Belgique étant un Etat fédéral, ce document vise à préciser la portée de cette notion mais aussi à en assurer une interprétation harmonisée dans les différentes entités du pays. Dans la pratique, ce document a prouvé son utilité : il y est fait référence dans la jurisprudence lorsque les juges doivent appliquer cette obligation et donc l'interpréter. Il peut aussi être utile aux acteurs concernés par la mise en œuvre de cette obligation, leur permettant de mieux en cerner la portée et les limites.

II. Le contexte d'émergence de l'obligation d'aménagement : les dispositifs préexistants en faveur des personnes dites handicapées

Pour comprendre comment la notion d'aménagement raisonnable est reçue par les acteurs du droit belge, ce qu'elle change ou non, les éventuels blocages ou résistances qu'elle suscite, il convient d'examiner au préalable quels étaient les dispositifs juridiques régissant les rapports entre handicap et emploi avant la consécration de cette notion.

Ces dispositifs préexistants peuvent être classés en deux catégories. Il y a, d'une part, des politiques mises en place pour traiter spécialement du problème du handicap. D'autre part, il y a la réglementation de l'incapacité de travail : cette législation n'est pas destinée à régler la question du handicap en tant que telle. Elle vise à répondre au problème qui se présente lorsqu'un travailleur rencontre un problème de santé qui le rend incapable d'exécuter son travail dans les conditions fixées dans son contrat. Mais elle peut, de fait, concerner des travailleurs *devenus* handicapés en cours de contrat.

1) Dispositifs spécifiques aux personnes handicapées

Les dispositifs spécifiques aux personnes handicapées reflètent une idée centrale : l'idée que ces personnes ne sont pas capables de travailler ou n'ont qu'une capacité de travail très réduite, ce qui limite fortement les possibilités de les intégrer sur le marché de l'emploi ordinaire.

Il en découle trois types de mesures :

- Un régime d'assistance : l'octroi d'allocations destinées à compenser le fait que ces personnes ne peuvent gagner leur vie par leur travail ;
- La création de lieux de travail séparés, à savoir les « entreprises de travail adapté », qui sont subsidiées par l'Etat et ne relèvent pas du marché du travail ordinaire ;
- Des mesures destinées à surmonter leur supposée inadaptation pour permettre à ceux qui le peuvent d'accéder malgré tout au marché du travail ordinaire. C'est l'objet d'une loi du 16 avril 1963 intitulée *Loi relative au reclassement social des handicapés*. Cette loi prévoit deux dispositifs :
 - o Des formations afin d'aider les personnes handicapées à se former pour pouvoir accéder à certains emplois ;
 - o Des quotas d'embauche. La loi parle du secteur public comme du secteur privé mais, en pratique, ces quotas n'ont été mis en œuvre que pour le secteur public. Pour l'Etat fédéral, ils sont fixés à 3 % de l'ensemble du personnel. Pour ce qui est du secteur privé, en revanche, les arrêtés d'exécution nécessaires à la mise en place de cette mesure, n'ont jamais été adoptés.

Toutes ces mesures traduisent l'idée que les personnes handicapées, fondamentalement, ne sont pas adaptées à l'emploi. Dans cette conception, le fond du problème réside dans la personne elle-même et non dans le marché du travail. L'offre de formation, si elle postule la possibilité d'une intégration dans l'emploi, n'en reste pas moins en accord avec cette idée : elle suppose que c'est à la personne handicapée de faire des efforts pour s'adapter à l'emploi. La notion d'aménagement raisonnable inverse cette perspective : elle introduit l'idée que c'est au contraire à l'entreprise de s'adapter aux personnes en situation de handicap en ajustant - dans une mesure raisonnable - l'environnement ou l'organisation du travail afin d'en éliminer les barrières à leur intégration.

2) Le régime de l'incapacité de travail

Le deuxième type de dispositif consiste dans le régime de l'incapacité de travail. Cette réglementation concerne la situation du travailleur qui a été engagé alors qu'il était valide et qui, en cours d'emploi, est atteint d'un problème de santé qui, quelle qu'en soit la nature, l'empêche d'exécuter son travail selon les conditions et modalités prévues dans le contrat. La notion d'« incapacité de travail » est large et peut notamment inclure une situation de handicap. Lorsqu'il s'agit d'une incapacité temporaire, le contrat de travail est suspendu jusqu'au rétablissement du travailleur. Lorsque l'incapacité est définitive, elle est considérée comme un cas de « force majeure » qui entraîne la dissolution du contrat de travail.

Il est intéressant d'établir ici un parallèle avec l'intervention de Sophie Robin-Olivier sur le droit français. Le droit belge, dans ce domaine, est en effet proche du droit français mais comporte une différence importante. En droit français, il a été reconnu qu'en cas d'incapacité définitive d'un travailleur, l'employeur a une obligation de reclassement : il doit tenter de lui trouver un autre travail au sein de l'entreprise qui soit compatible avec son état de santé. En Belgique, en revanche, la question de savoir si l'employeur est tenu par une obligation de reclassement reste fortement controversée. Avant sa modification en 2003, le Règlement général pour la protection du travail prévoyait ainsi qu'avant de proposer la mutation ou l'écartement d'un travailleur déclaré définitivement inapte, le médecin du travail devait « examiner sur place les mesures et les aménagements susceptibles de maintenir à son poste de travail le travailleur malgré ses déficiences éventuelles (...) » et que l'employeur devait s'efforcer « d'affecter le plus rapidement possible à d'autres travaux conformes aux indications fournies par le médecin du travail, tout travailleur dont la fiche d'examen médical en fera la recommandation »⁶⁶. Mais ces dispositions ont été largement privées d'effet par la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon une position établie en 1981 et régulièrement confirmée depuis, l'incapacité permanente du travailleur l'empêchant définitivement de reprendre le travail convenu constitue un cas de « force majeure » entraînant automatiquement la dissolution du contrat de travail. La Cour de cassation insiste sur le fait que la force majeure doit être appréciée en fonction du travail *convenu*, tel que défini dans le contrat, et non au regard de la possibilité de fournir au travailleur un autre travail. Autrement dit, lorsqu'une redéfinition des tâches ou le transfert du travailleur à un autre poste permettrait de le maintenir dans l'emploi, cet élément n'a pas à être pris en compte pour établir l'existence de la force majeure. Les tâches du travailleur doivent être appréhendées selon la manière dont elles ont été définies initialement dans le contrat. Si un travailleur ne peut plus réaliser le travail tel que convenu à ce moment-là, le contrat est rompu. Conséquence pratique : comme il s'agit de dissolution du contrat et non de licenciement, le travailleur congédié pour incapacité définitive n'a droit à aucun préavis ni indemnité.

Certaines évolutions législatives indiquent néanmoins une volonté de reconnaître une obligation de reclassement à charge de l'employeur dans ces situations. De manière générale, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs énonce, parmi les principes généraux de prévention, l'objectif d'« adapter le travail à l'homme ». Sur la base de cette loi, un arrêté d'exécution a été adopté le 28 mai 2003 pour réglementer la surveillance de la santé des travailleurs. Or, cet arrêté semble reconnaître une véritable obligation de reclassement des travailleurs déclarés définitivement inaptes au travail convenu : l'employeur est tenu, lorsque le médecin le recommande, de continuer à occuper le travailleur en l'affectant à un autre travail, « sauf si cela n'est pas techniquement ou objectivement possible ou si cela ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés. » (art. 72) En cas de refus de réaffectation, c'est à l'employeur de prouver que celui-ci est justifié.

Cette disposition – qui utilise expressément le terme « raisonnablement » - peut être rapprochée de la logique de l'aménagement raisonnable. Pourtant, alors que cet arrêté date de 2003, l'année même où la

⁶⁶ Articles 146bis, § 2, et 146ter, § 3, du R.G.P.T

directive européenne 2000/78 a été transposée en droit belge, aucun lien n'a été fait avec la notion d'aménagement raisonnable. Ce constat est révélateur de la séparation qui perdure entre le monde du droit du travail et l'univers du droit de la non-discrimination.

Par ailleurs, alors que cet arrêté paraît établir clairement une obligation de reclassement, certains auteurs estiment que la jurisprudence de la Cour de cassation exposée plus haut est toujours d'application car cette disposition n'aurait pas fondamentalement modifié la logique du dispositif préexistant. La jurisprudence reste pour l'instant divisée sur la question et la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Notons enfin qu'en 2007, un nouvel article 34 a été introduit directement dans la loi de 1978 relative aux contrats de travail, dans le but de reconnaître une obligation de reclassement. Mais huit ans après son adoption, cette disposition n'est toujours pas entrée en vigueur, faute d'adoption de l'arrêté royal nécessaire à cet effet. Cette situation témoigne des résistances que suscite une telle réforme.

III. L'obligation d'aménagement raisonnable : de la théorie à la pratique

Voici posé le contexte dans lequel apparaît la notion d'aménagement raisonnable en faveur des personnes en situation de handicap.

Les spécialistes du droit de la non-discrimination présentent souvent cette notion d'aménagement raisonnable comme radicalement nouvelle, voire révolutionnaire. L'examen de la situation préexistante montre que ce caractère novateur doit être relativisé. L'idée qu'il faut « adapter le travail aux travailleurs » est déjà exprimée dans la loi sur le bien-être au travail de 1996. L'idée que l'employeur peut être tenu d'aménager le poste d'un travailleur ou de lui chercher un autre travail en raison de son état de santé, est déjà présente, même si elle reste controversée.

Néanmoins, à défaut d'être radicalement neuf, le devoir d'aménagement raisonnable, tel qu'énoncé par la législation antidiscriminatoire, offre une protection plus solide et plus étendue que le droit de l'incapacité de travail aux personnes confrontées à un handicap :

- L'éventuelle obligation de reclassement découlant du droit du travail ne concerne que les travailleurs dont le handicap est survenu alors qu'ils étaient *déjà* dans l'emploi. L'obligation d'aménagement raisonnable, en revanche, concerne tous les travailleurs en situation de handicap, y compris au stade de l'embauche, de la promotion ou encore de l'accès à une formation ;
- Dans le cadre du régime de l'incapacité de travail, la question de savoir si l'employeur a l'obligation d'aménager l'emploi du travailleur en vue de permettre son reclassement, reste controversée. En revanche, en vertu du droit antidiscriminatoire, les employeurs sont clairement tenus d'accorder des aménagements raisonnables pour permettre aux travailleurs en situation de handicap « d'accéder à l'emploi, de l'exercer ou d'y progresser ou qu'une formation lui soit dispensée », selon les termes de la directive 2000/78.

Comment se passe la mise en application de ce nouvel outil juridique ? Dans quelle mesure permet-il de réaliser l'intégration ou le maintien dans l'emploi des personnes visées ? Que nous enseigne la jurisprudence naissante à cet égard ?

1) Les bénéficiaires du droit à l'aménagement : la définition du handicap

Dans le cadre de l'application du droit antidiscriminatoire, les juges belges ont adopté une approche large de la notion de handicap, qui correspond à la conception sociale plutôt que médicale du handicap. Ils ne se sont pas restreints à la définition établie par les législations concernant l'octroi d'allocations aux personnes dites handicapées ou de quotas d'embauche. Coexistent donc dans le droit deux conceptions du handicap : celle du droit antidiscriminatoire (qui reflète le modèle social du handicap) et celle des législations spécifiques aux personnes dites handicapées (qui repose sur l'approche médicale du handicap).

Cette divergence peut s'expliquer par la différence de finalité de ces deux types de législations. Mais c'est la prise en considération des textes internationaux récents qui a permis au juge belge d'intégrer cette nouvelle approche du handicap. Ni la législation belge, ni la directive européenne 2000/78, ne contiennent de définition du handicap. Mais la Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans sa jurisprudence, comment il convenait d'interpréter ce concept. D'abord dans son arrêt *Chacon Navas* du 11 juillet 2006 (C/13-05), ensuite dans les affaires *Jette Ring et Leone Skouboe Werge* du 11 avril 2013 (C-335/11 et C-337/11). Cette jurisprudence a une influence déterminante sur la pratique des juges belges. Depuis que la Belgique a ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (2006), la définition contenue dans cet instrument sert également de point de référence. Cette Convention décrit les personnes handicapées comme « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1, al. 2). Deux critères sont à souligner dans cette définition : le caractère durable de l'incapacité, d'une part, et, d'autre part, la prise en compte de l'interaction entre l'incapacité et l'environnement comme facteur d'inégalité.

Enfin, les juges belges ont également égard aux indications données par le Protocole conclu en 2007 par l'Etat fédéral et les entités fédérées sur l'interprétation du concept d'aménagement raisonnables.

Tous ces documents ont amené les juges à intégrer la conception sociale du handicap. Les critères auxquels ils font référence pour déterminer si une personne peut être considérée comme étant en situation de handicap incluent les éléments suivants : l'existence d'une limitation, de longue durée, qui, par son interaction avec l'environnement de travail, empêche la personne concernée d'accéder à un milieu professionnel ou d'y rester, dans des conditions d'égalité par rapport aux autres travailleurs. Il est également reconnu qu'un handicap peut avoir des causes multiples : il peut toucher la personne dès la naissance ou postérieurement, en raison d'une maladie, d'un accident ou d'un âge avancé.

J'ai pu identifier, dans la jurisprudence belge, une dizaine d'affaires relatives à la question de l'aménagement raisonnable. Parmi ces affaires, je n'ai trouvé qu'un seul cas dans lequel la qualification de handicap est refusée pour des motifs contestables au regard de l'évolution du concept en droit européen et international : une femme travaillant comme gardienne d'enfant avait été déclarée définitivement inapte parce qu'en raison de problèmes d'épaule, elle était empêchée de soulever des poids. Dans son jugement du 23 avril 2015, le tribunal du travail de Louvain déclare qu'elle ne peut pour autant être qualifiée de « handicapée » parce qu'il n'est question que d'une incapacité de travail spécifique à la fonction exercée chez un employeur déterminé, et non d'incapacité à exercer la fonction de gardienne d'enfant en général.

2) La situation d'emploi des plaignants

Dans presque toutes les affaires examinées, la personne qui agit en justice pour défaut d'aménagement est un travailleur qui avait un emploi et qui, en cours de travail, s'est retrouvé en situation de handicap en raison d'un accident, d'une maladie ou du vieillissement. Je n'ai trouvé aucun cas mettant en cause un refus d'embauche lié à un refus d'aménagement raisonnable. Ce sont donc des personnes qui se voient

appliquer le régime de l'incapacité de travail. Souvent, c'est le médecin du travail qui, au cours de la procédure menant au constat d'incapacité, soulève la question de l'aménagement ou du reclassement du travailleur. En justice, le droit antidiscriminatoire est d'ailleurs souvent invoqué en combinaison avec les dispositions relatives à l'incapacité de travail et à la notion de reclassement. Le droit à l'aménagement raisonnable apparaît souvent comme un argument supplémentaire destiné à renforcer la thèse selon laquelle une obligation de reclassement incombe à l'employeur.

Parmi les solutions négociées à l'amiable grâce à l'intervention du Centre interfédéral pour l'égalité des chances, on rencontre quelques cas d'aménagements accordés pour permettre la participation à une procédure d'embauche, par exemple, l'adaptation d'un formulaire d'examen à une personne malvoyante, mais là non plus, aucun cas de travailleur se plaignant de ne pas avoir été *embauché* en raison d'un refus d'aménagement raisonnable.

Autre élément à souligner : dans toutes ces affaires, le travailleur a déjà perdu son emploi. Soit, il a été licencié, soit le contrat a été dissous sur la base de la force majeure médicale. Ce n'est qu'après que le contrat a pris fin que le travailleur agit en justice. Ce qui signifie concrètement que même dans les cas où il obtient gain de cause devant le tribunal, l'affaire se conclut par l'octroi de dommages et intérêts. Le travailleur ne récupère pas l'emploi qu'il a perdu. Par contre, dans les solutions négociées grâce à l'intervention du Centre pour l'égalité des chances, on trouve des cas dans lesquels les personnes ont agi avant d'avoir perdu leur emploi et ont pu, grâce à l'arrangement trouvé, obtenir un aménagement et dès lors conserver leur travail.

Ces éléments suggèrent que l'utilité du droit à l'aménagement raisonnable telle qu'elle apparaît dans les cas qui ont, jusqu'à présent, donné à lieu à action en justice, réside essentiellement dans le renforcement des mécanismes préexistants de protection des travailleurs déclarés définitivement inaptes à l'emploi convenu. Ce constat a bien sûr une portée limitée : il ne se base que sur les affaires judiciairisées. La question reste ouverte de savoir si, dans des cas qui ne débouchent pas sur des recours en justice, le droit à l'aménagement raisonnable est invoqué dans d'autres situations, notamment dans le cadre de processus d'embauche, et si ces demandes connaissent une issue positive ou non.

3) Les types d'aménagements demandés

Les types d'aménagements demandés sont très variables. Mais dans l'ensemble de la jurisprudence examinée, les adaptations sollicitées relèvent toutes de la catégorie des aménagements *immatériels*, tels que la redéfinition des tâches du travailleur, l'affectation à un autre poste ou la réduction du temps de travail. En revanche, je n'ai trouvé aucune affaire dans laquelle était discuté un aménagement *matériel*, comme la construction d'une rampe d'accès, l'adaptation des équipements de travail ou la fourniture d'un matériel particulier. De tels cas apparaissent cependant dans les solutions négociées sous l'égide du Centre pour l'égalité des chances.

4) L'évaluation du caractère raisonnable

Dès lors que le plaignant établit qu'il était en droit de bénéficier d'un aménagement raisonnable et que celui-ci lui a été refusé alors qu'il avait été demandé, c'est à l'employeur de prouver, s'il veut échapper à l'accusation de discrimination, que la mesure visée représentait pour lui une charge disproportionnée.

Selon le droit européen, l'évaluation du caractère raisonnable ou non de l'aménagement en cause doit se faire au cas par cas, en fonction des spécificités de l'employeur concerné. Le protocole d'accord signé en 2007 par l'Etat fédéral et les entités fédérées formule une série de critères pour évaluer le caractère

proportionné de la charge entraînée par l'aménagement : notamment l'impact financier de l'aménagement au regard des ressources de l'entreprise mais aussi d'éventuelles aides publiques accordées à cette fin, l'impact organisationnel de l'aménagement, la fréquence et la durée de son utilisation prévue, l'effet sur la qualité de vie des utilisateurs ou encore l'impact sur les autres utilisateurs. En général, les critères établis dans ce protocole et dans la littérature européenne sont pris en compte par les juges. Ceux-ci se réfèrent tout particulièrement au protocole de 2007, ce qui en démontre à nouveau l'utilité. Ils examinent au cas par cas si l'aménagement paraît faisable en fonction de la taille de l'entreprise, de ses ressources, de l'ampleur du personnel.

On constate que dans ces affaires, dans la plupart des cas, l'employeur, au moment où la demande a été faite, a refusé l'aménagement sans vraiment se justifier. Il semble n'invoquer de justification qu'après coups, lors du recours en justice. Il est probable que cet élément influence la propension des juges à porter un regard critique sur les justifications avancées par l'employeur.

Conclusion et pistes de réflexion

Globalement, la notion d'aménagement raisonnable, malgré sa nouveauté, semble correctement appréhendée par les juges belges lorsqu'ils sont amenés à l'appliquer. Les critères fournis par le droit européen, la Convention des Nations Unies et le protocole d'accord de 2007 sont pris en compte par les juges et contribuent à guider l'interprétation des tribunaux dans un sens qui reste fidèle à la philosophie sous-jacente au concept.

D'un point de vue pratique, toutefois, l'utilité de ce mécanisme, tel qu'il apparaît dans la jurisprudence, se révèle limitée essentiellement à un cas de figure : le cas des personnes qui avaient un emploi et sont *devenues* handicapées en cours d'emploi – autrement dit, les personnes se trouvant dans une situation d'incapacité de travail. Dans le cas de ces personnes, le droit à l'aménagement raisonnable renforce et compense les failles de la protection basée sur le régime de l'incapacité de travail. Ce constat, cependant, se base uniquement sur l'observation de la jurisprudence. Il indique que c'est ce type de situations qui donne lieu à des recours en justice fondé (au moins partiellement) sur le droit à l'aménagement raisonnable.

La jurisprudence ne nous renseigne pas, en revanche sur la question de savoir si au sein des entreprises, le droit à l'aménagement raisonnable est, en pratique, en dehors de toute judiciarisation, invoqué dans d'autres cas de figure ni sur les réponses qui sont réservées à de telles demandes. En particulier, ce droit est-il invoqué par des travailleurs qui sont *déjà* en situation de handicap et sont à la recherche d'un emploi ? Des demandes sont-elles formulées pour obtenir des aménagements *matériels* plutôt qu'*immatériels* ? Qu'en est-il des travailleurs souffrant d'un handicap *psychique* plutôt que physique ? L'absence de recours judiciaires concernant des requêtes de cet ordre peut avoir plusieurs causes : elle pourrait s'expliquer tant par le fait que les travailleurs qui sont en droit d'en bénéficier n'invoquent pas ce droit que, au contraire, par le fait que de telles demandes sont généralement satisfaites, sans qu'il soit besoin de recourir à l'arme judiciaire. Il est également possible que face à un refus d'aménagement, les intéressés, pour diverses raisons, préfèrent ne pas agir en justice. Dans le cas d'un refus d'embauche, la difficulté de prouver en justice que cette décision est liée à un refus d'aménagement, constitue très probablement un frein à l'action en justice. La jurisprudence disponible ne permet pas de trancher entre ces différentes hypothèses. Elles nécessitent des recherches complémentaires, qui dépassent le champ du droit.

Il convient par ailleurs de revenir sur le bouleversement qu'induit le concept d'aménagement raisonnable dans la vision classique des rapports entre travail et handicap. La jurisprudence de la Cour de cassation

belge est révélatrice d'une idée très ancrée dans le monde du travail, à savoir qu'un travailleur est soit en capacité d'exercer son travail, soit il ne l'est pas et n'a alors plus sa place dans l'entreprise. L'aménagement raisonnable va directement à l'encontre de cette idée. On peut émettre l'hypothèse que cette idée reste néanmoins tenace, non seulement auprès des employeurs mais aussi parmi les travailleurs.

Représentations et pratiques des salariés face aux aménagements raisonnables

**Dominique Lhuilier, Professeure Emérite en psychologie du travail, CRTD –
CNAM et Anne Marie Waser⁶⁷, Maître de conférences au CNAM**

Pour introduire ce propos, nous partons de cette phrase inscrite dans le programme de cette journée d'études : « la mise en œuvre de l'aménagement raisonnable suppose de ne pas s'en tenir au droit positif, mais de bien connaître, de faire évoluer les organisations du travail ». C'est donc à partir des organisations du travail et de leurs transformations que cette problématique de l'aménagement raisonnable sera abordée ici.

L'aménagement raisonnable concerne des « salariés ayant un problème de santé » : cette formule générique entend ne pas limiter l'investigation aux salariés bénéficiant d'une reconnaissance du statut de travailleur handicapé. Les « problèmes de santé » en question peuvent être liés à un handicap, à des suites d'accidents du travail, à des maladies (qu'elles soient d'origine professionnelle ou non) telles que les TMS, le burn-out, le diabète, l'hypertension, les cancers, les hépatites, la maladie de Crohn, l'hémophilie, les affections psychiatriques, les insuffisances cardiaques, les séquelles d'AVC... et enfin au vieillissement.

Et pour explorer les représentations et usages des dispositions proposées et prises en matière d'aménagement du travail afin de favoriser le maintien en emploi, nous nous appuyons ici sur des travaux de recherches qualitatives réalisées auprès de « personnes ayant des problèmes de santé » et de leurs milieux de travail⁶⁸.

I. L'invisibilité sociale des « malades » au travail

On doit souligner ici l'importance croissante du nombre de malades chroniques au travail, et ce du fait, à la fois, des progrès de la médecine, du vieillissement de la population et du recul de l'âge de départ à la retraite. Même s'il s'agit d'une question peu visible, la part de ceux qui travaillent avec une maladie chronique est importante puisqu'elle représente un tiers des actifs. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), la maladie chronique concernerait 15 millions de personnes en France. Elle est définie comme

⁶⁷ Auteures de l'ouvrage « Que font les 10 millions de malades ? Vivre et travailler avec une maladie chronique », Toulouse, Eres, 2016

⁶⁸ Cette contribution s'appuie sur deux recherches conduites en parallèle :

L'une, soutenue et financée par l'Agence Nationale de Recherches sur le Sida-VIH et les Hépatites virales (ANRS), a pour titre : Le travail et l'emploi à l'épreuve de la maladie chronique : analyse comparative (hépatites virales, VIH, cancers, diabète). L'équipe de recherche est composée de Dominique Lhuilier, Frédéric Brugeilles, Dominique Rolland, avec le concours de Julie Cochin.

L'autre, soutenue et financée par l'Institut national du cancer (INCa) et le Cancéropôle d'Ile de France, a pour titre : Agir sur les individus et sur les collectifs pour un retour à l'emploi favorable à la santé des travailleurs atteints de cancer et bénéfique à l'entreprise. Elle est mise en œuvre par une équipe de psychologues et sociologues du CNAM (LISE et CRTD) : Anne-Marie Waser, Dominique Lhuilier, Joëlle Mezza, Guillaume Huyez, Pierre Lénéel, Frédéric Brugeilles, Kathy Hermand et Nathalie Rousset.

un problème de santé qui nécessite une prise en charge pendant plusieurs années. Une définition qui regroupe les maladies non transmissibles (diabète, cancer, asthme...) et les maladies transmissibles persistantes (VIH-SIDA), certaines maladies mentales (psychoses..) ou des atteintes anatomiques ou fonctionnelles (cécité, sclérose en plaques...). Cet état de grandeur est confirmé par une étude de la Dares. En effet, ce sont près de 10 millions de personnes en âge de travailler, soit plus d'un tiers de la population active en France (28 millions d'actifs, INSEE, 2014), qui déclarent avoir une ou plusieurs maladie(s) chronique(s) ou problème de santé durable, reconnu ou non. En 2008, selon l'enquête Handicap et santé auprès des ménages (HSM), 2,5 millions de personnes, âgées de 15 à 64 ans et vivant à domicile, déclarent avoir une reconnaissance administrative du handicap leur permettant de bénéficier de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés. Si l'on ajoute à cette population les personnes déclarant plus largement « avoir un handicap » ou disposant d'une reconnaissance officielle d'un handicap ou d'une perte d'autonomie ou déclarant avoir une ou plusieurs maladie(s) chronique(s) ou problème(s) de santé durable(s), on estime alors que 9,9 millions de personnes sont concernées par le handicap.

Pourtant, malgré ces chiffres alarmants, cette réalité est frappée d'une invisibilité sociale. Le « malade » au travail est toujours considéré comme « une anomalie » : le malade doit « normalement » se trouver en arrêt maladie. Et l'arrêt maladie est synonyme d'une suspension du contrat de travail. On pourrait donc penser logiquement que ne se maintiendraient en activité que ceux qui sont en « bonne santé ».

Cette invisibilité tient aussi, au-delà de ces représentations courantes qui cherchent à maintenir les « problèmes de santé » hors du champ de l'organisation productive, à la réticence des personnes concernées à dévoiler leurs difficultés. Et cette réticence s'accroît du fait des tensions sur le marché du travail. Dans le classique dilemme entre « dire ou taire sa maladie », le choix est le plus souvent celui du secret tant que des événements ne viennent pas signaler les « problèmes de santé » (Lhuilier et al., 2007). Aussi, ce sont les congés maladie, ordinaires ou de longue durée, les restrictions d'aptitudes, les temps partiels thérapeutiques, voire l'invalidité, qui révèlent et signent une différence de statut que bon nombre de salariés rejette en raison du régime particulier qui leur sera dès lors appliqué. En raison encore des désignations et stigmates associés : « *c'est un handicapé* », « *il est fragile* », « *on ne peut pas prendre de risque avec elle* », « *il n'est pas toujours au top* », « *je ne peux pas compter sur lui* »...

L'évitement de la discrimination négative conduit à la clandestinité. Et le silence qui pèse sur ces questions contribue à expliquer le faible niveau de connaissances des réglementations et dispositifs *ad hoc*, mais aussi le faible recours à ces aides (Lhuilier, Waser, 2014).

On sait, de nombreuses études le montrent, que la vie avec la maladie au travail ou avec un handicap constitue un risque accru d'incapacité professionnelle, de perte ou de changement d'emploi, d'absentéisme etc. L'altération de l'état de santé augmente le risque de perdre son emploi (Jusot et al., 2007). La loi de 2005 relative au handicap a élargi la notion de handicap aux maladies chroniques. Et malgré l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés instaurée en 1987, le taux de chômage est de près de 20%, plus de deux fois supérieur à la moyenne nationale (Amrous, Barhoumi, 2012 ; Obrecht, 2010). Ces observations doivent bien sûr être articulées à la question des inégalités socio-économiques : ces inégalités sont amplifiées par « les problèmes de santé », et réciproquement.

II. Quelle place peuvent trouver les personnes malades, handicapées, dans un monde du travail en mutation ?

Leur accès ou leur maintien en emploi ne peuvent être éclairés qu'à partir de la prise en compte des caractéristiques du monde du travail contemporain.

Celui-ci connaît depuis les années 80, trois grandes évolutions : une nette précarisation du travail et de l'emploi, une forte intensification du travail, et enfin une individualisation du travail.

Pour ce qui concerne la précarisation de l'emploi, l'évolution des chiffres du chômage, de la part respective des CDI et des CDD, l'accroissement du recours à la sous-traitance, au travail intérimaire, la valorisation de la flexibilité externe, ... constituent autant de signes aujourd'hui bien connus de ces transformations. Quant à la précarisation du travail, elle tient au développement de la polyvalence, de la mobilité professionnelle et géographique, au turn-over de l'encadrement et aux nombreuses réorganisations internes comme aux redéfinitions des objectifs de production sur des marchés mondialisés et volatiles.

L'intensification du travail se mesure à la pression temporelle accrue ; mais cette intensification aujourd'hui n'est pas réductible au phénomène bien connu de l'augmentation des cadences. S'y ajoutent la pression accrue des clients sur les procès de production et commercialisation, l'obligation de plus en plus fréquente de décider dans l'urgence, d'arbitrer entre des objectifs contradictoires (ex : qualité et productivité). On assiste à une complexification du travail et à une réduction des moyens pour faire face à cette complexité. Sans compter l'envahissement de la vie privée par le travail, l'érosion de la séparation entre ces deux sphères de vie.

Enfin, l'individualisation du travail s'opère par le jeu combiné d'une intensification du travail qui réduit les temps d'échanges et de coopération sur le travail, par la précarité des collectifs de travail et des appartenances de métiers, par le tournant opéré par la gestion des ressources humaines (individualisation des critères de recrutement, de promotion, d'accès à la formation, d'évaluation des performances, des temps de travail, des rémunérations...).

Ces trois grandes évolutions, brièvement présentées ici, ont essentiellement deux conséquences : une réduction des ressources qui permettent de faire face à l'accroissement des exigences et une dégradation de l'employabilité de la main-d'œuvre. Au moment où les mises en invalidité ou en préretraite sont comptées, c'est le robinet des restrictions d'inaptitude qui coule à flots, notamment dans certains secteurs d'activité.

Les effets de ces grandes transformations du travail se manifestent en termes de fragilisation de la santé physique et mentale des salariés. Et aussi en termes de réduction des ressources au service de l'insertion et/ou de la réinsertion. Tout ce qui était classiquement mobilisé dans les milieux de travail pour favoriser le maintien dans l'emploi, la coactivité avec toute personne ayant des problèmes de santé, s'appuyait essentiellement sur le recours aux postes dits « allégés », sur les marges de manœuvre dont chacun pouvait disposer, y compris les marges de manœuvre de l'encadrement, et sur les solidarités et échanges de services rendus au sein des équipes de travail, pour gérer les fluctuations des capacités productives (Waser et al, 2014).

Aujourd'hui, ces types de postes comme les marges de manœuvre et les solidarités se réduisent drastiquement. Ce qui contribue à des formes de maintien en emploi désarticulées du travail : souvent synonyme d'affectations à des postes qui sont en fait des « mises au placard » (Lhuillier, 2002) : la personne n'a plus de tâche à réaliser, ou peu, ou des tâches qui sont sous qualifiées par rapport à son contrat de travail. Notons d'ailleurs que le recrutement de travailleurs dits « RQTH » peut connaître les mêmes obstacles et se solder par des recrutements sans activité : la personne handicapée est reléguée dans des marges de la production, inoccupée et sans autre utilité sociale que l'évitement du règlement des pénalités associées au non-respect du quota exigé de travailleurs handicapés.

III. Quels aménagements du travail ?

Les compensations instituées pour favoriser l'intégration des personnes vivant avec un handicap sont essentiellement individualisantes, souvent insuffisantes et parfois contre-productives.

Ainsi, la reconnaissance du statut de travailleur handicapé est censée donner accès à l'emploi mais les données montrent le poids du stigmate tel qu'anticipé par ceux qui pourraient faire cette demande de reconnaissance. C'est là un des motifs essentiels du non recours : la plupart renonce à faire valoir leurs droits (Huyez-Levrat, Waser, 2014).

Les aménagements de postes, de temps de travail, sont évalués par les salariés reconnus en situation de handicap comme les exposant toujours au risque de la marginalisation, ou de tension avec les autres salariés. Ces tensions tiennent au non-respect d'un principe implicite mais néanmoins puissant : celui de la réciprocité dans les échanges entre collègues. Et quand la restriction du port de charge par exemple se solde par un report de la charge de travail sur les collègues, ceux-ci vont souvent dans un premier temps compenser les « inaptitudes » déclarées mais à la longue, les réticences voire conflits vont se manifester. De plus, les aménagements sont peu modulables, évolutifs, alors que la maladie chronique est évolutive : elle se caractérise par une fluctuation des capacités productives.

On voit ici qu'il nous faut distinguer les ressources juridiques, réglementaires, formelles dont on peut disposer, dont il faut aussi étudier les usages, et les ressources informelles mobilisées dans les interstices des mesures et dispositifs institués. Les caractéristiques des compensations réussies, celles qui tiennent dans la durée, reposent sur une hybridation entre dispositifs légaux et arrangements locaux, sur la mise en mots des difficultés rencontrées dans les situations de travail.

Aussi, il est essentiel de prendre en compte tout ce qui se joue dans les échanges, dans les régulations informelles dans les milieux de travail sur ces questions. On s'intéressera donc aux processus de régulation, de compensation et à la reconnaissance de ces processus.

L'observation des transformations qu'opèrent les maladies et/ou le handicap montre que ces derniers n'impliquent pas nécessairement une diminution des capacités fonctionnelles, contrairement à l'image dominante qui les associe aux « bras cassés », à ces « mains inutiles » (Omnès, Bruno, 2004). La notion d'handicapé est toujours liée à un déficit, une restriction, une amputation. Ce sont ces mêmes images qui prévalent à propos de la maladie. Ce qui pourtant, à l'écoute des expériences, est tout à fait discordant avec la réalité à la fois de ce qu'on peut entendre, mais aussi avec les recherches scientifiques qui mettent en évidence les processus de compensation mobilisés pour pallier ou contourner les difficultés rencontrées dans l'effectuation d'une tâche (Lhuillier, Waser, 2016).

Ces processus de compensation sont notamment mobilisés par les « seniors » : les stratégies d'anticipation sollicitées sont construites à partir de l'expérience professionnelle. De même, les stratégies d'économie de soi conduisent à revoir les modes opératoires et à réorganiser son propre travail en fonction des éprouvés et de la prévention de la fatigue, ou de la douleur. Ces stratégies sont toujours au rendez-vous dès que l'opérateur est confronté à des problèmes de santé, ou plus globalement quand il connaît des fluctuations de ses capacités (Waser, Lenel, 2014).

Il s'agit donc de faire autrement. Construire des manières de produire qui permettent de faire avec ces empêchements, autant que faire se peut. Ce qui suppose des marges de manœuvre dans le choix des modes opératoires. *A contrario*, plus le travail est standardisé, plus il s'intensifie, moins chacun dispose de marges de manœuvre pour construire un « faire » qui corresponde à ses ressources propres. Se pose aussi

la question de la reconnaissance de ce faire autrement, et des valeurs que chacun met dans son activité professionnelle.

La préservation de ces marges de manœuvre sert à personnaliser les activités et à ce titre à préserver sa santé, et ce au bénéfice de chacun. *A contrario*, l'approche le plus souvent mobilisée dans la perspective du maintien en emploi est individualisante au sens où les aménagements consentis le sont seulement pour la personne qui vit avec une maladie ou un handicap. Or tout traitement différentialiste comporte en germe des risques de discriminations. Et quand bien même il s'agit de stratégies de discrimination positive qui viendraient contrecarrer des discriminations négatives, on perd, ce faisant, la question centrale du « comment transformer le travail » et ce pour faire en sorte que la diversité des manières de faire puisse trouver place et trouver les voies d'une reconnaissance.

IV. Promouvoir un travail soutenable pour tous

Du côté des perspectives à développer, la première des conditions est sans doute le dégagement de l'invisibilité sociale de la problématique de la maladie et/ou du handicap au travail : sortir de la clandestinité et du silence, non pas nécessairement pour recourir à la reconnaissance du statut de travailleur handicapé, mais pour que puisse être pensé collectivement le travail de santé dans les milieux de travail. Ce travail de santé incombe à chacun et à tous et ce tout au long de la vie professionnelle.

La gestion des « problèmes de santé » dans la vie quotidienne constitue en soi un véritable travail. Il recouvre des activités de soin de soi, de recherche d'informations sur la pathologie et ses traitements, des auto-prescriptions réglant le style et l'hygiène de vie, la réorganisation des actes exigés par la prescription médicale afin de les ajuster aux contraintes des différentes sphères de vie comme aux désirs et aspirations personnels, la redéfinition des priorités, la réorganisation des tâches professionnelles, l'invention de nouvelles manières de faire pour construire des compromis entre exigences du milieu de travail et exigences de santé (Lhuilier et al, 2010). Ce travail peut être effectué en solitaire ou bénéficier de ressources collectives. Ce qui suppose alors de sortir du silence et de l'invisibilité.

Ce travail de santé suppose des conditions, celles qui définissent le travail soutenable.

Le travail soutenable est un travail qui vise à mettre à distance ou à limiter nuisances et contraintes, susceptibles de provoquer des pathologies durables, voire irréversibles. Un travail n'est soutenable que s'il tolère une large diversité entre les individus. Cela suppose, et là on voit toutes les ressources apportées par l'ergonomie, des marges de liberté en matière de butées temporelles, d'adaptation des gestes et des modes opératoires, des possibilités de coopérer. Un travail n'est soutenable que s'il permet aux individus, dans leurs différences inter et intra-individuelles, de travailler sur le long terme et s'il n'évince pas les salariés qui rencontrent des difficultés.

Le risque, en se focalisant sur les personnes estampillées handicapées, ou fragiles ou vulnérables, est celui d'une euphémisation de la vulnérabilité ontologique, humaine (Veil, 2012).

La catégorie de « personnes vulnérables », c'est-à-dire en difficulté dans l'exercice et leur relation au travail, sert essentiellement à fabriquer de l'altérité pour projeter et ainsi se défendre du négatif (Laplantine, 2010). Elle dessine une frontière, à un moment donné, entre les productifs performants et les imperfectibles. Alors, le malade, le faible, le dépendant est toujours l'autre, en tant qu'il est l'objet de détection, de signalement et de traitements particuliers.

La discrimination croît avec le différentialisme et les processus de stigmatisation qui l'accompagnent. Or, la vulnérabilité n'est pas une condition négative de la vie : elle indique que la santé se construit au fil des expériences ; que la capacité de s'autodéterminer en vue d'un rapport réussi à soi-même et au monde est

possible. La vie humaine est conditionnée par son usage : au double sens du terme, l'usage que les autres font de nous et l'usage que chacun fait de lui-même. Y compris bien sûr au travail.

Bibliographie

Amrous N., Barhoumi M., 2012, Emploi et chômage des personnes handicapées, *Synthèse. Stat*, n°1.

Huyez-Levrat G., Waser A.-M., 2014, « L'avantage mutuel. Recherche-action sur le retour et le maintien en activité de salariés touchés par une maladie chronique », *La nouvelle revue du travail* [En ligne], 4 | 2014, mis en ligne : <http://nrt.revues.org/1441>

Jusot F., Khat M., Rochereau T., Sermet C., 2007, *Un mauvais état de santé accroît fortement le risque de devenir chômeur ou inactif*, Questions d'Economie de la Santé, n°125,

Laplantine F. 2010. La discrimination est une peur de soi-même. *Le sociographe*, 1 -31, p. 96-105.

Lhuilier D., 2002. *Placardisés. Des exclus dans l'entreprise*, Paris, Le Seuil.

Lhuilier D., Amado S., Brugeilles F. ; Rolland D., 2007. "Vivre et travailler avec une maladie chronique. VIH-VHC", *Nouvelle Revue de Psychosociologie*, 4, 123-143.

Lhuilier D., Amado S., Brugeilles F., Diallo M., Rolland D., 2010. "Le travail et l'emploi à l'épreuve du VIH/VHC: régulations des système d'activités et réévaluation du modèle de vie », *Activités*, octobre, vol 7, n°2, 2-26.

Lhuilier D., Waser A.-M., 2014, « Maladies chroniques et travail », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé* [En ligne], 16-1 | 2014, mis en ligne <http://pistes.revues.org/2885>

Lhuilier D., Waser AM., 2016, *Que font les 10 millions de malades ? Vivre et travailler avec une maladie chronique*. Toulouse, Eres.

Obrecht O. (s/dir), 2010, *Maladies chroniques et travail : au delà des idées reçues*, Paris, Ed. de Sciences Po.

Omnès C., Bruno A.S., 2004. *Les mains inutiles. Inaptitude au travail et emploi en Europe*. Paris, Ed. Belin.

Veil Cl., 2012. *Vulnérabilités au travail. Naissance et actualité de la psychopathologie du travail*, Toulouse, Erès.

Waser, A.-M. & Lénel, P., 2014. "Les transitions professionnelles des personnes touchées par une maladie chronique : une rupture avec les normes du travail". *Sociologies pratiques*, 28, 63-73.

Waser A.-M., Lhuilier D., Huyez G., Brugeilles F., Lénel P., 2014, « Maladies chroniques, handicap et gestion des situations de travail, » *Sciences sociales et santé*, vol.32, n°4, décembre 2014, p. 79-106.

Table-ronde : Effectivité et modalités concrètes de l'aménagement raisonnable

Synthèse réalisée par Marie-Renée Guével, Maître de conférences - EHESP-UMR CRAPE

Participants à la table-ronde :

Guillaume Depincé, Ergonome Service de Santé - RATP, Adhérent CFDT

Marie-Cécile Mocellin, Directrice Ressources Humaines - Centre Hospitalier Sainte-Anne

Arnaud de Broca, Secrétaire général - FNATH

Claire Patard, Médecin de prévention - Académie de Créteil

Guy Tisserant, Président, cofondateur - TH Conseil

Modératrice : Marie-Renée Guével, Maître de conférences - EHESP-UMR CRAPE

Les débats de cette table-ronde conclusive ont permis de faire émerger et de revenir sur un certain nombre d'éléments concernant la problématique de la mise en œuvre concrète et de l'utilisation de cette notion d'aménagement raisonnable. Ils peuvent être regroupés autour de quatre grands axes de discussion.

Des difficultés à en faire un véritable outil pour l'emploi des personnes handicapées

Le premier axe de discussion renvoie aux difficultés rencontrées pour mobiliser la notion d'aménagement raisonnable dans le quotidien des employeurs. Plusieurs aspects ont pu être évoqués par les intervenants.

La question de la terminologie adoptée a en particulier été soulevée. Suite à de nombreux débats, la loi de 2005 mentionne finalement les termes de « mesures appropriées » qui peuvent paraître plus compréhensibles par l'ensemble des acteurs que ceux « d'aménagements raisonnables ». Ces derniers étant souvent confondus dans la pratique avec la notion « d'aménagements de poste », qui est, elle, bien ancrée dans les pratiques des employeurs, en particulier dans la fonction publique, avec le travail à partir des prescriptions des médecins du travail et de prévention dans le cadre des démarches de maintien dans l'emploi.

Cette confusion est d'ailleurs renforcée par une méconnaissance de la notion « d'aménagements raisonnables » en elle-même et sur ce qu'elle peut apporter pour réfléchir sur l'insertion d'un travailleur handicapé, son maintien en emploi ou plus largement encore sur les conditions de travail.

Autre élément soulevé dans les échanges, il s'agit des bénéficiaires de la notion puisque celle-ci est principalement destinée aux personnes qui ont une reconnaissance de leur handicap. Or, pour certaines personnes, non-reconnues administrativement comme handicapées mais qui rencontrent des difficultés

dans l'exercice de leurs fonctions, il serait intéressant de pouvoir mobiliser cette notion juridique afin de pouvoir travailler en amont de l'apparition du handicap ou de manière moins stigmatisante, voire même de l'étendre au-delà du handicap.

Enfin, concernant plus spécifiquement la fonction publique, le cadre statutaire a été mentionné comme pouvant être un obstacle à la mise en place d'aménagements. Ce statut de la fonction publique invite à être imaginaire et innovant, mais il n'est pas toujours aidant et parfois très contraignant, voire bloquant.

La notion est ainsi peu mobilisée – d'autres termes sont employés comme « prescription d'aménagements », « adaptation d'un environnement », « compensation », etc. -, sauf à ce que l'aménagement ne soit plus raisonnable, notamment vis-à-vis de l'employeur.

Une question récurrente : les coûts financiers

La composante « raisonnables » de la notion « d'aménagements raisonnables » a été longuement discutée, en particulier en ce qui concerne sa dimension financière. Cet aspect financier renvoie à la fois aux coûts directs de « l'aménagement raisonnable » mais également aux coûts indirects – en relation avec l'organisationnel.

Cette logique financière peut être contrebalancée par les aides disponibles auprès du FIPHFP ou de l'Agefiph, notamment pour les aménagements de poste – même si la pérennité de ces aides a été questionnée du fait que de plus en plus d'employeurs atteignent les 6% faisant ainsi baisser les contributions et les fonds disponibles pour soutenir les démarches des employeurs. Cependant, la question financière continue à se poser de manière plus forte pour les aménagements impliquant des modifications dans l'organisation du travail ou des réductions de temps de travail (par exemple, les temps partiels thérapeutiques dans la fonction publique).

Cette question financière et la nature des coûts potentiellement engendrés peuvent varier en fonction du handicap considéré et sa possible évolution dans le temps – invisibilité du handicap, fatigabilité, etc.

Si l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés est un levier qui a pu être mobilisé pour inciter les directions à considérer la question du handicap – par la contribution financière -, celle-ci doit aussi être dépassée pour montrer aux employeurs l'intérêt qu'ils ont à travailler cette question pour améliorer la vie au travail de leurs agents. Cet aspect amène à modifier le paradigme d'entrée dans le sujet et à retravailler les représentations du handicap au travail.

Une nécessité : continuer à faire évoluer les représentations du handicap dans l'emploi

Les participants constatent également unanimement la nécessité de continuer à travailler sur les représentations du handicap dans l'emploi. Les représentations du handicap continuent à être négatives et constituent ainsi un frein à la mobilisation de « l'aménagement raisonnable » et plus largement à l'emploi des personnes handicapées.

Un travail de changement de regard est toujours indispensable au travers de la communication, de la sensibilisation et de la formation. Il est nécessaire que ce travail soit porté et engagé par les employeurs eux-mêmes, en étant accompagnés par des acteurs tels que le FIPHFP/Agefiph ou les associations de personnes handicapées.

La mise en place d'un « aménagement raisonnable » et la réflexion qui l'entoure peuvent être une opportunité pour requestionner le travail, les conditions de travail à la fois de la personne directement concernée mais également du collectif de travail qui l'entoure, contribuant du même coup, à reconstruire une dimension collective et à effacer la logique du handicap et les représentations négatives. Il ne s'agit pas de résumer la notion de « raisonnable » uniquement à l'aspect financier, cela renvoie également aux notions de soutenabilité et de durabilité tant au niveau individuel que collectif.

Une approche à promouvoir : inscrire la réflexion dans une perspective de durabilité et de soutenabilité

Il n'y a pas de situation reproductible d'un individu à l'autre, il est donc nécessaire de partir de l'individu. Le risque peut alors être de se centrer sur l'individu et d'individualiser l'approche de l'aménagement en oubliant l'environnement de travail dans lequel évolue la personne – ce qui peut être la tendance actuelle de manière plus générale. La réflexion est ainsi nécessaire à trois niveaux :

- celui de la personne, en premier lieu en partant de ses besoins spécifiques, en s'intéressant à sa singularité et en prenant en compte chacun de ses besoins, renvoyant au registre de l'équité ;
- celui du collectif de travail, qui peut être une ressource pour la mise en place d'un aménagement et qu'il est nécessaire de prendre en compte dans le caractère raisonnable de cet aménagement ;
- et, celui de l'organisation dans son ensemble qui est souvent mal outillée pour appréhender ces questions.

En travaillant sur ces trois niveaux, il s'agit ainsi que l'aménagement soit durable et soutenable pour l'ensemble des parties : que l'état de santé de la personne ne se dégrade pas, que le collectif accepte la situation et que l'organisation continue à remplir ses missions.

La porte est ouverte pour élargir le questionnement et interroger l'intégralité des conditions de travail d'un collectif. En évitant de catégoriser, il est proposé de prendre en compte chaque agent dans une logique de management durable, en particulier du point de vue de l'évolution des carrières. Ceci paraît essentiel dans un contexte de vieillissement de la population, d'allongement de la durée du travail, d'augmentation des inaptitudes et dans un contexte où les employeurs vont progressivement atteindre leur taux de 6%. « L'aménagement raisonnable » peut être un véritable outil pour travailler l'ensemble de ces questions.