

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Droit et handicap, perspectives internationales et européennes

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'IRDS

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

"Droit et handicap, perspectives internationales et européennes"

par

Jean-Michel LATTES

Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'Institut de Recherche en Droit Social (IRDS)

PLAN

Introduction

Diversité et unité

Partie 1. L'influence unificatrice des sources internationales et européennes.

- A. Le rôle essentiel des organisations internationales.
- B. L'émergence d'un droit européen du handicap.

Partie 2. Handicap et droits nationaux : les perspectives nationales.

- A. La responsabilité de l'employeur.
Obligations de l'employeur, discrimination, annexes et sanctions...
- B. Le statut du salarié handicapé.

Conclusion

Vers un droit unifié du handicap ?

INTRODUCTION

L'absence de définition légale des personnes handicapées en France traduit la difficulté pour les juristes de notre pays d'appréhender les difficultés subies par un groupe, pourtant bien identifié dans notre corps social. Le droit français peut, en la matière, parfaitement illustrer l'histoire de ce groupe longtemps négligé et mis à l'écart dans la plupart des pays démocratiques. C'est, en effet, dans une logique caritative que se sont d'abord situés les pays européens. On parle alors « *d'infirmes nécessaires* » pour qualifier des personnes que l'on protège et que l'on aide sans toutefois leur reconnaître la pleine citoyenneté. L'apparition du mot « *handicapé* » dans la législation française en 1957¹ traduit la prise en compte de la réalité de leur situation dans un contexte en pleine mutation. On commence à considérer que la société peut être, dans son fonctionnement, à l'origine de

¹ Loi du 23 Novembre 1957.

handicaps et qu'il lui appartient d'agir pour en assurer la réduction. La loi de 1975² va plus loin en privilégiant la pleine intégration des personnes handicapées. Celles-ci ne doivent plus être seulement protégées mais elle doivent demeurer partie prenante de la société. Le droit français s'inscrit alors dans une perspective de discrimination positive en renforçant les contraintes juridiques pesant sur les responsables disposant de réels pouvoirs: employeurs, décideurs publics, collectivités locales... La formation, les soins, l'introduction de nouvelles technologies, ... constituent autant de leviers désormais inscrits dans les textes. La loi de 1987³ et, récemment, la loi de 2005⁴, permettent de réaffirmer l'égalité des droits et des chances des personnes handicapées au sein de notre société tout en améliorant leur effectivité, le droit à la compensation constituant le point d'orgue de cette évolution⁵.

Il serait cependant illusoire de croire que cette mutation est spécifique à la législation française. Dans de nombreux domaines, les influences externes induisent ces évolutions. L'intervention de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) tentant de mettre en œuvre une classification internationale du handicap⁶ et le relais de l'Organisation des Nations Unies⁷ (ONU) traduisent une montée en puissance de textes européens dont la Convention internationale relative aux droits des personnes constitue une sorte de point d'orgue⁸. Ce texte prévoit, en particulier, que les droits de l'homme sont universels et qu'il convient d'en assurer une pleine jouissance aux personnes handicapées sans la moindre discrimination. Le droit européen n'est intervenu que plus tardivement dans ce domaine, préférant privilégier une approche économique des problèmes. La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne⁹ comme la proclamation de l'année européenne des personnes âgées¹⁰ traduisent cependant la volonté de l'UE d'intervenir pour améliorer la protection des personnes en difficultés.

Le droit International comme le droit Européen participent au renforcement de cadres juridiques unifiés garantissant l'universalité des droits des personnes handicapées sur la base de principes et de règles issus de certaines législations nationales particulièrement progressistes. De fait, il est indispensable de mesurer les progrès liés à l'émergence de règles de base, supranationales et facilitant une unification relative des règles de droit (Partie I) pour en évaluer l'influence dans les choix et orientations nationales (Partie II).

² Loi du 30 Juin 1975.

³ Loi du 10 Juillet 1987.

⁴ Loi du 11 février 2005.

⁵ Ce droit figure dans la loi de 2005.

⁶ La classification Internationale du Handicap (CIH) mise en place en 1980 et modifiée en 2001 permet de définir le handicap et de différencier les déficiences, les incapacités et les désavantages.

⁷ Notons, en particulier, que l'ONU a adopté en 1993 des règles standards pour l'égalisation des chances des personnes handicapées.

⁸ Convention adoptée en décembre 2006.

⁹ Charte proclamée au sommet de Nice de décembre 2000.

¹⁰ Année 2003.

Partie 1. L'influence unificatrice des sources internationales et européennes.

A. Le rôle essentiel des organisations internationales.

Le rôle joué par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) apparaît comme essentiel dans l'évolution de la notion de handicap. L'adoption, en 1980, d'une Classification Internationale des Handicaps (CIH) permet, en effet, une transformation très importante de la perception du handicap. C'est une véritable vision sociétale qui émerge du droit international autour des concepts de déficience, d'incapacité et de désavantage.

Le handicap de la personne constitue une donnée de base des difficultés à prendre en compte mais l'environnement est abordé comme un élément majeur. L'organisation de la société apparaît comme un vecteur essentiel susceptible par son évolution de faciliter l'intégration. L'approche médicale du handicap est associée à une approche sociale progressivement analysée comme incontournable. De fait, si le modèle médical relève clairement d'une politique de santé publique, le modèle social de son côté dépend des politiques sociales mises en œuvre. Au-delà des difficultés inhérentes aux pathologies individuelles, le handicap prend une autre dimension résultant de l'existence d'un environnement non adapté posant la question de l'intégration.

Cette double perception du handicap a amené l'OMS à mettre en place une nouvelle classification du handicap beaucoup plus large que la classification de 1980. On s'éloigne de la simple mesure médicale du handicap pour évoluer vers l'idée de citoyenneté de la personne handicapée. La création en 2001 d'une nouvelle Classification Internationale du Fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF) traduit cette mutation¹¹ en valorisant, à la fois, la dimension individuelle du problème - essentiellement physiologique - et sa dimension sociale basée sur la capacité de la personne à participer à la vie de la société dans laquelle elle évolue¹². De fait, la nouvelle définition prend la mesure des limitations d'activité et des restrictions de participation à la vie sociale par référence à un standard de base. Le modèle d'une société accessible résulte désormais de la capacité d'interaction entre la personne et son environnement social et physique¹³.

L'impact de cette réorientation du droit international apparaît clairement dans les législations nationales désormais orientées vers une meilleure prise en compte du handicap par la société. L'accessibilité environnementale est placée au centre des politiques d'intégration au nom du principe repris en droit français de « l'accès à tout pour tous »¹⁴.

Les travaux réalisés par l'Organisation des Nations Unies (ONU) participent à ces évolutions internationales. La déclaration de 1975 reconnaissant les droits des personnes handicapées a servi de base à la mise en place d'un environnement juridique prenant la mesure des mutations de la perception et de la prise en compte du problème. L'année 1981 choisie comme « *année internationale des personnes handicapées* » a permis l'élaboration d'un programme mondial établissant la période 1983-1993 comme « *décennie des personnes handicapées* ».

¹¹ Cette nouvelle classification a été adoptée lors de la 54^{ème} assemblée mondiale de la santé.

¹² La nouvelle classification donne aux trois termes « *déficience* », « *incapacité* » et « *handicap* » des définitions précises pour tenir compte des diversités de perception dans les pays concernés. La « *déficience* » est analysée comme « *la perte ou une anomalie d'une structure anatomique ou d'une fonction organique* » alors que « *le handicap* » est analysé comme « *le terme générique désignant les déficiences* ». La « *capacité* », enfin, résulte de la mesure de l'environnement et du plus haut niveau de fonctionnement qu'un individu puisse atteindre en matière d'activité et de participation.

¹³ P. Fougeyrollas, L. Noreau, J. Tremblay, *La mesure de la qualité de l'environnement et le processus de production du handicap*, Institut de réadaptation en déficience physique du Québec, Entretiens de la Fondation Garches, Nov. 2005.

¹⁴ La loi française de 2005 s'inscrit clairement dans cette réorientation en intégrant les problématiques posées par le cadre bâti, l'espace public ou les transports.

Il convient de souligner l'importance de la résolution du 3 décembre 1982 qui intègre l'environnement dans le champ des problématiques du handicap. Pour la première fois à ce niveau juridique, le handicap n'est plus considéré uniquement sur la base de la situation de la personne en raison de son état physique et moral mais il convient désormais de s'intéresser aux obstacles induits par un environnement non adapté¹⁵. La résolution de 1993 confirme cette orientation en définissant les règles relatives à l'égalisation des chances sur la base d'actions internationales en direction des personnes handicapées¹⁶. Les Nations unies font le choix, dans ce texte, de promouvoir leurs droits fondamentaux et leur participation, pleine et entière, aux activités de la société.

La Convention du 13 décembre 2007 relative aux droits des personnes handicapées constitue une sorte de synthèse de ce qui précède. La dimension sociale du handicap devient prépondérante et domine désormais sa dimension médicale. L'idée en vertu de laquelle le handicap résulte d'une véritable interaction entre la situation propre à une personne et des barrières qui peuvent être non seulement environnementales mais, aussi, comportementales constitue le point cardinal de ce texte. Il en résulte de nombreux principes pratiques déclinés par suite dans la Convention : accessibilité, sensibilisation, autonomie et participation à la vie de la société, mobilité personnelle, liberté d'expression et d'opinion, accès à l'information, participation à la vie culturelle, aux loisirs et aux sports.

Les orientations prônées par l'ONU et l'OMS participent clairement à l'évolution de la perception mondiale de la situation réelle des personnes handicapées et aux nouvelles orientations prises par les législations nationales¹⁷. S'il est possible de douter de l'effectivité de certains textes internationaux, l'influence de ces deux structures supra nationales est indéniable dans les mutations contemporaines du droit du handicap.

B. L'émergence d'un droit européen du handicap.

Dès la mise en place de la Communauté Economique Européenne, le Traité de Rome impose, au niveau de l'accès à l'emploi, un principe fondamental de non-discrimination et une égalité de traitement en matière de conditions individuelles de travail¹⁸. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs précise de son côté que : « *Toute personne handicapée, quelles que soient l'origine et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes propres à favoriser son intégration professionnelle et sociale. Ces mesures d'amélioration doivent notamment concerner, en fonction des capacités des intéressés, la formation professionnelle, l'ergonomie, l'accessibilité, la mobilité, les moyens de transport et le logement* ».

Pourtant, malgré ces potentialités juridiques, ce n'est que très progressivement que la Communauté Economique Européenne (C.E.E.), aujourd'hui Union Européenne (U.E.), va prendre en compte le problème du handicap¹⁹. La décision du Conseil de la C.E.E. de traiter de « *l'emploi des handicapés en économie libre* »²⁰ permet l'utilisation du Fonds Social Européen (F.S.E.) pour promouvoir des programmes d'action en faveur des handicapés. De fait, les aides versées permettent

¹⁵ La résolution précise que « *le handicap réside dans la perte ou la limitation de la possibilité de participer, sur un pied d'égalité, avec les autres individus à la vie en communauté* ».

¹⁶ Résolution A/RES/48/96 du 20.12.1993.

¹⁷ Signalons aussi l'importance du rôle joué par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) pour qui le principe de non-discrimination est la notion clé de la lutte en faveur des personnes handicapées. Dès 1958, l'OIT assigne aux pays membres la mission de combattre les discriminations à l'embauche et sur le lieu de travail.

¹⁸ Art. 7, 48, 52, 59...

¹⁹ La résolution relative au programme d'action sociale adoptée le 21.01.1974 prévoit la mise en place d'une action communautaire pour la réintégration professionnelle et sociale des handicapés.

²⁰ Art. 7, 48, 52, 59...

de favoriser l'accès des handicapés à des emplois disponibles en adaptant les postes de travail tout en veillant à favoriser leur réhabilitation fonctionnelle²¹. La Cour de Justice des Communautés Européennes affirme, parallèlement à ces orientations, le droit au bénéfice de l'ensemble des avantages et prestations sociales versés aux nationaux pour les salariés handicapés issus d'un pays de l'Union européenne. De nombreuses décisions confirment cette orientation: CJCE du 11 avril 1973 (Michel/Fonds National de reclassement)²² - du 28 mai 1974 (Callemeyn, épouse Verbeke/ Etat Belge)²³ - du 13 novembre 1974 (Costa/ Etat Belge)²⁴ - du 16.12.1976 (Inzirillo/ Caisse d'Allocation Familiale de l'arrondissement de Lyon)²⁵... Le 14.12.1981²⁶, le Conseil adopte un nouveau programme invitant les Etats membres à faire en sorte que les handicapés ne supportent pas de manière inéquitable les conséquences des difficultés économiques en particulier dans leur emploi.

Il faut attendre 1984 pour que l'Union Européenne²⁷ s'engage avec volontarisme dans une action globale en faveur des personnes handicapées. Une première résolution traduit le choix de l'Europe de suivre le modèle international en valorisant un nouveau modèle social européen au service des personnes handicapées s'éloignant, lui aussi, des seules références médicales. On ne parle plus uniquement de la personne handicapée mais on évoque le handicap résultant de son environnement. Une recommandation du 24 .07.1986²⁸ renforce la volonté d'intervention de l'Europe en faveur de l'emploi des personnes handicapées sans pour autant apparaître comme décisive. Le Conseil y invite les Etats membres à faire prévaloir un « *principe de traitement équitable* » en éliminant les discriminations négatives et en assurant la promotion d'actions préférentielles qualifiées de « *positives* ». Cette recommandation est complétée par un « *cadre d'orientation* » qui énumère les multiples dispositions pouvant être prises tant pour la vie professionnelle des handicapés que pour leur environnement général. Il est possible de déceler dans cette énumération une orientation nette vers la recherche d'une véritable compensation au profit des personnes handicapées. La Recommandation de 1992 vient parfaire cette tendance en jetant les bases d'une politique qualifiée de « *cohérente* »²⁹. Le handicap y est défini comme « *une limitation née d'une confrontation à des obstacles physiques, psychiques, sensoriels, culturels juridiques ou autres, empêchant la personne handicapée de s'intégrer dans une vie sociale* ».

La révision de la Charte sociale européenne en 1996 permet d'y introduire des droits nouveaux, comme ceux des personnes handicapées³⁰, en valorisant notamment le refus de toute discrimination. L'émergence d'un droit à la compensation transparaît dans l'idée retenue par le nouveau texte selon laquelle des mesures y compris techniques doivent être mises en œuvre pour surmonter les obstacles à la communication et à la mobilité. Plusieurs Recommandations illustrent la construction progressive d'un véritable droit européen du handicap. Elles imposent aux Etats

²¹ On trouve dans cette orientation le fondement d'un processus de compensation même si la réforme du Fonds opérée le 20 décembre 1977 apparaît peu favorable aux personnes handicapées. Désormais organisé au profit d'actions spécifiques du Conseil, on ne peut que constater la rareté des interventions concrètes en leur faveur.

²² Aff. 76-72, Rec. 73, p.475.

²³ Aff. 187/73, Rec. 1974, p.553.

²⁴ Aff. 39-74, Rec. 1974, p.1251.

²⁵ Aff. 63-76, Rec. 1976 ? p.2057.

²⁶ JOCE n° C 347 du 31.12.1981.

²⁷ Le Conseil de l'Europe intègre les problèmes juridiques d'équité en faveur des personnes handicapées dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* – dite Convention de Rome du 4 .11.1950 (Art. 12 et 14) - dont le contrôle de l'application est assuré par la Cour Européenne des droits de l'homme. La Charte sociale européenne (Turin, 18.10.1961, art. 10) et le Code européen de la Sécurité sociale (1968) complètent ces orientations tout en apparaissant juridiquement moins contraignants.

²⁸ N°86/23- JOCE n° L 225 du 12.09.1986.

²⁹ Recommandation R.1185 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux réadaptations pour les personnes ayant un handicap.

³⁰ Un article de la Charte est consacré au « *droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté* ».

membres la prise en compte des difficultés pratiques rencontrées par les personnes handicapées en les incitant à engager des actions concrètes et pragmatiques³¹. En valorisant l'idée de «*conception universelle*»³², l'Europe prend véritablement à son compte les difficultés des personnes handicapées face à des obstacles environnementaux considérés comme plus pénalisants que les obstacles fonctionnels.

Sur le même modèle que celui des Nations Unies, l'Europe déclare l'année 2003 «*Année européenne des personnes handicapées*» favorisant ainsi le développement de multiples projets en faveur de leur intégration. La Recommandation de 2006 organise la mise en œuvre d'un plan d'action 2006/2015 sur la base de concepts résolument pratiques et autour de deux principes : la définition d'une position européenne commune appuyée sur la conception universelle et la préparation de recommandations aux gouvernements destinées à en organiser l'application concrète. De fait, tout ce qui peut contribuer à la mise en œuvre de l'accessibilité de la société est pris en compte : moyens technologiques, circulation et transports, construction, environnement, urbanisme, produits et biens, services, réseaux et systèmes d'information, emplois et éducation... L'implication des pouvoirs locaux complète cette mobilisation en valorisant la mise en œuvre d'actions sur les territoires et les communes³³.

Partie 2. Handicap et droits nationaux: les perspectives nationales.

Les droits nationaux traitant du handicap participent aujourd'hui à deux tendances contradictoires. On y retrouve les grandes orientations données par le droit international et par le droit européen développées précédemment mais on y décèle encore la trace de la manière d'appréhender le handicap en fonction de la culture juridique propre à chaque pays³⁴. De fait, si l'unification du droit du handicap est en cours, elle n'en reste pas moins inachevée et certains particularismes demeurent, en particulier du fait de la liberté laissée par les textes supranationaux dans leurs adaptations nationales³⁵.

Les obligations imposées aux employeurs (A) et la construction d'un statut du salarié handicapé (B) constituent les deux dominantes de ces dispositifs juridiques.

A. La responsabilité de l'employeur.

C'est autour de l'obligation d'emploi que s'organise la responsabilité sociale de l'employeur. L'entreprise se voit contrainte de respecter un pourcentage de recrutements permettant d'intégrer les personnes handicapées dans le monde professionnel. Cette obligation est cependant organisée de manière différente selon les pays sur la base de leurs choix juridiques.

³¹ E. Haider, *L'accès des personnes handicapées aux infrastructures et espaces publics*, Commission de la cohésion sociale, Conseil de l'Europe, mars 2007.

³² Résolution AP (2001) 1 dite «*Résolution de Tomar*» du 15.02.2001 → Ce texte introduit le principe «*de conception universelle*» dans les programmes de formation de l'ensemble des professions travaillant dans le domaine de l'environnement bâti.

³³ Cf. Résolution 227-2007 et Recommandation 208-2007 relatives à l'accès des personnes handicapées aux infrastructures et espaces publics.

³⁴ *Politique en faveur des personnes handicapées, grandes tendances dans quelques pays européens*, RFAS, Juillet 2005.

³⁵ L'insertion des handicapés dans l'entreprise – Les documents de travail du Sénat – Législation comparée – n° LC 116, Janvier 2003.

Deux modèles se dégagent des choix effectués: la mise en place d'une obligation mesurable variable en fonction de la taille de l'entreprise ou le renforcement de la lutte contre les discriminations subies par les salariés dans l'entreprise tout au long de leur vie professionnelle³⁶.

1. L'instauration d'une obligation d'emploi mesurable.

Certains pays ont fait le choix de créer une obligation juridique d'emploi, le plus souvent variable, en fonction de la taille de l'entreprise. C'est le cas, par exemple, de pays issus de l'Union Européenne comme la France³⁷, l'Italie³⁸, l'Allemagne³⁹ et l'Espagne.

En France, si le pourcentage d'emploi imposé a pu varier dans le temps en fonction des textes réglementant l'accès à l'emploi des salariés handicapés, il est aujourd'hui établi à 6 % de l'effectif de l'entreprise⁴⁰.

L'Italie, de son côté, se base sur le seuil de 15 salariés avec une obligation progressive d'emploi⁴¹ pouvant atteindre 7% au-delà de 50 salariés. La loi du 5 février 1992 constitue une norme de référence conforme avec les principes constitutionnels⁴². Elle permet d'appréhender la dimension sociale du handicap. Son évaluation se réalise désormais sur la base de l'ampleur des conséquences sociales du diagnostic d'incapacité fonctionnelle rendu par les médecins.

En Allemagne, on se base sur un seuil fixé à 20 salariés pour une obligation d'emploi de 5% de l'effectif de l'entreprise⁴³. Le code social applicable au 1^{er} juillet 2001 constitue le texte le plus important de la législation allemande dans le domaine du handicap⁴⁴. On y retrouve le droit à la réadaptation et à la participation à la vie de la société pour les personnes handicapées⁴⁵.

³⁶ Il convient de noter que les pays privilégiant l'obligation d'emploi ne négligent pas pour autant la lutte contre les discriminations même si cette lutte intervient en second plan. Ainsi, l'Allemagne organise, dans son Code social, le droit - pour des salariés handicapés victimes de discriminations - de poursuivre les employeurs concernés en dommages et intérêts. Ceux-ci ne peuvent pas cependant se voir substituer le droit à occuper le poste en cause en cas de refus d'embauche.

³⁷ L'obligation d'emploi en France est mise en place dès 1924 dans le contexte particulier de la solidarité nationale faisant suite à la première guerre mondiale. Ce sont, en effet, les mutilés de guerre qui se voient attribuer cette priorité professionnelle mais les textes vont progressivement élargir l'obligation à d'autres catégories de bénéficiaires.

³⁸ P. Segal, « La compensation du handicap en Italie », Rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales, N° 2003-056, Mai 2003 - La Documentation Française Mars 2004.

³⁹ Ces dispositions figurent dans le livre IX du « Code social » entré en vigueur le 1^{er} juillet 2001. Il regroupe essentiellement des dispositions issues de la loi du 26 Août 1986 relative à « l'insertion des personnes les plus lourdement handicapées » modifiée par la loi du 30 septembre 1990 sur « la lutte contre le chômage des personnes handicapées ».

⁴⁰ Article L.5212-1 (L. 323-1 ancien) du Code du travail.

Le bilan réalisé par la DARES sur l'année 2004 témoigne de l'échec relatif de la mise en œuvre de cette obligation instaurée en 1987. Le chiffre réel de 4,4 % cité par la DARES illustre le chemin restant à parcourir pour une application réelle des contraintes fixées par les textes.

➔ « L'emploi des travailleurs handicapés dans les établissements de 20 salariés et plus : bilan de l'année 2004 », Premières Synthèses - Informations, Janvier 2007, n°01.1.

Voir aussi : Francine Aizicovici, « Les entreprises peinent à mettre en œuvre l'objectif d'égalité des chances », Le Monde du 13.02.2007, IX – « Atlas national 2005. L'emploi et l'insertion professionnelle des personnes handicapées », Fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées, Archives des maladies professionnelles, vol. 66, 2005, pp. 352-356.

⁴¹ En deçà du seuil de 50 personnes, les textes imposent deux postes à partir de 36 salariés et un poste à partir de 15. L'obligation s'évalue par établissement mais des compensations sont possibles pour les entreprises ayant plusieurs établissements.

⁴² Article 38 de la Constitution de 1947.

⁴³ L'obligation d'emploi date, en Allemagne, de 1974. La loi du 30 septembre 2000 a introduit des modifications pouvant entraîner une évolution des dispositifs pour tenir compte du taux de chômage réel des handicapés lourds.

⁴⁴ Loi du 19 Juin 2001, BGBI. I, p.1046.

⁴⁵ G. Igl, Les droits des personnes handicapées en Allemagne : les changements apportés par la nouvelle législation, RFAS N° 2-2005, pp. 125 et s.

L'Espagne, enfin, détermine un seuil de 50 salariés pour une obligation d'emploi de 2% de l'effectif⁴⁶ des entreprises publiques ou privées⁴⁷. La loi du 2 décembre 2003, « *Egalité des chances, non-discrimination et accessibilité universelle* », induit une nouvelle orientation au nom du droit à la citoyenneté des personnes handicapées dans le but de leur permettre de participer réellement à la vie en société. Ce texte ne fait cependant que reprendre partiellement la directive 2000/78/CE sans pour autant prévoir de véritable mesure d'application pratique.

Ce choix de la contrainte juridique a connu des évolutions au Royaume-Uni. Dans ce pays, la loi de 1995 ne comprend aucune obligation d'emploi alors que la loi de 1944 sur l'emploi des handicapés obligeait les entreprises de plus de 20 salariés à employer 3 % de handicapés. L'abandon dans la loi de 1995 du quota de recrutements s'accompagne du renforcement de l'applicabilité du Principe de non discrimination.

La détermination des personnes handicapées bénéficiaires peut varier d'un pays à l'autre. En Allemagne, le dispositif s'applique à celles dont le taux d'incapacité est d'au moins 50%⁴⁸ alors qu'en Italie le taux doit être d'au moins 45% et, en Espagne, supérieur à 33%. La France, de son côté, a choisi de faire intervenir une commission, la Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH), qui attribue cette qualification sur la base du constat de la réduction de la capacité à obtenir un emploi⁴⁹.

Le non respect des obligations d'emploi prévues par les textes des pays imposant un quota de recrutements de salariés handicapés se traduit le plus souvent, comme en droit français, par le versement d'une contribution à un fonds dont la finalité sera de permettre le financement d'actions destinées à favoriser leur insertion professionnelle.

Si l'Allemagne se situe dans la même perspective que la France avec un versement⁵⁰ basé sur le simple constat du non respect de l'obligation, l'Espagne et l'Italie⁵¹ réservent cette possibilité aux employeurs attestant de l'impossibilité pour leur entreprise d'employer directement des salariés handicapés essentiellement en raison du particularisme des tâches qu'ils développent⁵².

Comme en France, l'Espagne complète ses réglementations en écartant l'obligation de versement de la contribution⁵³ lorsque les entreprises signent un contrat de fournitures de biens ou de services avec un centre de travail protégé mais elle y ajoute la possibilité de contractualiser avec une

⁴⁶ La loi du 7 avril 1982 (Titre VII) relative à l'intégration sociale des handicapés organise cette obligation. Deux décrets complètent cette réglementation (Décrets n° 1451 du 11 mai 1983 et n°27 du 14 janvier 2000). Il convient de noter que, dans le système espagnol, les communautés autonomes peuvent adopter des mesures plus favorables aux handicapés du fait de leurs compétences en droit du travail et de la sécurité sociale.

⁴⁷ Notons que l'obligation concerne uniquement les entreprises et ne peut s'appliquer établissement par établissement.

→ N. de la Red et Rafael de la Puente, Personnes handicapées et insertion professionnelle en Espagne, *Actualités de la formation permanente*, 2001, n° 187, pp. 89 et s.

⁴⁸ Sur décision de l'administration, les personnes dont le taux d'incapacité est compris entre 30 et 50% peuvent bénéficier de ces dispositifs sur décision de l'administration.

⁴⁹ Selon la gravité du handicap, la personne handicapée peut être classée dans trois catégories (A, B, C).

⁵⁰ En Allemagne, le montant de la contribution varie en fonction de l'effectif de l'entreprise et du nombre de postes non pourvus par des salariés handicapés alors qu'ils auraient du l'être. Sur la base de ces critères, la contribution de substitution varie de 105 € à 260 € par mois (Chiffres 2003). Le versement est annuel et les fonds collectés servent à financer des mesures destinées à l'emploi des handicapés (55% aux Länders et 45% au fonds fédéral).

⁵¹ La contribution de substitution est d'environ 13 € / jour et par personnes concernée par l'obligation d'emploi. Cette somme est versée au fonds régional pour l'emploi des handicapés et n'exonère les employeurs qu'à hauteur de 60 %.

⁵² Dans ces deux pays, des certificats justificatifs doivent être établis par l'intermédiaire de structures publiques.

⁵³ Cette contribution doit correspondre à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum pour chaque poste non pourvu par un handicapé.

personne handicapée exerçant son activité en libéral⁵⁴. Cette option suppose cependant qu'il y ait une réelle impossibilité de recrutement et que celle-ci soit certifiée par l'administration⁵⁵.

L'Italie organise des sanctions administratives en cas de non respect des obligations légales⁵⁶ et les employeurs ne peuvent exiger des salariés handicapés des performances incompatibles avec leur état.

2. Le choix du renforcement du Principe de non-discrimination.

D'autres pays, au contraire, font le choix de s'attaquer directement aux discriminations subies par les personnes handicapées sur leur lieu de travail comme les Etats-Unis ou, au sein de l'Union Européenne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas et le Danemark. Le choix de favoriser la lutte contre les discriminations plutôt que l'obligation d'emploi se traduit de différentes manières dans les pays considérés.

Dans la tradition du droit anglo-saxon, aux Etats-Unis⁵⁷ comme au Royaume-Uni⁵⁸, les entreprises qui comptent au moins 15 salariés⁵⁹ doivent respecter les règles relatives à l'interdiction de toute discrimination fondée sur un handicap. Cela se traduit par l'obligation, lors des recrutements comme en cours de carrière, de traiter les personnes handicapées comme les autres salariés de l'entreprise. On retrouve dans ce contexte une forme de « *droit à compensation* » qui se situe dans l'esprit de la loi française de 2005⁶⁰. Les employeurs se doivent, en effet, d'adapter les conditions de recrutement⁶¹ et de travail⁶² aux particularismes des salariés et aux contraintes découlant des handicaps les concernant⁶³. La mesure de ces obligations varie selon les entreprises en fonction de leur secteur activité, de leur taille ou de leur situation financière⁶⁴.

Les textes applicables au Royaume Uni ne couvrent pas toutes les activités mais les employeurs qui ne sont pas contraints par l'application du texte de 1995 sont incités à se conformer à un « *code de bonnes pratiques* »⁶⁵ et ils peuvent se voir appliquer les textes et réglementations générales relatifs à la non discrimination dans l'emploi. Les Etats-Unis, de leur côté, organisent une interdiction de toute forme de discrimination fondée sur le handicap lorsque l'intéressé remplit tous

⁵⁴ La valeur de ces contrats doit être d'au moins 3 fois le montant annuel du salaire minimum pour chaque poste non pourvu par un handicapé.

⁵⁵ Le non respect de ces obligations (emploi ou mesures substitutives) est passible d'une amende administrative comprise entre 330,52 € et 3005,06 €. Les mesures discriminatoires fondées sur le handicap sont punies d'une amende comprise entre 3005,07 € et 90 151,82 € (Chiffres 2003).

⁵⁶ Amende administrative de 51,65 € / jour pour chaque poste inoccupé et majoration de 5 à 24% en cas de non versement de la contribution.

⁵⁷ La loi de 1990 sur les handicapés se fixe pour objectif l'interdiction de toute discrimination fondée sur le handicap dans tous les domaines dont celui de l'emploi.

⁵⁸ La loi de 1995 sur les discriminations envers les handicapés oriente le droit du Royaume Uni vers des dispositions destinées à lutter contre les discriminations alors que les textes antérieurs privilégiaient des quotas d'emplois obligatoires.

⁵⁹ Au Royaume Uni, l'obligation était appliquée aux entreprises de 20 salariés mais elle a été abaissée à 15 à partir de 1998. Aux Etats-Unis, l'obligation portait sur les employeurs de plus de 24 personnes avant l'application de la loi de 1990 ramenant ce seuil à 15 personnes.

⁶⁰ J-M Lattes, " *Handicap, le droit à la compensation et le droit de la compensation* " - Actes du colloque de l'Association Travail et Handicap dans la Recherche Publique (ATHAREP- 2006) - A paraître aux Editions Bruyland 2009.

⁶¹ Les textes prévoient l'obligation de modifier les procédures de recrutement pour qu'elles soient compatibles avec les profils considérés.

⁶² Il peut s'agir de l'aménagement des locaux, de l'assistance par une tierce personne, d'assouplissements horaires...

⁶³ Les adaptations considérées sont multiples et varient en fonction des circonstances. Il peut s'agir de simples assouplissements d'horaires, d'un aménagement des locaux, voire même de la mise à disposition d'un auxiliaire.

⁶⁴ Au Royaume Uni, il convient d'apprécier le caractère « *raisonnable* » de l'adaptation nécessaire en tenant compte de la situation financière de l'entreprise.

⁶⁵ On note l'existence de 2 codes : un qui s'applique à l'Angleterre, au Pays de Galle et à l'Ecosse et un qui concerne l'Irlande du Nord.

les critères de formation et d'expérience⁶⁶. On retrouve ici le fondement de l'obligation de compensation, l'employeur étant tenu d'adapter les conditions de recrutement et de travail à la situation particulière du salarié lorsque le handicap est connu et que l'adaptation ne constitue pas une pénalisation trop lourde pour l'entreprise⁶⁷. En revanche, ce dispositif étant en place, l'employeur peut exiger du salarié les mêmes prestations que celles d'un salarié ne souffrant pas d'un handicap.

La stratégie appliquée aux Pays-Bas peut être qualifiée « *d'incitative* »⁶⁸. Les textes néerlandais prévoient qu'une obligation réglementaire d'emploi peut être introduite dans les entreprises n'employant pas assez de salariés handicapés mais cette possibilité n'a pas été mise en oeuvre⁶⁹. Cette contrainte est compensée par des mesures de réductions de cotisations sociales particulièrement favorables applicables lors des recrutements ou pour le reclassement de salariés handicapés. D'autres aides complètent le dispositif comme la compensation des surcoûts liés au recrutement de personnes handicapées ou le non paiement d'une personne handicapée recrutée à l'essai⁷⁰ avec compensation pour ce salarié par le versement d'une « *allocation d'intégration* »⁷¹.

La réglementation danoise porte avant tout sur les emplois publics⁷². Les handicapés se voient en effet reconnaître une priorité d'emploi dans ce secteur mais à la condition qu'ils correspondent à la qualification nécessaire. Il ne s'agit donc pas ici d'une obligation d'emploi comme celle mise en place par le droit français mais d'une mesure destinée à éliminer la discrimination. Dans ce dispositif, l'Etat, les collectivités locales, les personnes morales de droit public, certaines sociétés d'économie mixte⁷³ et les associations financées à au moins 50% par des fonds publics doivent donner la préférence à une personne handicapée pour leurs recrutements⁷⁴. Sont ici concernées les personnes handicapées qui « *éprouvent des difficultés à trouver un emploi sur le marché du travail* »⁷⁵. Si le recrutement n'est pas réalisé, l'employeur est tenu de motiver sa décision auprès de l'administration⁷⁶.

Il convient cependant de noter que les pays privilégiant l'obligation d'emploi ne négligent pas pour autant la lutte contre les discriminations même si cette lutte intervient en second plan. Ainsi, l'Allemagne organise, dans son Code social, le droit - pour des salariés handicapés victimes de discriminations - de poursuivre les employeurs concernés en dommages et intérêts⁷⁷.

⁶⁶ La loi couvre toutes les questions relatives à l'emploi (embauche, formation, avancement, rémunération, conditions de travail...).

⁶⁷ Ce critère est apprécié au cas par cas en tenant compte de nombreux éléments : taille de l'entreprise, nature de l'activité, nature de l'effectif de l'entreprise... Certaines limites permettent d'exonérer l'employeur de son obligation (dépassements horaires...) sous réserve qu'il soit en capacité d'établir la preuve des difficultés rencontrées.

⁶⁸ Loi du 23 avril 1998 relative à « *la réintégration professionnelle des handicapés* » modifiée à compter du 1 janvier 2002 ;

⁶⁹ Cette obligation pourrait varier entre 3% et 7% de salariés en fonction de la taille de l'entreprise et du secteur d'activité.

⁷⁰ Pour une durée maximum de 6 mois.

⁷¹ Cette allocation complète les prestations financières versées au titre du handicap.

⁷² Loi n°55 du 29 janvier 2001 sur la compensation apportée aux handicapés en matière d'emploi complétée par le règlement n°1334 du 14 décembre 2000.

⁷³ Cela concerne les structures où les capitaux publics sont majoritaires

⁷⁴ La règle dite « de préférence » s'applique aussi aux concessions de certains petits commerces et pour les licences de taxi.

⁷⁵ Dans ce dispositif, l'agence locale pour l'emploi est chargée d'admettre ou non une personne dans le champ d'application du texte de 2001.

⁷⁶ L'administration devra donner son accord pour que l'employeur puisse recruter quelqu'un d'autre.

⁷⁷ Ces dommages et intérêts ne peuvent pas se voir substituer le droit à occuper le poste en cause en cas de refus d'embauche.

B. Le statut du salarié handicapé.

La situation statutaire du salarié handicapé est particulièrement contrastée mais il est possible de dégager 4 domaines servant de base à la construction d'un statut juridique de la personne handicapée en activité. Les textes en vigueur tiennent compte, à des degrés divers, des déficiences, de la capacité de contribuer à la création de valeurs économiques, de la part prise par la société à l'intégration et – bien sur – du respect des droits de l'homme, de la vie démocratique et de l'état de droit. Il en résulte la mise en place d'une multitude de statuts présentant, à la fois, des données communes et divergentes.

Si certains pays comme le Danemark, les Etats-Unis, le Royaume Uni⁷⁸ ou les Pays-Bas⁷⁹ n'ont pas mis en place de statut particulier des salariés handicapés en considérant que leurs difficultés doivent être compensées, d'autres pays au contraire se situent dans la logique française en accordant aux personnes handicapées des droits spécifiques.

Plusieurs niveaux de protection peuvent être mis en évidence⁸⁰, essentiellement dans des pays de tradition juridique romaine, la puissance publique étant en capacité de décider de l'attribution du statut protecteur de personne handicapée. Les approches anglo-saxonnes traduisent d'autres choix correspondant à d'autres visions juridiques. Des droits y sont affirmés et ils peuvent être revendiqués dans leur application sans que soit nécessaire d'attribuer formellement la qualification de personne handicapée.

En France, les personnes handicapées bénéficient, dans l'entreprise, de l'application de règles particulières justifiées par leur situation particulière⁸¹. Au-delà du « droit à la compensation »⁸² qui constitue le cœur de la loi du 11 février 2005, d'autres dispositifs participent à renforcer leur situation comme la reconnaissance de la priorité au travail en milieu ordinaire, l'accessibilité généralisée tant pour le travail que pour tous les actes de la vie courante (Logements⁸³, transports, ...) ainsi que certaines actions susceptibles d'être portées par les Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH)⁸⁴.

Si L'Espagne n'organise pas de statut particulier pour les salariés en milieu ordinaire, à l'inverse, ceux qui travaillent dans un établissement spécialisé dérogent au droit commun et bénéficient d'un régime spécial. On peut parler ici d'un statut réservé au secteur protégé.

L'Allemagne applique une protection spécifique imposant une autorisation de licenciement de l'administration y compris lorsque le salarié handicapé n'a pas été recruté dans le cadre des quotas. L'employeur doit consulter en complément le conseil d'établissement. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque l'ancienneté du salarié est inférieure à 6 mois ou en cas de plan social. D'autres dispositions complètent cette protection : octroi de congés supplémentaires⁸⁵, dispense – sur demande – des heures supplémentaires, désignation d'un délégué des salariés handicapés dans les entreprises occupant au moins 5 handicapés⁸⁶...

⁷⁸ Si une protection contre le licenciement avait été mise en place, elle a été remise en cause par la loi de 1995.

⁷⁹ Il est cependant possible de prévoir une période d'essai de 6 mois. Le salarié n'est pas rémunéré et perçoit une allocation de réintégration complétant ses droits liés à son statut de handicapé.

⁸⁰ M-J Schmitt, Action européenne des handicapés: détermination du handicap et évaluation des besoins, Etude AEH 2007.

⁸² Article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁸³ Article L. 111-7 du Code de la construction et de l'habitation.

⁸⁴ Notons, en particulier, que la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées est compétente pour prendre toutes les décisions relatives à l'ensemble des droits de la personne handicapée (Taux d'incapacité de la personne handicapée, attribution de la prestation de compensation, reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé...).

⁸⁵ 5 jours / an.

⁸⁶ Il est chargé de défendre les intérêts spécifiques des handicapés et bénéficie d'un crédit d'heures. Il est consulté pour tout licenciement d'un salarié handicapé.

La Belgique présente un dispositif contrasté comportant des mesures portant, à la fois, sur l'emploi, la formation et la mobilité. L'emploi aidé dans une perspective classique de compensation est complété dans son application par des primes et subventions incitatives.

L'Italie intervient sur la durée des périodes d'essai pouvant être plus longues pour les salariés handicapés que pour les autres et des congés supplémentaires sont accordés aux salariés lourdement handicapés. Par ailleurs, des priorités d'emploi sont prévues en cas d'aggravation de l'état du salarié.

Conclusion

Le handicap n'est pas appréhendé de la même façon au sein de pays pourtant proches comme les pays de l'Union Européenne⁸⁷. Ainsi, si le handicap en France porte sur la déficience et l'incapacité générateurs de désavantages, dans les pays anglo-saxon il est souvent présenté dans son seul aspect social, à savoir le droit pour chacun de participer pleinement et de manière égale à la vie en société. Les pratiques développées par les différents pays permettent de souligner l'existence de nuances voire de divergences d'appréciations liées au reliquat des perceptions médicales voire utilitaristes et des perception émergentes inscrites dans un projet citoyen.

L'Union Européenne vise clairement à compenser les manques de chaque législation en complétant voire en améliorant les politiques nationales autour de 3 axes majeurs : la lutte contre les discriminations, la valorisation de l'action par le dialogue et la promotion d'une réelle égalité des chances⁸⁸. La personne handicapée ne doit plus apparaître comme un être à part, elle doit désormais bénéficier d'une vision universelle de la conception de la société.

⁸⁷ Les chiffres fournis par les pays européens témoignent du fait que la perception du handicap est variable d'un pays à l'autre. Ainsi, lorsque la moyenne européenne situe le taux de handicap autour de 1 personne sur 6, la France parle de 1 personne sur 4 en y intégrant les problèmes de santé de longue durée. Proche du taux affiché par le Royaume Uni, la France se trouve par contre éloignée des taux affichés par d'autres pays européens comme l'Espagne (9 %), l'Allemagne (11 %) ou encore l'Italie (7 %). Ces statistiques témoignent clairement de l'absence de critères communs d'évaluation.

➡ « Définitions du handicap en Europe : analyse comparative » - Université Brunel (2004).

⁸⁸ Cf. Directive du Conseil du 2000/78/EC du 27 novembre 2000 -