

La responsabilité de l'entreprise dans l'inclusion professionnelle des personnes en situation de handicap

Par Joseph Damamme
e-legal, Volume n°7

Pour citer l'article :

Joseph Damamme, « La responsabilité de l'entreprise dans l'inclusion professionnelle des personnes en situation de handicap », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume n°7, avril 2023.

Adresse de l'article :

<https://e-legal.ulb.be/volume-n07/theses-5/la-responsabilite-de-l-entreprise-dans-l-inclusion-professionnelle-des-personnes-en-situation-de-handicap>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - avril 2023 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



§1. L'attention portée¹, notamment par l'Union européenne², à la question de l'inclusion des personnes en situation de handicap s'explique entre autres par l'ampleur de leurs difficultés sur le marché de l'emploi. En témoigne notamment le* faible taux d'emploi de cette catégorie de la population sur le territoire de l'Union européenne - 50,8 %³ contre 73,1% pour le reste de la population⁴.

§2. La lutte contre cette exclusion se traduit désormais par de nombreuses obligations juridiques à la charge de l'employeur au profit des travailleurs ayant un handicap. L'exemple emblématique est l'obligation d'aménagement raisonnable. Trouvant ses racines en droit fédéral américain (avec l'*Americans with disabilities Act* (1990)), elle fut consacrée en droit de l'Union européenne par la directive 2000/78/CE (ci-après « la directive 2000/78 ») qui la définit comme suit :

« [a]fin 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 »⁵.

§3. Le droit antidiscriminatoire applicable au handicap fait émerger une responsabilité particulière de l'entreprise face au handicap. Particulière car l'entreprise est tenue non seulement de ne pas discriminer - obligation classique en droit antidiscriminatoire - mais aussi, positivement, de s'adapter aux besoins de travailleurs en situation de handicap. Un aménagement peut prendre de multiples formes, telles qu'une adaptation de l'environnement physique ou des horaires de travail, comme nous le verrons.

§4. La responsabilité de l'entreprise est donc désormais clairement assise en droit. Elle n'est cependant pas illimitée, comme l'illustre la définition de l'obligation d'aménagement raisonnable livrée plus haut. Celle-ci s'applique en effet dans les limites de la proportionnalité, laquelle doit être appréciée de manière concrète (voir point 6 ci-dessous).

Élément important à noter, nous y reviendrons par la suite (voir points 45 et suivants ci-dessous), l'obligation d'aménagement raisonnable n'exige pas

« [...] qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable, ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, ou promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée, [...] » (considérant 17 de la directive 2000/78).

La loi fédérale américaine contient le même garde-fou :

« [t]he term 'qualified individual' means an individual who, with or without reasonable accommodation, can perform the essential functions of the employment position that such individual holds or desires. For the purposes of this subchapter, consideration shall be given to the employer's judgment as to what functions of a job are essential, and if an employer has prepared a written description before advertising or interviewing applicants for the job, this description shall be considered evidence of the essential functions of the job » (42 U.S.C. § 12111, (8)).

§5. Au vu des exceptions possibles, certains considèrent que l'obligation d'aménagement raisonnable se pose en termes essentiellement économiques⁶, c'est-à-dire de productivité du travailleur et de coût pour l'employeur. À ce titre, l'inclusion des personnes en situation de handicap est souvent mise en opposition avec les intérêts ou contraintes économiques de l'entreprise.

Les exemples de cette dialectique entre « l'inclusion » et « l'économique » sont multiples. Le recrutement d'une personne contrainte de se déplacer en fauteuil roulant se révèle coûteux s'il nécessite de reconfigurer l'environnement de travail. Aussi, le maintien dans l'entreprise d'un salarié absent de son poste de travail pendant une longue durée pour des raisons médicales peut engendrer des coûts pour son employeur sous la forme de pression ressentie par les autres employés devant reprendre les tâches du/de la collègue absent(e) et les difficultés de performance pouvant en découler. Investie d'une mission d'inclusion par le droit, l'entreprise doit également composer avec les contraintes de son propre environnement telles que la concurrence, la discipline budgétaire (dans le cas d'une entreprise publique) et le rendement économique.

§6. L'importance de la dimension économique ressort également des paramètres du contrôle de la proportionnalité en la matière. Ainsi, selon l'avocate générale Sharpston dans ses conclusions sous l'affaire *Ruiz Conejero*⁷ :

« [c]e qui est proportionné peut varier selon la taille de l'entreprise concernée. Plus grande est l'entreprise, plus il est probable qu'elle disposera des ressources nécessaires pour affecter avec souplesse ses travailleurs aux différentes tâches qui leur sont assignées. On peut donc attendre d'un employeur qui est une plus grande entreprise qu'il prenne plus de mesures pour parvenir à un aménagement raisonnable avec son personnel que d'un employeur qui est une entreprise petite ou moyenne »⁸.

L'inclusion est donc tributaire de la réalité économique d'une entreprise (sa taille, ses ressources, etc.).

§7. Si cette dialectique est au cœur de la présente contribution, il est important de

souligner qu'elle n'est pas systématiquement présente. Une convergence d'intérêts est même parfois observée lorsque l'inclusion se traduit par des bénéfices économiques pour l'entreprise. Les coûts assumés pour l'inclusion se convertissent alors en investissement⁹. D'après certaines sources, les travailleurs en situation de handicap se distingueraient généralement par leur loyauté envers leur employeur, ce qui peut profiter à l'entreprise qui économise ainsi des coûts de remplacement de main-d'œuvre¹⁰. Aussi, certains handicaps sont associés à un potentiel supérieur à la norme pour des activités spécifiques. Tel est le cas du syndrome d'Asperger¹¹. Dernier exemple, détaché cette fois du rapport direct employeur-salarié, l'entreprise peut clairement améliorer sa réputation auprès de ses consommateurs, usagers et partenaires commerciaux si elle apparaît comme étant inclusive¹². À l'inverse, le non-respect des obligations antidiscriminatoires peut entacher la réputation d'une entreprise¹³.

§8. Ces précisions étant faites, nous proposons de répondre à la question de recherche suivante : comment le droit contribue-t-il à clarifier, par le droit antidiscriminatoire, le contenu et les contours de la responsabilité de l'entreprise dans l'inclusion des personnes en situation de handicap et comment arbitre-t-il ainsi la coexistence de l'objectif d'inclusion avec les intérêts économiques de l'entreprise ? Cette question sera abordée en trois parties, chacune d'elles répondant à une sous-question : « Pourquoi ? », « Pour qui ? » et « Comment ? ». Le « Pourquoi ? » consiste à comprendre les fonctions que le droit antidiscriminatoire est appelé à assumer à la lumière du contexte juridique plus général. Plus clairement, il s'agira de confronter le droit antidiscriminatoire avec le droit du travail afin d'identifier leurs complémentarités et, le cas échéant, leurs conflits dans le domaine qui nous intéresse. La question « Pour qui ? » renvoie à celle de savoir qui est reconnu par le droit antidiscriminatoire comme une personne protégée au nom du handicap, et par conséquent qui sont les personnes envers lesquelles l'entreprise est responsable au nom de l'inclusion. « Comment ? », enfin : quelles sont les tensions concrètes, d'après l'analyse de la jurisprudence, entre les intérêts de l'entreprise et l'inclusion des personnes en situation de handicap et dans quelle mesure le droit antidiscriminatoire arbitre-t-il les intérêts en présence?

§9. Afin de répondre à toutes ces questions, la recherche repose principalement sur une méthodologie de droit comparé. Le droit antidiscriminatoire de l'Union européenne est à cet égard comparé au droit américain (États-Unis). Ce choix transatlantique s'explique par le rôle joué par l'Union européenne et par l'abondance du contentieux aux États-Unis en la matière. L'étude de plusieurs droits nationaux, au premier chef des droits français et britannique, et supranationaux (Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées notamment, ci-après « la Convention onusienne ») enrichissent la réflexion, suivant ainsi une approche intégrée des droits humains¹⁴. Ce fut nécessaire pour comprendre au mieux les relations entre droit antidiscriminatoire

et droit du travail.

La valeur ajoutée du droit antidiscriminatoire par rapport au droit du travail

§10. Comprendre l'importance du droit antidiscriminatoire implique de partir d'une analyse du contexte juridique dans lequel ce droit est convoqué pour arbitrer un conflit entre deux parties à un contrat de travail. Plus précisément, il faut étudier les liens entre le droit antidiscriminatoire, qui est un droit résolument catégoriel (la catégorie étant dans notre cas celle regroupant les personnes en situation de handicap) et le droit du travail, qui est un droit plus générique. Une telle étude vise à déterminer si le droit du travail répond déjà aux besoins des travailleurs ayant un handicap ou si, au contraire, il laisse des brèches qu'il revient au droit antidiscriminatoire de combler.

§11. Une telle étude est d'autant plus importante que si le droit antidiscriminatoire a été largement façonné à l'échelle supranationale (avec la Convention onusienne et la directive européenne 2000/78), il s'adosse à un droit du travail dont le contenu diffère par contre largement suivant le contexte national envisagé. Le droit antidiscriminatoire, harmonisé à l'échelle européenne, est ainsi tantôt sollicité dans un contexte où l'entreprise est déjà soumise, de manière générale, à des obligations importantes d'adaptation aux besoins de ses salariés, tantôt dans un contexte où elle est largement libre d'opérer les choix intéressant la gestion de ses ressources humaines. De telles réflexions sur l'inclusion s'inscrivent dans le cadre plus large des mutations du droit du travail, elles-mêmes engendrées par celles, plus économiques, du marché du travail. Le projet d'inclusion doit donc être examiné avec cet angle élargi pour comprendre les rapports de force en présence. Illustrons le propos avec quelques exemples.

§12. En droit américain, l'employeur est par principe maître de ses choix sur le licenciement, en vertu du principe de l'*employment-at-will*. Ce principe lui permet de mettre fin au contrat d'un salarié pour une « bonne » raison, une « mauvaise » raison, voire sans raison¹⁵. Une telle liberté se retrouve sous d'autres formes en Europe en raison d'une fragilisation de la protection juridique contre le licenciement¹⁶ et d'un recours croissant aux formes atypiques d'emploi pour lesquelles le droit du travail se révèle impuissant. Plus largement, de tels dispositifs renforcent la liberté de l'employeur, à laquelle le travailleur doit s'adapter¹⁷.

§12. La tension entre liberté et responsabilité, ou dit autrement flexibilité et inclusion, fut au cœur des affaires *HK Danmark*¹⁸ et *Ruiz Conejero*¹⁹ présentées à la Cour de justice de l'Union européenne (« la Cour de justice ») par la voie préjudicielle. Elles portaient sur le rapport entre le droit antidiscriminatoire de l'Union européenne et une règle de droit du travail (une règle danoise dans le premier cas, espagnole dans le second). En substance, chacune des règles en

cause dans ces affaires autorisaient l'employeur à licencier des travailleurs absents de leur poste de travail à compter d'une certaine durée (dans le cas danois, 120 jours ; dans le cas espagnol, 20 % des jours ouvrables au cours de deux mois consécutifs lorsque le total des absences au cours des douze mois précédents atteint 5 % des jours ouvrables ou 25 % au cours de quatre mois non consécutifs sur une période de douze mois - ci-après « le seuil d'absence »). La règle danoise autorisait le licenciement avec un préavis réduit même dans les cas d'absence liés à l'état de santé du salarié. La règle espagnole reposait sur le même principe de licenciement pour absence, en prévoyant cependant un certain nombre d'exceptions à la liberté de licenciement (par exemple quand l'absence est la conséquence du traitement médical d'un cancer ou d'une maladie grave). Le lien entre l'absence et le handicap ressortait en l'espèce, note la Cour de justice, en raison du risque accru pour les travailleurs en situation de handicap - comparé à un travailleur n'ayant pas de handicap - d'être absent, certaines absences étant la conséquence de maladies imputables à un handicap. Par conséquent, de tels travailleurs sont plus exposés au risque d'atteindre le seuil d'absence et donc de se faire licencier en application des règles litigieuses.

§13. Le gouvernement danois justifiait la règle litigieuse par deux objectifs : (i) l'objectif de permettre l'embauche et le maintien dans l'emploi de personnes ayant, au moins potentiellement, une capacité de travail réduite (l'employeur étant tenu au maintien du travailleur absent pendant au moins 120 jours), (ii) l'objectif supérieur d'un marché du travail flexible, conventionnel et sûr (point 85 de l'arrêt *HK Danmark (Ring et Skouboe Werge)*, ci-après l'arrêt « *HK Danmark* »²⁰). Le gouvernement espagnol dévoilait quant à lui l'objectif d'augmenter la productivité et l'efficacité au travail, et lutter contre l'absentéisme au travail afin d'éviter une augmentation induite du coût du travail pour les entreprises (point 41 de l'arrêt *Ruiz Conejero*) et ainsi « maintenir un équilibre entre les intérêts de l'entreprise et la protection et la sécurité des travailleurs, en évitant que cette mesure ne produise des situations injustes ou des effets pervers » (même arrêt, point 53).

§14. En l'espèce, il s'agissait de déterminer dans quelle mesure ces règles, qui s'inscrivent dans la politique de flexibilité du marché du travail au Danemark et en Espagne, pouvaient entraîner une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs en situation de handicap. Une telle discrimination se produit, d'après la directive 2000/78 :

« lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés

et nécessaires, ou que

ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. » (article 2, paragraphe 2, sous b).

§ 15. La condition du désavantage particulier à l'encontre des travailleurs ayant un handicap est bien remplie, comme évoqué ci-avant, en raison du lien entre handicap et absences pour raisons de santé (voir, arrêt *HK Danmark*, point 76 et arrêt *Ruiz Conejero*, point 39). Autre condition pour qu'une situation soit qualifiée de discrimination indirecte : la disposition, le critère ou la pratique doit ne pas être objectivement justifié(e) par un objectif légitime, alors que tel est le cas ici, énonce la Cour (les objectifs sont énoncés ci-avant). Enfin, les moyens de réaliser cet objectif doivent être, pour que la disposition, le critère ou la pratique en cause soit invalide juridiquement, ni appropriés ni nécessaires. En l'espèce donc, la règle de licenciement pour absence doit passer le test de proportionnalité pour être conforme au droit antidiscriminatoire de l'Union européenne.

§16. Dans les deux affaires, la Cour de justice a laissé au juge de renvoi le soin d'examiner la question de la proportionnalité. Dans l'affaire danoise, elle l'a invité à examiner si le législateur national a omis de tenir compte d'éléments pertinents qui concernent, en particulier, les personnes en situation de handicap, soulignant au passage que celles-ci rencontrent en général davantage de difficultés que les autres travailleurs pour réintégrer le marché du travail suite à la perte d'un emploi (arrêt *HK Danmark*, point 91). L'arrêt dans l'affaire espagnole s'inscrit dans la même ligne.

§ 17. Deux enseignements peuvent être tirés de ces arrêts. D'une part, les travailleurs en situation de handicap sollicitent le droit antidiscriminatoire, faute de pouvoir compter sur le droit du travail, voire pour remettre en question une règle de ce dernier droit (exemple, la règle du licenciement pour absence). D'autre part, de telles affaires font ressortir une fragilisation de la position des salariés de manière générale, notamment ceux en proie à des difficultés de santé. Le droit antidiscriminatoire apparaît comme une bouée de sauvetage dont le but serait de secourir aux personnes touchées par les insuffisances du droit du travail. Il apparaît également comme porteur d'un message à contre-courant de celui avalisé ou prôné par le droit du travail.

§ 18. À l'inverse, il arrive que le droit du travail offre des dispositifs véhiculant également le message d'adaptation, notamment pour des situations intéressant particulièrement les travailleurs en situation de handicap. Tel est le cas de certaines législations concernant l'incapacité du travailleur. Sans affirmer que les

concepts de handicap et d'incapacité se recoupent totalement, il faut admettre qu'ils se chevauchent lorsqu'un handicap donné entraîne une incapacité pour le travailleur de remplir ses obligations professionnelles. Dans ce dernier cas, le droit du travail français, par exemple, impose depuis longtemps²¹ à l'employeur de reclasser son salarié devenu inapte à assumer les tâches de son poste vers un autre emploi adapté à ses capacités au sein de l'entreprise ou des entreprises du groupe auquel il appartient.

Notons d'ailleurs que cette obligation française a un champ d'application particulièrement large puisqu'elle s'applique indépendamment de l'origine de l'incapacité, que celle-ci trouve son origine dans le milieu professionnel (accident du travail ou maladie professionnelle)²² ou en dehors²³. Dans un tel contexte, l'obligation de l'entreprise, au nom de l'obligation d'aménagement raisonnable du droit antidiscriminatoire, de reclasser le travailleur renforce un objectif d'adaptation de l'entreprise au travailleur déjà poursuivi par le droit du travail. Dans d'autres contextes au contraire, comme en droit américain et britannique, l'obligation du reclassement n'est pas prévue par le droit du travail, mais seulement en droit antidiscriminatoire²⁴. Ce dernier introduit alors, par la voie de l'obligation d'aménagement raisonnable, une nouveauté par rapport à l'existant²⁵.

§ 19. L'analyse du droit antidiscriminatoire, confronté au droit du travail, présente un tableau contrasté lorsqu'elle est menée de manière comparée. Dans certains cas, le premier droit nommé peut intervenir dans un contexte juridique davantage marqué par la liberté de l'entreprise qu'à sa responsabilité. Selon nous, ce dernier contexte n'est, *a priori*, pas le plus propice à laisser prospérer l'idée d'adaptation de l'entreprise que porte le droit antidiscriminatoire applicable au handicap. Les autres cas suivent le schéma opposé : le droit antidiscriminatoire conforte le message d'adaptation déjà existant dans le contexte juridique qui le réceptionne. Ce dernier scénario semble plus idoine pour véhiculer le message d'adaptation de l'entreprise au salarié.

§ 20. Il s'agit à ce stade d'hypothèses qu'il conviendra de vérifier dans la dernière partie de cette contribution. La prochaine partie porte sur la catégorie juridique que l'entreprise est appelée à inclure : les personnes en situation de handicap.

La métamorphose du concept de handicap : un facteur de l'élargissement de la responsabilité de l'entreprise

§ 21. Saisir le champ d'application personnel du droit antidiscriminatoire applicable au handicap n'est pas tâche aisée. Cela suppose de définir le concept-même de handicap, et, lorsque cela n'est pas évident, de déterminer si une situation donnée relève ou non de ce concept (ex. l'obésité comme nous allons le voir) en l'interprétant.

§ 22. En droit de l'Union européenne, il est revenu à la Cour de justice de construire la définition de ce concept, dont la directive 2000/78 ne porte aucune trace. En l'état du droit, le handicap est :

« une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »²⁶.

La Cour ajoute, dans le même arrêt, que la limitation doit être de longue durée.

§23. Cette définition étant annoncée, il faut en examiner les enjeux puis le processus de métamorphose auquel le concept de handicap au sens du droit antidiscriminatoire est soumis.

Les enjeux du concept de handicap en droit antidiscriminatoire

§24. Apparu hors du droit, le concept de handicap serait dérivé de l'expression anglaise *hand in cap*, littéralement « main dans le chapeau ». Celle-ci était employée pour un jeu dont le gagnant était le protagoniste ayant pioché au hasard, avec sa main (d'où le terme *hand*), l'objet de la plus grande valeur mis dans un chapeau²⁷ (en anglais, *cap*). Le perdant était cependant avantagé lors du tour suivant, « de sorte que les pertes et les gains étaient plus ou moins neutralisés au fil des tours de jeu »²⁸. L'étymologie du concept de handicap, utilisé aujourd'hui notamment en français et en néerlandais, comporte donc un lien avec l'égalisation des chances.

§ 25. Définir et interpréter le concept de handicap implique de composer avec trois contraintes : spécificité, technicité et diversité.

§ 26. Spécificité du concept juridique de handicap d'abord. Le droit antidiscriminatoire repose généralement sur une protection d'un nombre limité de critères. Dans un tel scénario, la personne alléguant une inégalité devant le juge doit démontrer qu'elle répond à l'un des critères protégés par le droit antidiscriminatoire, parmi lesquels figure le handicap. À défaut, elle risque de voir son action déclarée irrecevable *rationae personae*. Ceci est loin d'être un cas d'école dans le contentieux du handicap où il est fréquent que les parties au procès, par exemple dans un cas de licenciement, s'opposent sur cette question. Une telle contrainte est renforcée par le caractère « asymétrique » du concept de handicap. L'asymétrie du handicap se manifeste ainsi en pratique : soit une personne répond à la définition du handicap, et bénéficie de la protection du droit antidiscriminatoire applicable à ce critère ; soit elle n'y répond pas ; elle se trouve alors exclue du champ protecteur²⁹. Par contraste, démontrer que l'on relève du critère protégé n'est pas nécessaire pour les motifs « symétriques », tels que le genre (homme/femme). Dans ce cas en effet, c'est sur le fond de l'action que les débats se tournent (l'existence ou non d'une discrimination)³⁰ et non sur l'appartenance de la personne concernée (exemple une femme) au critère protégé par le droit antidiscriminatoire (le genre). Les deux facettes d'un motif symétrique (dans notre exemple, femme et homme) relèvent du champ d'application du droit antidiscriminatoire. Tel n'est cependant pas le cas pour le handicap en raison de son caractère asymétrique.

Une autre spécificité du concept de handicap tient à la protection supplémentaire dont ce critère bénéficie par rapport aux autres motifs de discrimination, protection matérialisée par l'obligation d'aménagement raisonnable. Citons l'exemple du droit antidiscriminatoire belge qui protège contre la discrimination en raison de l'état de santé³¹ mais qui n'oblige pas clairement l'employeur à procéder à des aménagements pour répondre aux besoins nés d'une maladie, par exemple en accordant un mi-temps thérapeutique pour un cancer (nous reviendrons toutefois sur cet aspect, voir ci-après point 38). Dans ce cas, il y a un intérêt certain à formuler juridiquement sa situation comme un handicap et non comme un critère *de facto* proche mais juridiquement moins bien protégé.

§ 27. Technicité du concept de handicap ensuite. Comme nous l'illustrerons ci-après (point 39), le concept de handicap est composé d'un maillon de sous-concepts, ce qui requiert parfois en pratique un effort probatoire important.

§28. Diversité des personnes en situation de handicap, enfin. La difficulté ici tient à l'équilibre entre deux objectifs. Premièrement, il faut mettre le concept de handicap à l'abri d'une définition trop étroite et protéger toutes les personnes en situation de handicap. Un tel objectif n'est pas aisé à atteindre, cette catégorie étant caractérisée par son hétérogénéité (handicaps physiques, mentaux, sensoriels, etc., chacune de ces catégories pouvant d'ailleurs se décliner en de multiples sous-catégories). Deuxièmement, et à l'inverse, ce travail ne doit pas

conduire à basculer dans l'infini³². Autrement, le concept de handicap en perdrait la singularité promise par le droit antidiscriminatoire, qui attache une importance spécifique aux personnes concernées. C'est en effet au nom de la spécificité de la situation et des besoins de ces personnes que l'entreprise est appelée à s'adapter.

§ 29. Les enjeux étant désormais exposés, il faut maintenant examiner la métamorphose du concept de handicap, telle qu'elle ressort de la jurisprudence récente.

La métamorphose du concept de handicap

La toile de fond : les modèles de handicap

§ 30. La tension entre les contraintes exposées dans la partie précédente (spécificité, technicité et diversité) ne s'arbitre pas de la même façon selon la compréhension du handicap qui est retenue³³. Cette compréhension porte souvent le nom de « modèle ». Deux modèles ressortent avec insistance en doctrine, l'un étant critiqué - le modèle médical -, l'autre étant loué - le modèle social. Le droit est appelé à définir le concept de handicap conformément à ce dernier modèle. Précisons le propos.

§31. D'après le modèle « médical »³⁴, le handicap serait le résultat de cette chaîne de causalité :

Maladie>Déficience>Incapacité>Désavantage³⁵

Cette chaîne n'est composée que de facteurs médicaux, et donc intrinsèques à l'individu³⁶. Le handicap est considéré, tout comme les étapes qui y mènent, comme une réalité médicale dont les effets doivent être anéantis, ou du moins minimisés afin que la personne rejoigne la normalité³⁷.

§ 32. Prenant le contre-pied du modèle médical, le modèle social insiste sur le rôle de l'environnement dans la création du handicap. L'association britannique *Union of the Physically Impaired Against Segregation*, actrice emblématique du mouvement de lutte des droits des personnes en situation de handicap, a posé les prémisses du modèle social dans les termes suivants :

« society causes our disablement by the way it is organised. Disability is something imposed on top of our impairments, by the way we are unnecessarily isolated and excluded from full participation in society »³⁸.

§ 33. L'idée s'affinera par la suite pour devenir la référence en la matière : les facteurs causant le handicap ne sont pas - ou du moins pas principalement³⁹ -

d'ordre médical (maladie, spécificité anatomique, etc.) mais environnemental. L'attention n'est ainsi plus seulement placée sur la condition médicale mais sur les barrières rendant l'environnement inadapté aux personnes concernées. L'illustration classique est celle de l'inaccessibilité d'un bâtiment pour les personnes se déplaçant en fauteuil roulant : c'est la barrière environnementale qui est en réalité la source de handicap, et non leur tétraplégie ou autre atteinte médicale contraignant à ce mode de déplacement. La doctrine du modèle social identifie d'autres barrières, de nature « sociale » ou « comportementale »⁴⁰, telles que la discrimination, les stéréotypes⁴¹ ou le déficit d'accompagnement⁴².

Sur le plan conceptuel, le modèle social repose sur une dichotomie entre la condition/l'atteinte médicale (en anglais *impairment*), d'une part, et le handicap d'autre part, le second résultant de facteurs multiples et non pas uniquement du premier⁴³.

§34. En droit, un basculement du modèle médical vers le modèle social s'est opéré dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Initialement, cette dernière avait défini le handicap, dans son arrêt *Chacón Navas*, comme une « limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle »⁴⁴.

Cette définition a été très critiquée en doctrine, car calquée sur le modèle médical⁴⁵. Le deuxième essai de définition intervint en 2013 avec l'arrêt *HK Danmark*, dans lequel la Cour a défini le concept de handicap dans un sens plus conforme au modèle social. Cette définition, que nous avons citée ci-avant (point 22), conçoit le handicap comme le produit d'une interaction entre l'élément médical - l'atteinte - et l'élément social représenté par les « diverses barrières », notamment « environnementales » et « comportementales »⁴⁶. Si cette discussion paraît théorique, plusieurs ont avancé, comme l'avocat général Wahl de la Cour de justice de l'UE, que le changement de modèle marqué par l'arrêt *HK Danmark* a entraîné un élargissement du concept juridique de handicap⁴⁷. Il s'agit du sujet abordé dans la prochaine partie.

La métamorphose juridique du concept de handicap

§35. L'arrêt *HK Danmark* marque une réelle évolution par rapport à l'arrêt *Chacón Navas*. Selon l'enseignement majeur de ce dernier arrêt, la maladie ne relève pas en tant que tel de la notion de handicap au sens de la directive 2000/78⁴⁸. Si ce principe reste toujours d'actualité, l'arrêt *HK Danmark* marque un rapprochement entre le concept de maladie et celui de handicap, ce dernier ne visant « pas seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie »⁴⁹. Ainsi, poursuit la Cour, la maladie « curable ou incurable » peut, sous certaines conditions⁵⁰, relever du concept de handicap au

sens de la directive. Le changement de définition s'appuie sur la Convention onusienne, à laquelle l'Union européenne est partie, qui sans donner de définition juridique *stricto sensu* du concept de handicap, en éclaire ainsi le sens :

« [p]ar personnes handicapées, on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

L'arrêt *HK Danmark* a ainsi marqué une reprise en droit de l'Union du concept onusien de handicap, à la différence près que la définition européenne est circonscrite au domaine de l'emploi. La justification de ce choix réside dans la limitation des compétences de l'Union européenne à ce domaine pour ce qui concerne la lutte contre les discriminations envers les personnes en situation de handicap. Par conséquent, en droit de l'Union, il faut démontrer une limitation de la participation de la personne concernée « à la vie professionnelle » (et non pas « à la société », comme il est écrit dans la convention onusienne)⁵¹.

Sous cette dernière réserve, plusieurs arrêts de la même Cour rendus depuis⁵² ont confirmé un réel élargissement du concept de handicap, ce dernier incluant, sous certaines conditions, des situations telles que l'obésité⁵³ ou l'incapacité temporaire de travail⁵⁴, pourtant classiquement considérées comme étant éloignées du concept de handicap.

§ 36. Même constat dressé par la cour du travail de Bruxelles, s'appuyant d'ailleurs sur l'arrêt *HK Danmark*, dans une affaire concernant une personne licenciée pour motif d'absence, dont l'origine était liée aux conséquences de son cancer⁵⁵. Les exemples se multiplieront sans doute à l'avenir en droit de l'UE, suivant ainsi le sillage de certains États comme le Royaume-Uni, où des situations telles que la dyslexie⁵⁶ ou le virus de l'immunodéficience⁵⁷ sont clairement des handicaps au sens du droit antidiscriminatoire. Il s'agit d'une réelle évolution en la matière : le handicap n'est plus seulement appréhendé de manière classique (surdité, cécité, tétraplégie, etc.). Le mouvement d'élargissement est cependant encadré.

Une métamorphose périmétrée

§ 37. L'élargissement du concept de handicap est encadré par plusieurs balises. L'une est de nature technique, l'autre de nature conceptuelle.

§38. Sur le plan technique, nous l'avons déjà dit, le concept de handicap est un maillon de sous-concepts figurant dans la définition de handicap. En résumé, en droit de l'Union, il faut une limitation de la participation de la personne concernée à la vie professionnelle résultant de l'interaction entre une atteinte médicale et diverses barrières, sachant que cette limitation doit être de longue durée. C'est

cette dernière condition que nous allons examiner maintenant. Elle fut au cœur de l'affaire *Mohamed Daouidi* présentée par le juge espagnol à la Cour de justice. Elle concernait un travailleur qui fut licencié en raison de son absence, elle-même due à une incapacité de travail. Le requérant soutenait devant le juge de renvoi que son licenciement était « discriminatoire », car fondé sur une incapacité de travail temporaire, laquelle devait selon lui être considérée comme un handicap au sens du droit antidiscriminatoire de l'Union⁵⁸. Contraint par le caractère exhaustif des motifs de discrimination protégés par le droit espagnol, le juge de renvoi demanda à la Cour de justice si la situation de Mr Daouidi relevait du concept de handicap. Pour répondre à cette question, elle s'est appuyée sur la convention onusienne, avant d'énoncer que la limitation constitutive du handicap doit être « de longue durée »⁵⁹ – sans préciser le sens exact de cette dernière expression⁶⁰.

L'arrêt belge sur le cancer, précité, s'inscrit dans la même ligne. La cour du travail de Bruxelles, faisant référence à l'arrêt *Daouidi*, confirma l'existence d'un handicap en l'espèce car le cancer de la requérante avait eu des conséquences durables⁶¹.

§39. En pratique cependant, l'interprétation de la condition de durabilité peut se révéler délicate. Tel fut le cas dans l'affaire *Daouidi*, dans la mesure où le licenciement litigieux intervint peu de temps (cinquante-trois jours précisément⁶²) après le début de la période d'incapacité. D'ailleurs, le gouvernement français, intervenu dans l'affaire, défendait que cette courte durée excluait d'emblée la durabilité de la limitation⁶³.

La Cour donne une grille en trois volets pour guider le juge au principal sur cette condition de durabilité : (i) le fait que la personne concernée se trouve en situation d'incapacité temporaire de travail pour une durée indéterminée, en raison d'un accident du travail, ne signifie pas, par lui-même, que la limitation de la capacité de cette personne peut être qualifiée de « durable », au sens de la définition du « handicap » au sens de la directive (ii) parmi les indices permettant de considérer qu'une telle limitation est « durable », figurent notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne, (iii) dans le cadre de la vérification de ce caractère « durable », il faut se fonder sur l'ensemble des éléments objectifs dont elle dispose, en particulier sur des documents et des certificats relatifs à l'état de ladite personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles. La Cour de justice a également noté au passage qu'à la date de l'audience devant le juge national, à savoir six mois environ après son accident du travail, le coude de Monsieur Daouidi était toujours plâtré, empêchant ce dernier d'exercer l'activité professionnelle en question⁶⁴.

L'examen de la condition de durabilité peut donc se révéler technique.

§ 40. Sur le plan plus conceptuel, plusieurs affaires font état d'autres évolutions du concept de handicap. Elles concernent les comportements envers des personnes ayant un lien plus ténu avec une situation de handicap. Deux situations sont ici visées.

§ 41. La première situation touche la personne ayant un proche en situation de handicap, et qui est ainsi « associée » à une telle personne. Dans son arrêt *Coleman*, la Cour de justice reconnaît l'interdiction de la discrimination par association sur le fondement de la directive 2000/78, protégeant ainsi une mère ayant subi des différences de traitement de la part de son employeur en raison du handicap de son fils⁶⁵.

§42. La seconde situation regroupe les cas de « handicap perçu », lequel s'oppose au handicap réel. Il s'agit d'un outil juridique de lutte contre les stéréotypes suscités par des atteintes médicales qui ne sont pas forcément limitatives de la capacité de travail de la personne concernée. Les racines de ce concept se trouvent en droit américain. Dans les travaux préparatoires du *Americans with Disabilities Act* est repris l'exemple du candidat non recruté en raison de sa séropositivité⁶⁶. Une telle association entre ce statut sérologique et le concept de handicap peut choquer : il est en effet désormais largement admis que le virus de l'immunodéficience peut être asymptomatique et donc sans conséquence sur la capacité de travail. Le concept de handicap perçu invite cependant à dépasser l'idée selon laquelle le handicap correspond seulement à une limitation de capacités, notamment celle de travail. Plus précisément, il s'agit de déplacer l'attention depuis l'atteinte médicale vers les barrières sociales - traduites ici par le rejet de la candidature d'une personne porteuse d'un virus souvent stigmatisé. L'idée portée par le modèle social trouve ici une application concrète, par la voie d'un élargissement supplémentaire de la protection antidiscriminatoire.

C'est dans cet esprit que Monsieur Kaltoft, requérant dans l'affaire éponyme présentée à la Cour de justice par la voie préjudicielle avait construit son action en justice. Plus précisément, il alléguait avoir été licencié en raison de son état d'obésité, tout en affirmant que cet état n'emportait pas de conséquences sur sa capacité de travail (il gardait des enfants à domicile). L'idée ne fut toutefois pas suivie par la Cour de justice qui laissa au juge de renvoi, le juge danois, le soin de vérifier, *in casu*, si l'obésité de Mr Kaltoft faisait obstacle à sa participation à la vie professionnelle « du fait d'une mobilité réduite ou de la survenance [...] de pathologies qui l'empêchent d'accomplir son travail ou qui entraînent une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle »⁶⁷. Retour à la case médicale donc : le handicap se pense ici comme une limitation de la capacité de travail directement liée à l'atteinte médicale.

En revanche, l'idée de handicap perçu a connu une application en droit national. Une décision du *Bundesarbeitsgericht*⁶⁸, juridiction suprême en Allemagne dans le domaine social, a clairement épousé la perspective sociale. L'affaire portait sur le refus de convertir la période d'essai d'un assistant chimiste en contrat de travail. Ce refus fut opposé alors que l'intéressé avait dévoilé sa séropositivité au médecin du travail chargé de l'examen médical d'embauche, lequel avait transmis l'information à l'employeur. Comme dans l'affaire *Kaltoft*, le requérant allait à contre-courant de la conception « classique » du handicap centrée sur une limitation réelle de la capacité. Or, la loi allemande conditionne le bénéfice du droit antidiscriminatoire à un handicap sévère⁶⁹. Se démarquant de la lettre du droit national, et s'appuyant sur la convention onusienne, la juridiction allemande a constaté en l'espèce l'existence d'un handicap, ici compris comme une incapacité de participer à un emploi en raison de préjugés :

« [l]'infection par le VIH dans le chef du requérant l'empêche de participer à la société. Peu importe que ses performances ne soient pas limitées. Il suffit qu'il soit susceptible d'être exposé à la stigmatisation dans les relations interpersonnelles et au travail [...] Ces préjugés et la stigmatisation issus de son environnement font de lui une personne handicapée [...] »⁷⁰.

§43. Avec les réserves ci-mentionnées, notamment celle de la durabilité de la limitation, le concept handicap s'élargit indéniablement sous l'impulsion de la Cour de justice et, plus encore, de la convention onusienne. Ce concept n'en reste pas moins un enjeu dans le contentieux.

§ 44. Les deux parties précédentes ont mis en lumière la pertinence, *ratione materiae* et *personae*, du droit antidiscriminatoire, qui participe d'une redéfinition de la responsabilité de l'entreprise. Celle-ci se trouve sollicitée, par la mobilisation du droit antidiscriminatoire, comme outil de protection contre le licenciement. Ceci est novateur car l'inclusion des travailleurs en situation de handicap est traditionnellement appréhendée par la voie de l'action positive pour le recrutement (par le dispositif du quota d'embauche). La responsabilité de l'entreprise dans l'inclusion de ces travailleurs est également en cours d'élargissement à la faveur de la métamorphose du concept de handicap.

Les déclinaisons de la responsabilité de l'entreprise

§45. En prélude de cette contribution, nous formulons la question de recherche suivante : comment le droit contribue-t-il à clarifier, par le droit antidiscriminatoire, le contenu et les contours de la responsabilité de l'entreprise dans l'inclusion des personnes en situation de handicap et contribue-t-il ainsi à arbitrer l'objectif d'inclusion avec les intérêts économiques de l'entreprise ?

Cette question nous mène désormais à identifier les déclinaisons de cette responsabilité, les tensions pouvant émerger et les méthodes de résolution de ces tensions. Les enseignements diffèrent selon le type d'adaptations envisagées. Si un référentiel normatif émerge clairement pour l'environnement physique et l'outil de travail (les adaptations de nature « matérielle »), l'affirmation est moins vraie pour celles ayant trait à la dimension immatérielle de l'emploi, qui se rapporte à l'embauche et au maintien dans l'emploi.

Le versant matériel de l'inclusion : des horizons normatifs en voie de consolidation

§46. L'inclusion professionnelle dépend largement de l'accessibilité de l'environnement de travail. L'accessibilité concerne l'environnement physique (exemple : l'installation de rampes d'accès pour éviter l'inaccessibilité). Elle concerne également l'environnement numérique (exemple : les sites internet), qui est devenu central dans le marché du travail contemporain. En substance, les normes imposent la possibilité de conversion d'informations dans un format « alternatif »⁷¹ afin de permettre entre autres aux utilisateurs malvoyants de lire le texte d'un site web grâce à une voie numérique⁷². L'Union européenne s'est d'ailleurs montrée particulièrement active sur le sujet en adoptant deux directives en la matière⁷³.

§47. Les normes d'accessibilité apportent une plus-value réelle pour l'inclusion qui n'est en effet plus seulement tributaire de demandes individuelles fondées sur l'obligation d'aménagement raisonnable. Au contraire, elle s'impose anticipativement. En sus de ce dernier bénéfice, c'est la précision des normes d'accessibilité qui permet une traduction concrète et efficace de la responsabilité de l'entreprise. Reste que, même dans sa version anticipative, l'inclusion est soumise à la limite économique. En effet, une entreprise soumise à des obligations d'accessibilité en est exonérée si leur application engendrerait pour elle une charge disproportionnée, ce qui rappelle l'axe nodal de l'obligation d'aménagement raisonnable.

§48. Notre étude comparative a permis dans ce cadre de mettre en lumière des différences de méthodologie de mise en accessibilité de l'environnement. D'un

côté, l'expérience française fait ressortir principalement une méthode non contentieuse de réalisation de l'accessibilité. Une telle procédure permet aux acteurs concernés d'identifier les défauts d'accessibilité, de chiffrer les coûts de la mise en accessibilité des lieux et d'explorer les voies de financement externes.

§ 49. La seconde méthodologie, particulièrement à l'œuvre aux États-Unis, est moins consensuelle. Les personnes en situation de handicap et associations représentatives s'appuient régulièrement sur l'outil judiciaire de l'action collective (*class action*) en vue d'obtenir des modifications de l'environnement. Un exemple récent est celui de l'accord conclu entre le *Department of Justice* et l'Université de Berkeley en Californie par lequel cette dernière s'est engagée auprès du premier nommé à résoudre les problèmes d'inaccessibilité en conformité avec le *Americans with Disabilities Act*⁷⁴. En rendant l'environnement universitaire numérique pleinement accessible, l'action du *Department of Justice* bénéficie non seulement aux étudiants mais aussi au personnel actuel et futur de l'Université. Plus largement, l'expérience américaine montre un engagement concret et efficace des autorités et des associations en faveur de l'accessibilité. Cela peut notamment s'expliquer par les moyens (financiers et de ressources humaines) qui leur sont accordées ainsi que par une conscience citoyenne particulièrement développée sur la question de l'inclusion des personnes en situation de handicap dans ce pays.

§ 50. Ainsi, la pratique du droit de l'accessibilité des deux côtés de l'Atlantique fait émerger un référentiel pertinent grâce à la précision des standards en la matière. Cette assise normative gagne à être bonifiée par une mise en mouvement effective sur le terrain. L'aspect largement financier de la question de l'accessibilité facilite l'examen de la proportionnalité de la charge représentée par la mise en accessibilité de l'environnement. Aussi, l'appui financier des autorités publiques peut se révéler particulièrement pertinent dans ce cadre.

De sérieux espoirs pour l'inclusion peuvent être nourris grâce au droit sur le versant matériel de l'accessibilité. Le référentiel est plus difficile à cerner pour ce qui concerne le versant immatériel.

Le versant immatériel de l'emploi : un référentiel plus complexe

§ 51. Le droit antidiscriminatoire s'applique à tous les aspects de la relation d'emploi. L'employeur a donc la responsabilité, lorsque le besoin se présente, de procéder aux aménagements nécessaires au recrutement d'un candidat en situation de handicap mais aussi au maintien de son salarié dans une telle situation dans son entreprise.

§52. La contribution du droit antidiscriminatoire est à notre sens relativement

modeste concernant la phase de recrutement, celle-ci permettant rarement de réunir les preuves démontrant qu'un refus de recrutement s'explique par une discrimination ou un refus d'aménagement raisonnable. Des relais par des outils endogènes à l'entreprise peuvent cependant se révéler moteurs pour l'inclusion. Sont ici visés les dispositifs de sensibilisation des chargés de recrutement et les politiques de responsabilité sociale de l'entreprise⁷⁵.

Malgré tout, une partie de la jurisprudence montre de claires tensions entre les règles applicables aux tests médicaux pré-embauche et les droits des personnes en situation de handicap⁷⁶.

§53. Sur les autres terrains de la responsabilité de l'entreprise - la gestion et le maintien du travailleur dans l'entreprise - l'analyse de la jurisprudence ne suscite guère plus d'espoirs. Le lecteur se souviendra sans doute de notre hypothèse selon laquelle le message d'adaptation porté par le droit antidiscriminatoire applicable au handicap prospère plus difficilement dans un système reposant sur la flexibilité du marché du travail, qui accorde davantage de poids à la liberté de l'entreprise qu'à sa responsabilité.

§54. L'hypothèse s'est vérifiée dans le contentieux *HK Danmark* évoqué ci-avant, concernant la règle danoise sur le licenciement pour absence avec un préavis réduit. La Cour de justice a renvoyé au juge danois le soin de déterminer si cette règle était proportionnée aux objectifs poursuivis par le législateur national. Dans un arrêt du 22 juillet 2015, la Cour suprême danoise a cependant écarté toute disproportion, considérant que les absences de la requérante dues à son handicap pouvaient être comptabilisées au titre du seuil de 120 jours à partir duquel l'employeur est autorisé à procéder au licenciement⁷⁷. La loi est donc la même pour tous les travailleurs, qu'ils aient ou non un handicap. Pourtant, certains employeurs sont plus en capacité que d'autres de maintenir un salarié absent. Il paraît donc regrettable de ne pas mener, pour les travailleurs en situation de handicap dont la position sur le marché du travail est fragile comme l'a noté la Cour dans l'arrêt *HK Danmark*, un contrôle de proportionnalité concret, suivant l'esprit de l'obligation d'aménagement raisonnable.

§55. L'analyse du droit américain conforte notre hypothèse selon laquelle un système juridique accordant de manière générale une place prépondérante à la liberté de l'entreprise est peu propice à laisser prospérer l'idée d'adaptation de l'entreprise aux travailleurs en situation de handicap. L'obligation d'aménagement raisonnable part de l'idée selon laquelle certaines entreprises, en raison de leur bonne santé financière et leurs ressources, doivent assumer une responsabilité accrue pour l'inclusion des travailleurs en situation de handicap. Cependant, la jurisprudence américaine sur le sujet du licenciement montre qu'une autre limite inscrite dans la définition de cette obligation paralyse le contrôle de proportionnalité. Nous l'annonçons en première partie, le droit américain prévoit,

comme la directive 2000/78 d'ailleurs, que ladite obligation ne peut avoir pour effet d'imposer à l'employeur de recruter ou maintenir en son emploi un travailleur qui ne peut remplir les « fonctions essentielles » du poste de travail en cause. D'après notre analyse, le juge américain tend largement à statuer en défaveur du travailleur en situation de handicap plutôt que de procéder à un véritable contrôle de proportionnalité. Cette approche est suivie de manière démesurée. Nous allons l'illustrer avec deux exemples : l'un sur les horaires de travail, l'autre sur la question du reclassement.

§ 56. Dans une affaire concernant une grande entreprise de livraison postale, les juges ont conclu que l'incapacité d'un salarié d'assumer des heures supplémentaires était contraire aux « fonctions essentielles »⁷⁸. Ce raisonnement balaie l'argumentation de ce dernier fondée sur l'obligation d'aménagement raisonnable. Le juge s'est notamment centré sur les effets d'une éventuelle dispense du travailleur d'accomplir des heures supplémentaires sur les collègues du travailleur concerné :

« If a driver is unable to deliver all the packages in his vehicle within eight hours, and is restricted from working overtime, other drivers must be sent to finish the deliveries, or packages will not be timely delivered; either alternative adversely affects UPS's business »⁷⁹.

Il est permis de remettre cette approche en question. Le salarié concerné était en l'espèce apte à remplir ses tâches professionnelles en suivant le temps normal de travail telle que prévu par le contrat de travail applicable. Ce n'est qu'à un segment réduit des attentes de l'employeur qu'il ne pouvait répondre, ne pouvant effectuer d'heures supplémentaires. Aussi, il faut noter que le juge n'a pas précisément examiné dans quelle mesure l'employeur était ou non en capacité de répondre au besoin du salarié en situation de handicap.

§ 57. Le second exemple tiré du droit américain illustre le conflit entre les demandes d'aménagement et les choix managériaux de l'entreprise dans le cas du travailleur dont l'état de santé (physique ou mentale) est devenu incompatible avec les exigences assignées à son poste au point que seul un reclassement vers un autre poste de travail lui permettrait de garder un emploi dans l'entreprise. La jurisprudence nous montre que l'aménagement de reclassement se heurte parfois à la politique compétitive de recrutement, consistant à sélectionner le « meilleur ». Le travailleur en situation de handicap souhaitant maintenir sa place dans l'entreprise doit ainsi passer le filtre compétitif. La décision *Huber v. Wal-Mart Stores*⁸⁰ est une application de cette logique. Dans cette affaire, le transfert vers une position vacante fut demandé par l'employée d'un supermarché qui ne pouvait plus occuper son poste, devenu trop exigeant physiquement pour elle en raison de ses problèmes physiques⁸¹. L'employeur l'invita à porter sa candidature pour un poste dans l'entreprise en suivant cependant la procédure de recrutement du

meilleur candidat. Son transfert ayant été refusé aux motifs qu'un autre candidat était « plus qualifié », Mme Huber assigna l'employeur sur le fondement de l'obligation d'aménagement raisonnable. La Cour d'appel trancha en faveur de l'employeur en ces termes :

« [i]n assigning the vacant router position to the most qualified applicant, Wal-Mart did not discriminate against Huber. On the contrary, Huber was treated exactly as all other candidates were treated for the Wal-Mart job opening, no worse and no better »⁸².

Une solution similaire fut donnée dans l'affaire *EEOC v. St Joseph Hospital*⁸³. La requérante ne pouvait plus tenir son emploi d'infirmière dans le service de l'hôpital où elle travaillait pour des raisons liées à son handicap⁸⁴. L'employeur lui proposa de présenter sa candidature à d'autres emplois disponibles au sein de son organisation, sans reconsidérer pleinement sa politique compétitive de recrutement. Les candidatures de l'intéressée à des emplois vacants pour lesquels elle était compétente furent rejetées, motif pris qu'elle n'était pas la meilleure candidate. La Cour trancha en faveur de l'employeur, s'appuyant sur un raisonnement centré sur les intérêts économiques de l'entreprise :

« as things generally run, employers operate their business for profit, which requires efficiency and good performance. Passing over the best-qualified job applicants in favor of less-qualified ones is not a reasonable way to promote efficiency or good performance ».

Sans être uniforme⁸⁵, cette solution est, à l'heure actuelle, clairement retenue par les juridictions de plusieurs ressorts juridictionnels américains. Selon cette optique, la liberté de l'entreprise prime clairement sur l'inclusion. Une telle jurisprudence peut légitimement nourrir certaines craintes dans l'application du droit antidiscriminatoire en Europe, dès lors que la directive 2000/78 contient également la limite des fonctions essentielles. L'arrêt *HK Danmark* pourrait atténuer ces craintes, la Cour admettant qu'une réduction du temps de travail peut être imposée à un employeur au titre de l'obligation d'aménagement raisonnable. Mais la portée de cet arrêt semble limitée, car intimement liée aux faits d'espèce : l'employeur fit le choix de licencier la requérante concernée alors qu'elle était apte à travailler à mi-temps avant de la remplacer par une salariée travaillant selon ce format horaire.

§ 58. La jurisprudence en droit français, droit traditionnellement attaché à la protection contre le licenciement, fait ressortir un examen concret de proportionnalité des décisions de licenciement des travailleurs relevant du concept de handicap. Tel est notamment le cas dans la jurisprudence sur le licenciement de travailleurs absents : le juge exige de l'employeur de démontrer, au titre du contrôle de proportionnalité, l'existence d'une réelle perturbation du

fonctionnement de l'entreprise et la nécessité du remplacement définitif du salarié absent⁸⁶.

Conclusion : un espoir et des craintes

§ 59. Le droit antidiscriminatoire nourrit de nombreux espoirs par son message d'adaptation aux besoins des travailleurs en situation de handicap. Ceci est bienvenu : une application stricte du principe d'égalité - consistant à appliquer la même règle pour tous - empêcherait l'inclusion de nombreux travailleurs dans cette situation. L'obligation d'aménagement raisonnable cristallise cette idée en droit, faisant ainsi émerger une responsabilité particulière de l'entreprise.

Cette responsabilité prend une ampleur accrue au niveau de la catégorie protégée. Le concept de handicap, tel qu'interprété en droit antidiscriminatoire selon une lecture plus conforme au modèle social du handicap, s'élargit incontestablement. Les rapprochements entre le concept de maladie et celui de handicap l'illustrent bien.

L'accessibilité de l'environnement de travail devient un terrain d'obligations non plus seulement réactives (via l'obligation d'aménagement raisonnable) mais également anticipatives grâce aux normes d'accessibilité.

Il y a en ce sens de réelles avancées sur le plan conceptuel, que ce soit pour dégager une obligation générale d'aménagement raisonnable, pour édicter des règles anticipatives d'accessibilité ou pour définir la notion juridique de handicap de manière large.

Sur le plan pratique, une distinction doit cependant être dressée entre deux catégories d'adaptations.

La question de l'accessibilité se prête plus aisément, surtout en droit américain, à un contrôle de proportionnalité dans la mesure où elle revient pour l'essentiel à confronter les ressources de l'employeur avec les coûts de l'adaptation de l'environnement.

En revanche, pour les questions qui se situent plus au cœur de la relation de travail, telles que la productivité ou la présence au travail, la clarification par le droit des contours de la responsabilité de l'entreprise est plus complexe. La jurisprudence suscite même des craintes, au vu de l'utilisation dans certaines décisions rendues outre-Atlantique de la limite des fonctions essentielles, paralysant le contrôle de proportionnalité. C'est dans ce cadre que la déférence des juges aux choix de l'employeur nous a paru particulièrement aiguë dans les ordres juridiques examinés. La jurisprudence française fait figure d'exception, le juge français évoluant dans un droit par principe plus exigeant en termes de contrôle de la proportionnalité des décisions de l'employeur.

Plus largement, nos craintes sont aussi nourries par la montée en puissance de

valeurs qui heurtent parfois de plein fouet le projet d'inclusion. La concurrence entre salariés, la flexibilité du marché du travail et l'augmentation du seuil de performance assigné aux travailleurs sont autant d'objectifs dont l'apparence légitime gagnerait à être repensée à l'aune de l'objectif d'inclusion. C'est la clé nécessaire pour une véritable mise en équilibre des intérêts en présence. L'affirmation vaut en particulier pour mieux protéger les travailleurs en situation de handicap contre le risque du licenciement et donner ainsi un sens plus concret au vœu d'un marché de travail inclusif.

1. La Commission n'est en rien engagée par les opinions exprimées dans cet article. L'auteur tient à remercier chaleureusement le Professeur Daniel Dumont et Valérie Thomas pour leurs conseils et leur accompagnement pendant le processus menant à la publication de cet article. J'ai également une pensée pour les Professeurs BRIBOSIA, RORIVE, DONY, HACHEZ, DE BECO et MERCAT-BRUNS, membres de mon jury de thèse, ainsi que pour le Prof. OPPENHEIMER qui a supervisé mon travail pendant mon séjour de recherches à l'Université de Berkeley (Californie). ←
2. Voir à ce titre la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTY « Union de l'égalité: Stratégie en faveur des droits des personnes handicapées 2021-2030 », 3 mars 2021, COM(2021) 101 final. ←
3. Chiffre donné sur le site de la Direction Générale Emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission européenne. URL : [Together for Rights: the Strategy for persons with disabilities - Employment, Social Affairs & Inclusion - European Commission \(europa.eu\)](#) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
4. Chiffre de 2021 donné par Eurostat : [Employment - annual statistics - Statistics Explained \(europa.eu\)](#) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
5. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE*, 2 décembre 2000, L 303, p. 16 (« la directive 2000/78 »), article 5. ←
6. Santoro E., « "Ha da, passa' 'a nuttata" : l'accommodement raisonnable, outil de coexistence fondé sur le respect des droits dans une société plurielle », in *Accommodements institutionnels et citoyens : cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles*, Tendances de la cohésion sociales n° 21, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010, p. 232. ←
7. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt *Carlos Enrique Ruiz Conejero contre Ferroservicios Auxiliares SA et Ministerio Fiscal*, 18 janvier 2018, C-270/16 (ci-après « l'arrêt Ruiz Conejero »). ←
8. Conclusions de l'avocate générale Sharpston du 19 Octobre 2017 sur l'affaire *Ruiz Conejero*, précitée, point 49. ←
9. De Schutter O., *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. Travail et Société, Bruxelles, Bern, Berlin, Francfort-sur-le-Main, New York, Oxford, Vienne, P.I.E.-Peter Lang, 2001, p. 54). ←
10. Blanck P., « Communicating the Americans with Disabilities Act, Transcending Compliance », Northwestern Univ., Washington, DC. Annenberg Washington Program in Communication Policy Studies, 1994, URL : <https://eric.ed.gov/?id=ED378732> (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
11. Voir par exemple, sur une étude concernant les compétences en mathématiques d'étudiants sur le spectre autistique: Foley-Nicpon M., Assouline S., Stinson R., « Cognitive and academic profiles of gifted students with autism or Asperger syndrome », *Gifted Child Quarterly*, 2012, 56(1), pp. 77-89. ←
12. Le Ministère du travail français s'exprime d'ailleurs en ce sens sur son site URL : [Label Diversité - Ministère du Travail, du Plein emploi et de l'Insertion \(travail-emploi.gouv.fr\)](#) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). L. Joly évoque à ce titre l'utilité de la « communication externe » par l'entreprise de son engagement pour l'inclusion (Joly L., *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2015, vol. 147, 484 p.,). Voir également en ce sens, *Trade Union Congress*, « Disability and work, A trade union guide to the law and good practice », 2010, URL: [Disability and Work: a trade union guide to the law and](#)

- [good practice | TUC](#), p. 20 (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). et Fasciglione M., *Corporate Social Responsibility and the Right to Employment of Persons with Disabilities*, International, European and National Perspective, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londres, Springer, 2015, pp. 171-193, p. 189. ←
13. *Trade Union Congress*, précité, p. 20. ←
 14. Cette approche intégrée appelle à étudier les sources de droits humains non pas de manière cloisonnée mais en faisant ressortir les éventuelles références croisées, migrations de concepts ou influences mutuelles entre celles-ci. Voir à ce titre l'article séminal, Brems E. « Should pluriform human rights become one? Exploring the benefits of human rights integration », *Journal européen des droits de l'homme*, 2014/4, pp. 447-470. ←
 15. Pour une étude historique de cette règle ainsi qu'une critique de cette doctrine sur le fondement du principe de justice, voir Cavico F., « Employment at Will and public policy », *Akron Law Review*, vol. 25, 1992, p. 499 et suivants. ←
 16. Harwood R., « 'The dying of the light': the impact of the spending cuts, and cuts to employment law protections, on disability adjustments in British local authorities », *Disability & Society*, 29:10, 2013, pp. 1511-1523 ; Laulom S., « Dismissal Law under challenge: new risks for workers », *European Labour Law Journal*, vol. 5, n°3-4, 2014, p. 232) et, de la même auteur, « La fragilisation du droit du licenciement : approche comparée », *Droit Social*, n° 6, 2016, pp. 499-501. ←
 17. Certaines affaires illustrent bien les difficultés d'appliquer le droit antidiscriminatoire hors de la relation classique employeur-salarié. Voir pour un exemple britannique, *Pimlico Plumbers Ltd and another (Appellants) v. Smith* [2018] UKSC 29 (jugement du 13 juin 2018). ←
 18. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 11 avril 2013, *HK Danmark agissant pour Jette Ring, contre Dansk almennyttigt Boligselskab* (C-335/11) et *HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S*, en faillite (C-337/11) (ci-après « l'arrêt HK Danmark »), point 76. ←
 19. Précité. ←
 20. Pour des commentaires de cet arrêt, voir notamment Chahira B., « Le handicap au travail selon le juge de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt Ring et Werge », *Revue du travail*, 2013, pp. 657-663 ; Dagorne-Labbe Y., « Évolution européenne de la notion de handicap, Cour de justice de l'Union européenne, 11 avril 2013 », *Petites affiches*, 25 juin 2013, pp. 5-15 ; Damamme J., « La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination », *JEDH*, 2013/5, pp. 836-858. Pour les jugements danois sur cette affaire, voir Cour maritime et commerciale, U.2014.1223S et SH2014.F-0013-06 (cités par Eidsvaag T. et Inghammar A., "The definition of disability under EU law and its impact on the protection of persons with disabilities in Denmark, Norway and Sweden", *European Journal of Social Law*, 2016/4, p. 255, note 109). ←
 21. Elle s'applique à tous les employés déclarés inaptes (indépendamment de la raison de l'inaptitude) depuis une loi de 1992, qui précède la transposition en droit français de la directive 2000/78. Loi du n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JORF* du 1er janvier 1993, p. 19. ←
 22. Code du travail français, article L. 1226-10. ←
 23. *Ibid*, article L. 1226-2. ←
 24. Befort S., « The Most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues Reassignment and Leave of Absence », *37 Wake Forest Law*, 2002, pp. 439-472. ←
 25. Voir pour un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne portant sur cette question, arrêt *HR Rail*, 10 février 2022, C-485/20. ←
 26. Arrêt *HK Danmark*, précité, point 38. ←
 27. Pour les utilisations postérieures de l'expression, notamment dans le domaine équestre, voir Ville I., Fillon E. et Ravaud J-F., *Introduction à la sociologie du handicap. Histoire politiques et expériences*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2014, p. 61. ←
 28. Cohen D., « La notion de handicap » in Amrani Mekki S. et Boujeka A., *Contentieux et handicap*, 2010, Paris, IRJS éditions, p. 11 ; Vanderstraeten M., « Définir, c'est exclure : le cas du handicap », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2015/1, p. 104. ←

29. Cette spécificité est soulignée, notamment en droit américain (Emens E., « Disabling Attitudes: U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act », 60 *The American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 226) et en droit de l'UE (voir par exemple Waddington L., « Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability », *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 15 (1-2), 2015, pp. 13-14). ←
30. A moins que ne soit discutée en amont la question de l'applicabilité *rationae materiae* du droit antidiscriminatoire. En effet, un tel droit n'est par nature pas applicable dans tous les domaines de la société. ←
31. La loi du 10 mai 2007 offre d'ailleurs une liste riche de motifs de discrimination au rang desquels figurent l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale. ←
32. Certains formulent l'idée en identifiant des écueils de la « sous- » et de la « sur- » inclusion (*over- et under-inclusiveness*). Bamforth N., Malik M. et O'Conneide C., *Discrimination Law: Theory and Context*, Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 198. ←
33. *Ibid*, « the theoretical approaches to disability [...] will also be of considerable significance in defining 'disability' », p. 1010. ←
34. Ce modèle trouve son expression la plus représentative dans la *Classification Internationale des Handicaps : déficiences, incapacités et désavantages* de l'Organisation Mondiale de la Santé (l'OMS), traduction de l'anglais « *International Classification of impairments, disabilities, and handicaps* ». URL : https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41005/9782877100205_fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y_9782877100205_fre.pdf (who.int) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). La classification, publiée par la résolution WHA29.35 de l'Assemblée Générale de l'Organisation mondiale de la santé, est l'aboutissement d'un projet dirigé par l'épidémiologiste P. Wood. ←
35. En anglais : Disease (or disorder) > Impairment > Disability > Handicap. ←
36. Cette lecture du modèle médical est largement admise dans la doctrine juridique. Voir notamment Perju V., « Impairment, Discrimination, and the Legal Construction of Disability in the European Union and the United States », 44 *Cornell International Law Journal*, 2011, p. 337 (« the medical model underscores the relevance of factors intrinsic to the medical impairment »). ←
37. Barnes C., « The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant? », in Watson N., Roulstone A. et Thomas C., *The Routledge Handbook of Disability Studies*, Londres, Routledge, 2012, pp. 12-29 (« [a]s impairments are presented as the root cause of disability, logic dictates that they must be eradicated, minimised or 'cured' », p. 20). ←
38. « Union of the Physically impaired Against Segregation and the Disability Alliance discuss Fundamental Principles of Disability », 1976, URL : [fundamental_principles.PDF](https://www.leeds.ac.uk/~leeds/leeds.ac.uk/fundamental_principles.PDF) (leeds.ac.uk), p. 4. (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
39. On notera à cet égard qu'au moins deux catégories émergent parmi les auteurs se réclamant du modèle social. Pour certains, les facteurs médicaux font partie intégrante de l'expérience du handicap. Pour d'autres, aucune relation de causalité ne peut être établie entre lesdits facteurs et le handicap. Comparer Shakespeare T. et Watson N., « The social model of disability: an outdated ideology? », *Research in Social Science and Disability*, 2002, Vol. 2, pp. 9-28, p. 14 (membres du premier groupe) avec Oliver M., « Defining Impairment and Disability: Issues at Stake » in Barnes C. et Mercer G. (dir.), *Exploring the divide: Illness and Disability*, Leeds, The Disability Press, 1996, p. 42 (« (...) there is no causal relationship between impairment and disability »). ←
40. Oliver M., *op. cit.*, p. 41-42 ; Crow L., « Including all of our lives: Renewing the social model of disability », in Barnes C. et Mercer G., *op. cit.*, p. 58. ←
41. Samaha A., « What good is the social model of disability », *Chicago Public Law and legal theory working Paper*, n° 166, 2007, p. 12. ←
42. Crow L., *op. cit.*, p. 55 (« I was being disabled - my capabilities and opportunities were being restricted - by prejudice, discrimination, inaccessible environments and inadequate support »). ←
43. *Ibidem* (« it allows a clear distinction to be made between disability and impairment, with an emphasis on tackling disabling barriers »). ←

44. Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, arrêt *Sonia Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA*, 11 juillet 2006, C-13/05, point 43 (ci-après « l'arrêt *Chacón Navas* »). ←
45. Waddington L., « Case C-13/05 *Chacón Navas v Eurest Colectividades SA* », 2007, 44 *Common Market Law Review*, p. 491 ; de la même auteur, « Saying all the right things and still getting it wrong », *The Court of Justice's Definition of Disability and Non-Discrimination Law*, *MJ*, Vol. 22, 2015, p. 579 ; Hosking D., « A High Bar for EU Disability Rights », 36 *ILJ*, 2007, p. 233. ←
46. Conclusions de l'avocat général Wahl du 26 septembre 2013 sur l'affaire Z. (C363/12) note 27 (se référant au préambule de la convention onusienne, *litera* (e)). ←
47. *Ibid*, points 83-84. ←
48. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt *Sonia Chacón Navas*, point 57. Cette position a d'ailleurs été confirmée par la Cour dans l'arrêt *HK Danmark*, précité, points 44-47. ←
49. *Ibid*, points 40-41. ←
50. Arrêt *Ruiz Conejero*, point 41. ←
51. Pour une illustration concrète de l'importance de cette nuance, voir arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, Grande chambre, du 18 mars 2014, *Z contre A Government Department and the Board of management of a community school*, C-363/12. ←
52. Voir également Cour de justice de l'Union européenne, arrêt *Petya Milkova contre Izpalnitelen direktor na Agentsiata a privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, 9 mars 2017, C-406/15, point 36 ; arrêt *Ruiz Conejero*, point 28 ; arrêt *DW contre Nobel Plastiques Ibérica SA, Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), Ministerio Fiscal*, 11 septembre 2019, C-397/18, point 41. ←
53. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt *Fag og Arbejde (FOA), agissant pour Karsten Kaltoft contre Kommunernes Landsforening (KL), agissant pour la Billund Kommune*, 18 décembre 2014, C-354/13 (ci-après « arrêt *Kaltoft* »), points 53, 59 et 64, point 41 (« l'arrêt *Kaltoft* »). ←
54. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 1er décembre 2016, *Mohamed Daouidi contre Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, C-395/15 (ci-après « l'arrêt *Daouidi* », point 45). ←
55. Cour du travail de Bruxelles (3ème ch.), 20 février 2018, n° 2016/AB/959, *Madame Maaïke H contre M(...) N.v. M(...)*. Voir notre commentaire « Les définitions du handicap », pp. 121-150, in *Les grands arrêts en matière de handicap*, Hachez I. et Vrieling J., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 223-249. ←
56. Pour un exemple récent en droit britannique, voir *Employment Tribunal, Miss Kumulchew v. Starbucks Coffee Company Uk Ltd, Mr Vishal Balle, Ms Sharon Sherett*, 23011217/2014 G, jugement du 17 décembre 2015. ←
57. *Equality Act, schedule 1, part 1, § 6*. ←
58. Arrêt *Daouidi*, point 29. Le requérant s'appuie sur la directive 2000/78 et l'arrêt *HK Danmark*. ←
59. Arrêt *Daouidi*, points 45-49. A. Boujeka identifie la genèse de cette condition de durabilité dans l'arrêt *Chacón Navas*, précité, où la Cour de justice de l'Union européenne annonça timidement qu'« il doit (...) être probable » [*que la limitation] soit de longue durée* » (point 45 de l'arrêt). Boujeka A., « La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne », *Dalloz*, 2017, p. 1101. ←
60. Notons que la Cour relève dans l'arrêt *Daouidi* qu'en l'absence d'un renvoi exprès au droit des États membres, la condition de durabilité doit faire l'objet d'une « *interprétation autonome et uniforme* » (point 51). ←
61. Points 27-29 de l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles (3ème chambre), 20 février 2018, précité. ←
62. *Ibid*, point 50. ←
63. *Ibidem*. ←
64. Arrêt *Daouidi*, point 59., ←

65. Cour de justice de l'Union européenne, Grande chambre, *S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law*, 17 juillet 2008, C-303/06. Pour des commentaires, voir Waddington L., « Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008, not yet reported », *Common Market Law Review*, 2009, pp. 665-681 ; Boujeka A., « Le handicap par association. Note sous CJCE, Grande chambre, 17 juillet 2008, *S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, C-303/06 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, pp. 865-875. ←
66. Reisman M., « Traveling to the Farthest Reaches of the ADA, or Taking Aim at Employment Discrimination on the Basis of Perceived Disability », *Cardozo Law Review*, 2005, pp. 2121-2182. ←
67. *Ibid.*, point 64, lu à la lumière des points 59 et 60. ←
68. *Bundesarbeitsgericht*, 6. Senat, 19 décembre 2013, AZR 190/12. ←
69. « *Schwerbehinderung* », *Sozialgesetzbuch VI*, s. 2.2 et 2.3. ←
70. « [d]er Kläger wird durch seine HIV-Infektion im erforderlichen Maß an der Teilhabe am Leben beeinträchtigt. Unerheblich ist dabei, dass seine Leistungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist. Es genügt, dass er in interpersonellen Beziehungen und bei der Arbeit Stigmatisierungen ausgesetzt sein kann [...] Diese Vorurteile und Stigmatisierungen seiner Umwelt machen ihn zu einem Behinderten [...] » (*Bundesarbeitsgericht*, précité, § 79). ←
71. Pour reprendre l'exemple du logiciel de lecture d'écran, celui-ci permet l'accès à l'information transmise par l'image au moyen d'un texte alternatif à celle-ci. ←
72. En anglais le « text-to-speech ». Easton C., « Revisiting the law on website accessibility in the light of the UK's Equality Act 2010 and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities », *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 20, 2012, n° 1, p. 21. ←
73. Directive 2016/2102/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public, *JOUE L 327* du 2 décembre 2016, p. 1. Pour un commentaire, voir Ngo M-A., « Les premiers pas de l'e-accessibilité : analyse de la directive 2016/2102 », *Revue européenne du droit de la consommation*, 2016/2, pp. 261-275. Voir également la Directive (UE) 2019/882 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services, *JOUE L 151* du 7 juin 2019, pp. 70-115. ←
74. Voir sur le site du *Department of Justice*. URL : [Justice Department Secures Agreement with University of California, Berkeley to Make Online Content Accessible to People with Disabilities | OPA | Department of Justice](#) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
75. Certaines contributions issues des sciences de gestion font déjà état d'un tel engagement. Naschberger C., « La mise en œuvre d'une démarche « diversité en entreprise ». Le cas de l'intégration des personnes en situation de handicap », *Management & Avenir*, Vol. 18, 2008/4, p. 42-56 ; Aubouin N., « La RSE, un enjeu d'apprentissage organisationnel. Le cas de l'intégration professionnelle des personnes en situation de handicap », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/1, n° 253, pp. 79-87. ←
76. Voir à ce sujet l'excellente contribution d'Olivier de Schutter, « Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities: Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health Safety Regulations under European Union Law », rapport pour le *European Union Network of Experts on Disability Discrimination*, 2004, URL : [Pre-Employment Medical Examinations and Health and Safety Barriers to the Employment of Persons with Disabilities : the Challe \(uclouvain.be\)](#). (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
77. Voir le flash report de Pia Justesen, experte danoise du réseau européen des juristes en droit de la non-discrimination. URL : [FLASH REPORT \(equalitylaw.eu\)](#) (consulté en dernier lieu le 21 avril 2023). ←
78. *Faidley v. United Parcel Service of America, Inc.*, No. 16-1073 (8ième circuit 2018) ←
79. *Ibid.* ←
80. *Huber v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 486 F. 3d. 480 (8ième circuit 2007). ←
81. Selon le titre en anglais de sa fonction difficilement traduisible en français « *dry grocery order filler* ». ←

82. *Huber v. Wal-Mart Stores*, précité. ←
83. *EEOC v. St Joseph Hospital, Inc.*, 7 décembre 2016 (*appeals from the United States District Court from the Middle District of Florida*). ←
84. En l'occurrence, l'employée ne pouvait plus assumer sa fonction d'infirmière dans le service où elle travaillait motif pris que la cane qu'elle devait utiliser pour des raisons de santé représentait une arme potentielle par les patients de l'établissement. ←
85. Pour des décisions où les juges n'adhèrent pas à cette approche, voir notamment *Smith v. Midland Brake, Inc.*, 180 F.3d. 1154, 1165 (10th Cir. 1999) ; *E.E.O.C v. United Airlines Inc.*, 693 F. 3d. at 764-765 (7ième circuit 2012). ←
86. Pour deux exemples, voir Cass. Soc. 8 avril 2009, n° 07-43.909, D. 2009, p. 1210, 30 avril 2009 et Cass. Soc. 23 janvier 2013, n° 11-28-075. ←