

Droit et Handicap dans la Grande Région
De l'enfance à l'âge adulte, état des lieux.

Les recours aux hard law et soft law dans le traitement des personnes handicapées en droit européen du travail

Björn Schümann¹

Citer cette publication : Björn Schümann, « Les recours aux hard law et soft law dans le traitement des personnes handicapées en droit européen du travail », Droit et Handicap dans la Grande Région De l'enfance à l'âge adulte, état des lieux.

¹ Assistant scientifique Europa Institut, Université de la Sarre.

Les recours aux hard law et soft law dans le traitement des personnes handicapées en droit européen du travail

Björn Schümann a présenté ce mémoire dans le cadre de son double diplôme de Licence droit français et allemand / Zertifikat Studien des Deutschen und Französisches Recht alors qu'il était étudiant au Centre Juridique Franco-Allemand. Son travail a été récompensé par le prix d'excellence de l'Université franco-allemande. L'auteur analyse ici le régime juridique des travailleurs en situation de handicap.

Il dresse tout d'abord le portrait des mesures de l'Union européenne dans le domaine de l'intégration professionnelle des personnes en situation de handicap. Ces mesures relèvent en majorité de ce que l'on désigne comme la soft law prouvant l'intérêt précoce européen pour ce sujet. Le tournant législatif aura lieu par la directive 2000/78/CE, mettant en avant la notion d'aménagements raisonnables que la Cour de Justice de l'Union européenne encadrera. L'auteur n'oublie pas d'aborder les limites que présentent tant le droit primaire que secondaire de l'Union en la matière.

Outre le Droit de l'Union, l'auteur analyse le cadre juridique relevant du champ de compétence du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe est lui marqué par l'absence d'article propre au handicap dans son texte phare, la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la Charte sociale européenne a, en partie, comblé cette omission, des outils de soft law, tels que des recommandations ou plans d'action, changèrent le paradigme premier adopté par l'organisation internationale.

Björn Schümann hat diese Seminararbeit im Rahmen seines Doppelabschlusses Licence de droit français et allemand / Zertifikat Studien des Deutschen und Französischen Rechts während seines Studiums am Centre Juridique Franco-Allemand vorgelegt. Seine Arbeit wurde mit dem Exzellenzpreis der Deutsch-Französischen Hochschule ausgezeichnet. Der Autor analysiert den rechtlichen Rahmen von Arbeiternehmern mit Behinderung.

Zunächst stellt er die Maßnahmen der Europäischen Union im Bereich der beruflichen Integration von Menschen mit Behinderung dar. Diese Maßnahmen fallen meist unter das sogenannte „Soft Law“ und bestätigen somit das frühe europäische Interesse an diesem Thema. Mit der Richtlinie 2000/78/EG kam es zum legislativen Wendepunkt. Diese führte das Konzept der angemessenen Vorkehrungen ein, welches der Europäische Gerichtshof präzisiert. Der Autor geht sowohl auf die Grenzen des Primärrechts als auch des Sekundärrechts der EU in diesem Bereich ein.

Neben dem Recht der Europäischen Union analysiert der Autor den rechtlichen Rahmen, der in den Zuständigkeitsbereich des Europarates fällt. Dabei fällt auf, dass in seinem wichtigsten multilateralen Vertrag, der Europäischen Menschenrechtskonvention, kein spezifischer Artikel zu dem Thema Behinderung enthalten ist. Während die Europäische Sozialcharta diese Lücke zum Teil geschlossen hat, haben sogenannte Soft Law Instrumente wie Empfehlungen oder Aktionspläne das ursprüngliche Paradigma der internationalen Organisation verändert.

Table des matières

I. – La promotion de l'Union européenne des mesures antidiscriminatoires des personnes handicapées en matière de travail : entre stratégies politiques et droit coercitif

A. L'anti-discrimination des personnes handicapées dans le monde professionnel : un objectif politique de longue date de l'Union européenne

1. La mise en avant de stratégies visant les employés handicapés dans un domaine dominé par une compétence nationale

2. L'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : le caractère programmatique d'un texte contraignant

B. La rareté des interventions législatives : la directive 2000/78/CE, bouleversement stratégique au profit des personnes handicapées dans le monde professionnel

1. La diversité des problèmes de la directive soulevée par une jurisprudence peu abondante

2. La transposition de la directive en droit national : les exemples de la France et de l'Allemagne

II. – Le Conseil de l'Europe engagé sur plusieurs voies dans la lutte contre la discrimination des personnes handicapées en matière d'emploi

A. La Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte sociale européenne : une protection différente par deux textes aux valeurs contraignantes différentes

1. L'inexistence de la notion de handicap dans la Convention européenne comblée par la reconnaissance explicite par la Cour européenne des droits de l'Homme

2. La Charte sociale européenne : premier traité des droits de l'homme à mentionner explicitement le handicap avec portée juridique limitée

B. Les stratégies politiques entamées au profit des employés handicapés

La Commission européenne estime qu'à partir de 2020, près de 120 millions d'européens seront atteints d'un handicap, à savoir 29.5 % des femmes et 24.5 % des hommes de la population totale. Même si les personnes handicapées ont un droit au travail comme toute autre personne et même si la directive « emploi » 2000/78/CE interdit toute discrimination dans le domaine du travail, l'accès à l'emploi pose une des plus grandes difficultés pour les personnes handicapées encore aujourd'hui. Malgré une multitude d'efforts sur des divers niveaux internationaux et nationaux, la crise économique a compliqué l'amélioration de la situation sur le marché du travail des personnes handicapées. Seulement 48.7 % des personnes handicapées sont employées, contrairement à 72.5 % des personnes non handicapées.²

Les questions traitant de l'anti-discrimination et l'accès à l'emploi des personnes handicapées sont un domaine politique assez récent et il est notable que ce sont, pour la plupart, des institutions internationales qui poussent leurs États membres vers une harmonisation de leurs ordres juridiques respectifs au profit d'une lutte contre la discrimination des personnes handicapées. À cet égard, il est utile d'étudier l'influence qu'avait la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, désormais ratifiée par l'Union européenne et la majorité des États membres, même si elle est dépourvue d'effet direct en droit européen.³ En effet, l'harmonisation du droit de l'Union et du droit des États membres prend ici sa source dans le droit international.⁴

Une difficulté qui continue à se poser devant les diverses juridictions nationales et internationales est la définition du handicap. Même après une définition donnée par la Cour de justice de l'Union européenne, il n'existe pas d'uniformité, d'un côté parce que la Cour refuse de s'inspirer des droits nationaux au profit d'une définition autonome et de l'autre côté parce que cette définition ne s'applique qu'en matière d'emploi. Le seul consensus

² Chiffres actuels de Février 2017, issus du Progress Report on the implementation of the European Disability Strategy (2010-2020) de la Commission, p. 4, SWD(2017) 29 final.

³ CJUE, 18 mars 2014, aff. Z, C-363/12, point 90.

⁴ S. Robin-Olivier, Manuel de droit européen du travail, 1^{ère} éd., 2016, p. 326.

entre juristes en matière de définition du handicap semble être le choix à effectuer entre les modèles médical et social du handicap, distinction élaborée par l'Organisation mondiale de Santé.⁵ Dans le modèle médical, le handicap est perçu comme un « *problème de la personne, conséquence directe d'une maladie, d'un traumatisme ou d'un autre problème de santé, qui nécessite des soins médicaux fournis sous forme de traitement individuel par des professionnels.* » Le traitement du handicap vise la guérison ou l'adaptation de l'individu, ou le changement de son comportement. Les soins médicaux sont perçus comme étant la principale question et, au niveau politique, la principale réponse est de modifier ou de réformer les politiques de santé.

Dans le modèle social, par contre, le handicap est perçu comme étant principalement un « problème créé par la société et une question d'intégration complète des individus dans la société. Le handicap n'est pas un attribut de la personne, mais plutôt un ensemble complexe de situations, dont bon nombre sont créées par l'environnement social. » Ainsi, la solution au problème exige-t-elle que des mesures soient prises en termes d'action sociale, et c'est la responsabilité collective de la société que d'apporter les changements environnementaux nécessaires pour permettre aux personnes handicapées de participer pleinement à tous les aspects de la vie sociale. Selon ce modèle, le handicap est une question politique.

Dans la recherche d'une définition du handicap, il est important de prendre en compte le domaine dans lequel cette définition est utilisée. En effet, il y a une différence d'approche entre le handicap au sens de la législation anti-discrimination et le handicap au sens de la législation sociale : « Dans le premier cas, il importe que la définition soit large afin d'assurer une plus grande protection contre la discrimination et les préjugés, tandis que, dans le deuxième, il est nécessaire d'établir une définition limitée du handicap dans la mesure où celui-ci ouvre droit à une aide financière et à d'autres avantages dont il revient à l'État d'assumer le

⁵ Classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé, OMS, 2001, p. 21, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42418/9242545422_fre.pdf;jsessionid=DD940C1835E2629913B14EFC1A50D77E?sequence=1 (Sauf indication contraire, tous les liens web ont été consultés pour la dernière fois le 01/05/2021).

coût. La protection contre la discrimination n'implique pas de la part de l'État des engagements du même ordre. C'est la raison pour laquelle si les tribunaux devaient interpréter la protection contre la discrimination fondée sur le handicap comme s'appliquant exclusivement aux personnes qui ont été reconnues handicapées par les services de protection sociale, le groupe de population ciblé par les législations nationales s'en trouverait réduit à l'excès. »⁶

En ce qui concerne le domaine de l'anti-discrimination, une autre différence d'approche est notable. Par rapport à d'autres raisons de discrimination, une égalité de traitement n'est parfois même pas le but envisagé en matière des personnes handicapées. Le critère du handicap, comparé, par exemple, à la race ou à l'orientation sexuelle, se distingue ainsi par le fait qu'il peut requérir la mise en œuvre de solutions spécifiques, afin de surmonter une difficulté d'accès à l'emploi dont la personne handicapée est victime, cette difficulté ne provenant pas d'un préjugé défavorable, mais d'une difficulté objective ; interdire la discrimination n'est pas suffisant pour assurer une véritable égalité des personnes permettant aux membres du groupe défavorisé de participer aux activités économiques et sociales.⁷

En outre, il n'existe aucune symétrie entre personnes handicapées et non handicapées, les personnes qui ne sont pas handicapées ne peuvent prétendre au bénéfice des droits accordés aux personnes handicapées, sans pour autant que cela constitue une atteinte au principe de non-discrimination. Les dispositions du droit de l'Union visent, à titre d'exemple, davantage à faire cesser le désavantage subi par les personnes handicapées qu'à garantir à tous le droit fondamental à l'égalité.⁸ Cette asymétrie est susceptible d'exclure des individus qui ne sont pas « suffisamment handicapés » de la jouissance des dispositions antidiscriminatoires. La définition large ou restreinte du handicap par les

⁶ *L. Waddington et A. Lawson*, rapport de la Commission de juillet 2009, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 19 ; *H. Ribal et J. Charruan*, La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne, RDSS, 2013, p. 843.

⁷ *S. Robin-Olivier*, Manuel de droit européen du travail, 1^{ère} éd., 2016, p. 325.

⁸ *S. Robin-Olivier*, Manuel de droit européen du travail, 1^{ère} éd., 2016, p. 325 s.

juridictions décide alors si une personne est protégée par la loi ou pas. Si cette personne doit prouver son handicap, une telle preuve n'est pas requise dans d'autres domaines de discrimination (comme celle fondée sur l'ethnie ou le sexe).⁹

Sur le niveau européen, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe s'engagent depuis des décennies dans l'amélioration de la situation des personnes handicapées. Si l'inclusion des personnes handicapées dans le monde professionnel est un objectif majeur du fait de son potentiel économique, ces deux institutions européennes font souvent face à des hésitations étatiques qui ont peur de coûts déraisonnables pour le gouvernement ou trop de nouvelles difficultés pour les employeurs. Pour détourner ce frein au développement des droits économiques et sociaux des personnes handicapées, les institutions ont entamé une multitude de stratégies politiques et législatives différentes. Si la directive 2000/78/CE de l'Union est probablement la mesure la plus effective au profit des travailleurs handicapés, il existe également des conventions et chartes de droits à valeur contraignante différente. A côté de ce *hard law*, le *soft law* joue un rôle fondamental dans l'avancement des droits des personnes handicapées même en l'absence d'une compétence législative en la matière pour l'Union ou le Conseil. Le premier est un ensemble de règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique.¹⁰ Le *soft law* (droit mou) prend la forme d'une règle de droit, mais qui se contente de prescrire un comportement sans le rendre expressément obligatoire.¹¹ Elle est donc sans sanction, non impérative et peut précéder l'adoption d'une norme (pour préparer le terrain ou anticiper les problèmes qui pourront apparaître), accompagner l'adoption d'une norme (pour l'interpréter, la

⁹ L. Waddington, « Pas suffisamment handicapé » : comment les cours européennes filtrent les actions en discrimination par une appréhension étroite de la notion de handicap, *Journal européen des droits de l'homme*, 2015, n° 1, p. 11, 15.

¹⁰ R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire de vocabulaire juridique* 2014, LexisNexis, 2013.

¹¹ R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire de vocabulaire juridique* 2014, LexisNexis, 2013.

préciser) ou se substituer à une véritable norme.¹² Elle est alors destinée à inciter et non à imposer.¹³

Il convient dès lors d'analyser comment les institutions européennes ont pu inciter leurs États membres à adopter des mesures antidiscriminatoires en matière d'accès à l'emploi des personnes handicapées et comment l'adoption et la mise en œuvre de stratégies politiques ont pu influencer l'adoption d'actes contraignants par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Ils font recours au *hard law* et au *soft law* dans le traitement des personnes handicapées en droit européen de travail.

Si le Conseil de l'Europe est engagé sur plusieurs voies dans la lutte contre la discrimination des personnes handicapées en matière d'emploi (II), la promotion de l'Union européenne des mesures de l'anti-discrimination des personnes handicapées en matière de travail se fait également entre stratégies politiques et droit coercitif (I).

I. – La promotion de l'Union européenne des mesures antidiscriminatoires des personnes handicapées en matière de travail : entre stratégies politiques et droit coercitif

Au début de l'intégration européenne, les institutions nouvellement créées poursuivaient des buts exclusivement économiques, la réalisation d'un marché unique étant l'objectif de la Communauté européenne. La protection de droits fondamentaux devrait être réservée au nouveau Conseil de l'Europe. Au fil des années, cette conception n'était plus conciliable avec un élargissement des compétences de l'Union et petit à petit, des aspects sociaux entraient dans le domaine communautaire. L'objectif d'anti-discrimination des employés handicapés s'inscrit dans cette ligne d'action parce qu'un marché de travail européen inclusif est une combinaison d'intégration économique et de lutte pour l'égalité d'une minorité souvent exclue de la vie sociale et professionnelle. L'Union

¹² B. Bertrand, Rapport introductif : Les enjeux de la *soft law* dans l'Union européenne, Rev. de l'Union européenne, 2014, p. 73.

¹³ B. Bouveresse, La portée normative de la *soft law*, in : Revue de l'Union européenne, 2015, p. 291.

poursuit cet objectif de deux façons : là où elle a une compétence législative, elle émet des actes contraignants qui s'inscrivent dans l'ordre juridique des États membres. En matière d'accès à l'emploi des personnes handicapées, la directive dite « emploi » 2000/78/CE confère des droits subjectifs aux personnes concernées (B). Il s'agit là d'une des rares interventions législatives sur le niveau européen en la matière. En effet, même si l'anti-discrimination des personnes handicapées dans le monde professionnel marque un objectif politique de longue date de l'Union européenne, cette dernière se contente le plus souvent de stratégies et projets purement politiques sans force normative (A).

A. L'anti-discrimination des personnes handicapées dans le monde professionnel : un objectif politique de longue date de l'Union européenne

L'intégration des employés handicapés fait l'objet de diverses stratégies politiques depuis longtemps. Dans un domaine dominé par une compétence nationale, cette démarche vise à influencer les législations nationales afin d'améliorer la situation des personnes concernées (1). A première vue, l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux confère un droit invocable aux personnes handicapées mais en réalité, ce texte contraignant a un caractère programmatique et sert principalement de base pour le lancement de stratégies politiques (2).

1. La mise en avant de stratégies visant les employés handicapés dans un domaine dominé par une compétence nationale

L'Union ne pouvant pas agir en dehors des compétences qui lui sont attribuées, on peut constater qu'elle se prévaut d'une multitude de fondements juridiques afin de promouvoir ses stratégies au profit des employés handicapés. En 1960 déjà, sur la base de l'article 123 CEE relatif à l'amélioration des possibilités des travailleurs, a été instauré le Fonds

social européen finançant un nombre élevé d'interventions visant¹⁴ les travailleurs handicapés.¹⁵ Sept ans plus tard, ce fonds finance aussi des formations professionnelles destinées aux personnes handicapées. 1974 marque l'année créatrice du handicap encadrée dans une politique sociale plus transversale. Une première résolution¹⁶ a pour ambition d'entamer la réalisation d'un programme pour la réintégration professionnelle et sociale des handicapés. Étant le fruit d'un sommet à Paris de 1972, cette résolution est un premier pas vers le progrès social qui n'était pas un objectif dans la décennie avant, focalisée sur le progrès économique.

Elle est suivie d'une autre résolution¹⁷ dans la même année, toujours concentrée sur l'accès à l'emploi des personnes handicapées, qui donne une première définition communautaire large mais précise du handicap : « La limitation des capacités physiques ou mentales congénitale ou acquise, qui se répercute sur les activités courantes et sur le travail d'une personne, en réduisant sa contribution à la vie sociale, son emploi professionnel, sa capacité d'utiliser les services publics. » Cette définition reprend l'idée du modèle social du handicap en rapprochant la personne handicapée de son environnement, ce qui est déjà tôt pour l'époque, quand d'autres acteurs nationaux et internationaux adoptaient encore le modèle médical.

Le début des années 1980 marque une augmentation d'initiatives politiques d'une diversité d'acteurs européens. En 1980 est créé l'intergroupe parlementaire « Personnes handicapées », des organisations non-gouvernementales comme le Forum européen des personnes handicapées¹⁸ s'engagent sur le niveau européen et en 1981, la Commission a instauré une division « Intégration des personnes handicapées » rattaché à la direction générale « Emploi, relations

¹⁴ A vrai dire, l'article 1^{er} du règlement de 1960 ne vise nulle part les personnes handicapées mais concerne les personnes au chômage. Les personnes handicapées sont alors associées au groupe des inactifs devant profiter de rééducations professionnelles.

¹⁵ *D. Blanc*, L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste, in : *Handicap et droit public*, 2009, p. 94.

¹⁶ Résolution CE du 21 janvier 1974.

¹⁷ Premier programme d'action communautaire pour la réadaptation professionnelle des handicapés.

¹⁸ Fondé en 1993 en tant qu'instance consultative de la Commission ; www.edf-feph.org.

industrielles et affaires sociales. » Cette direction étant avant tout chargée de l'emploi, l'objectif principal de l'Union étant apparemment l'intégration professionnelle.¹⁹ La même année, chaque institution émet un texte de référence sur le handicap qui n'a pourtant pas de force obligatoire. Depuis 1993, chaque 3 décembre marque la « Journée européenne des personnes handicapées » et l'année 2003 fut proclamée « Année européenne des personnes handicapées. »²⁰

Le deuxième programme d'action communautaire en faveur des personnes handicapées Helios I était adopté par décision pour la période 1988-1992 et n'est plus uniquement centré autour l'inclusion d'employés handicapés mais suit une approche plus large. Le programme Helios II 1992-1996 invite les divers acteurs européens à maintenir et à poursuivre la mise en œuvre de politiques positives favorisant l'intégration professionnelle des handicapés et de mettre sur pied des actions destinées à obtenir une meilleure connaissance de la situation des handicapés en relation avec l'emploi. Si Helios II revient au domaine du travail, ses recommandations (« invite ») restent assez floues et imprécises. Ces deux programmes ne souhaitent pas introduire une politique communautaire mais plutôt coordonner les politiques nationales du handicap.²¹

De la même manière, devant le traité de Maastricht, le handicap demeure affaire des États membres à qui incombe la responsabilité principale de l'intégration professionnelle, selon la décision communautaire instaurant le programme Hélios II. Sans base conventionnelle, le traitement du handicap est condamné à évoluer en marge des politiques de l'Union européenne.²²

¹⁹ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 172.

²⁰ D. Blanc, *L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste*, in : *Handicap et droit public*, 2009, p. 91 et 96 s.

²¹ D. Blanc, *L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste*, in : *Handicap et droit public*, 2009, p. 98 ; L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 170.

²² D. Blanc, *L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste*, in : *Handicap et droit public*, 2009, p. 98.

La Commission change sa stratégie en 1996 quand elle introduit le « *mainstreaming* » dans une communication.²³ Ce terme anglais signifie l'intégration en milieu ordinaire, pour la finalité d'égalité des chances. Évidemment, ceci inclut l'emploi. Malgré ce nouvel effort, les représentants de la société civile et de nombreux parlementaires²⁴ critiquent l'absence de disposition spécifique consacrée aux personnes handicapées dans les traités du droit primaire. Ce n'est qu'avec le traité d'Amsterdam que le terme d'handicap est introduit à l'article 13 CE, le faisant alors, compétence « officielle » de l'Union. À partir de ce traité, le domaine de l'emploi n'est plus exclusivement réservé aux États membres.²⁵ De plus, le même traité consacre un article général de non-discrimination qui élargit encore les compétences de l'Union.²⁶ Dans le cadre des changements intervenus à l'occasion du traité de Lisbonne qui a souvent aboli l'exigence d'unanimité dans la prise des décisions au sein du Conseil, il est à noter que cette exigence protectrice de la souveraineté étatique était maintenue en ce qui concerne la compétence en matière de handicap. Encore une fois, les États membres montrent une réserve à l'égard d'une compétence trop élargie de l'Union en matière des personnes handicapées.

En novembre 2010, la Commission a présenté le plan d'action de l'UE en faveur des personnes handicapées²⁷, qui expose les initiatives qu'elle mettra en place dans les dix années à venir (jusqu'en 2020).²⁸ La Commission a répertorié huit principaux domaines d'action : l'accessibilité, la participation, l'égalité, *l'emploi*, l'éducation et la formation,

²³ L'égalité des chances pour les personnes handicapées. Une nouvelle stratégie pour la Communauté européenne, COM(1996), 406 final ; L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 173.

²⁴ Résolution parlementaire sur les droits des personnes handicapées du 22 janvier 1996 et du 20 janvier 1997.

²⁵ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 172.

²⁶ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 168.

²⁷ Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées : un engagement renouvelé pour une Europe sans entraves, COM(2010) 636 final.

²⁸ F. Kessler, *Droit européen, handicap et intégration à l'emploi*, RDSS, 2011, p. 806 ; O. A. Macovei, *L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?*, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

la protection sociale, la santé ainsi que l'action extérieure. Pour le domaine de l'emploi, elle vise l'objectif général de permettre à davantage de personnes handicapées de gagner leur vie sur le marché du travail ordinaire. Sa stratégie est très concrète est remplie d'exemples comme l'amélioration de la situation des jeunes handicapés au moment de leur entrée dans la vie active, la mobilité intra professionnelle sur le marché du travail ordinaire et dans les ateliers protégés grâce à l'échange d'informations et à l'apprentissage mutuel. Dans un rapport de progrès de 2017²⁹, la Commission énumère les projets accomplis en faveur des employés handicapés, tels que le soutien des jeunes handicapés, la « work-life balance » des employés et le financement d'actions pour l'aménagement des lieux de travail.

La présentation des grandes lignes d'action en matière d'emploi des personnes handicapées de l'Union européenne démontre une volonté d'intégration professionnelle augmentée au fil des années qui se heurte aux hésitations des États membres soucieux de traiter le sujet sur le niveau national. Pour contourner ce frein au développement, les acteurs européens publient une multitude de communications, rapports, études et analyses et lancent des stratégies pluriannuelles. En prenant compte de l'évolution en la matière, il faut constater le succès qu'a eu la Commission avec cette stratégie. En effet, elle dispose aujourd'hui des outils juridiques nécessaires afin d'émettre des actes juridiques contraignants au profit des employés handicapés. Sur une échelle pluriannuelle, le *soft law* peut alors s'avérer utile en droit supranational pour contourner l'opposition de ses États membres qui profitent des politiques menées au fil des années. D'une nature juridique intéressante, l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne relève évidemment pas du *soft law* mais il dispose d'un caractère essentiellement programmatique.

²⁹ SWD(2017) 29 final.

2. L'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : le caractère programmatique d'un texte contraignant

Si, au début, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'était qu'une proclamation politique, un acte du soft law, l'article 6 alinéa 1 du TUE constate depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009 que la Charte fait désormais partie du droit primaire de l'Union européenne. Son article 51 prévoit que les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. De prime abord, l'article 26 de la Charte consacré à l'intégration des personnes handicapées devrait alors conférer des droits subjectifs aux personnes handicapées invocables devant les juges nationaux et européens. Mais à l'égard de la jurisprudence de la CJUE et l'opinion majoritaire des auteurs, tel n'est pas le cas dans l'état actuel du droit ce qui justifie son traitement dans cette partie sur les stratégies politiques de l'Union même si l'article 26 ne fait plus partie du droit mou.

Quant à l'origine de l'article, deux sources l'ont principalement influencé. D'un côté, l'article 15 de la Charte européenne sociale, une convention du hard law à caractère facultatif³⁰, de l'autre côté, le point 26 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs³¹, une source de *soft law* classique.

Selon cet article, l'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et *professionnelle* et leur participation à la vie de la communauté. La formulation restrictive « reconnaît et respecte » balise la

³⁰ V. Partie II B du mémoire pour sa nature juridique discutable.

³¹ « Toute personne handicapée, quelles que soient l'origine de et la nature de son handicap, doit pouvoir bénéficier de mesures additionnelles concrètes en visant à favoriser son *intégration professionnelle* et sociale. Ces mesures d'amélioration doivent notamment concerner, en fonction des capacités des intéressés, la formation des capacités des intéressés, la *formation professionnelle*, l'ergonomie, l'accessibilité, la mobilité, les moyens de transport et le logement ».

réalisation de la trace d'obligations positives garanties (« le droit [...] à bénéficiaire de mesures visant à assurer ... »), obligation négative à charge, formellement, de la seule Union (« L'Union ... »), celle de ne pas remettre en cause ce droit.³² Cette combinaison singulière entre obligation négative et obligation positive, sur laquelle est bâti l'article 26, tient sans doute aux compétences limitées de l'UE dans le domaine du handicap et révèle que l'effectivité de l'article 26 de la Charte dépend également de l'adoption de mesures nationales de concrétisation, destinées à assurer l'intégration des personnes en situation de handicap.³³ En revanche, en application de l'article 51 de la Charte précité qui restreint le domaine d'application de la Charte pour les mesures nationales aux seuls cas de mise en œuvre du droit européen, un activisme judiciaire « débridé » à l'avenir semble peu probable.³⁴ Les justiciables ne vont pouvoir se fonder sur cet article que lorsqu'ils attaquent un acte émanant d'une institution européenne ou si un État membre agit en application d'un tel acte.

La formulation complexe de l'article garantissant un droit aux personnes handicapées, obligeant l'Union de le respecter tout en réservant la plupart des moyens à engager aux États membres nuit à la clarté du droit. D'où la caractérisation faite par plusieurs auteurs³⁵ d'un droit programmatique qui suppose une action positive de la part des autorités publiques, voire la caractérisation de principe (à l'opposition d'un droit). Au cœur de la critique se trouve la formulation prudente et imprécise assurant un engagement faible au profit des personnes protégées par l'article.

Se pose aussi le problème de la justiciabilité de l'article. S'il n'est qu'un droit programmatique, il devrait être dépourvu d'effet direct et il ne pourrait pas conférer un droit subjectif aux personnes handicapées. A cette fin, la CJUE a rendu un seul arrêt *Glatzel* en 2014, qui ne traite pas du domaine du droit de travail. La Cour refuse d'attribuer un droit subjectif invocable à l'article en question en considérant que « bien que l'article 26 de la Charte commande que l'Union respecte et reconnaisse le

³² I. Hachez, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 593.

³³ I. Hachez, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 593 s.

³⁴ L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 179.

³⁵ L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 180 ; I. Hachez, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 593.

droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures d'intégration, le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel ». Autrement dit, ce n'est que lorsque le principe garanti à l'article 26 est combiné à des dispositions européennes ou nationales le concrétisant qu'il peut tenir lieu de norme de contrôle.

Malgré ces explications peu favorables aux individus souhaitant l'application de l'article en leur faveur, la Cour ne va pas jusqu'à dépouvoir d'article de toute portée normative. Le juge confirme la « justiciabilité normative »³⁶ de la disposition, en rappelant que « l'invocation de l'article 26 [...] devant le juge est admise pour l'interprétation et le contrôle de la légalité des actes législatifs de l'Union qui mettent en œuvre le principe énoncé audit article, à savoir l'intégration des personnes handicapées. » Ce faisant, la Cour admet qu'il s'agit bien d'une norme juridique et non pas d'un principe de droit.

La justiciabilité limitée de l'article laisse certains douter sur la plus-value juridique et semble en définitive se limiter à une obligation d'interprétation conforme. Le même auteur³⁷ réduit sa portée à la force du symbole, cette disposition « inscrivant dans le marbre des traités » une préoccupation majeure de ces dernières années : l'attention à accorder à la problématique du handicap, qui touche une personne sur six dans l'Union européenne. L'article 26 de la Charte des droits fondamentaux est alors un exemple de la nature ambivalente d'une multitude de dispositions internationales. Si son caractère contraignant ne fait guère de doute, l'article 26 semble induire plus d'initiatives comme la Stratégie 2010-2020 que de droits invocables devant un juge. En revanche, la normativité de la directive 2000/78/CE ne pose pas de problèmes en matière d'emploi des

³⁶ O. A. Macovei, *L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?*, Revue de l'Union européenne, 2016, p. 37.

³⁷ I. Hachez, *Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées*, p. 597.

personnes handicapées et elle fournit désormais un fondement stable en matière d'anti-discrimination des employés handicapés.

B. La rareté des interventions législatives : la directive 2000/78/CE, bouleversement stratégique au profit des personnes handicapées dans le monde professionnel

Si l'Union européenne dispose d'une compétence législative en matière d'anti-discrimination des personnes handicapées (Art. 19 TFUE, anciennement art. 13 TCE), la Commission a toujours rejeté l'adoption d'une directive « handicap » « incompatible et contradictoire avec une approche d'intégration systématique du handicap dans toutes les politiques européennes. »³⁸ Le statut particulier des personnes handicapées n'est pris en compte que rarement par l'Union dans l'adoption d'actes contraignants.³⁹ Mais en matière d'accès à l'emploi, l'article 5 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000⁴⁰ portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail est consacré aux aménagements raisonnables pour les personnes handicapées et marque un tournant pour les employés handicapés. Il dispose qu'« [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. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique

³⁸ D. Blanc, L'Union européenne face au handicap. Les tâtonnements d'une politique publique volontariste, in : Handicap et droit public, 2009, p. 106 ; L. Preud'homme, Droit de l'Union européenne et handicap, Rev. UE, 2014, p. 336.

³⁹ V. à titre d'exemple le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de l'Union européenne ; art. 3 de la directive 2014/53/UE du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques; art. 20 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

⁴⁰ Publié au Journal officiel des Communautés européennes le 2.12.2000, p. L 303/16 s.

menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. » L'alinéa 2 de l'article 7 concerne également les personnes handicapées et prévoit qu' « [e]n ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

En vertu de l'alinéa 3 de l'article 288 TFUE, les États membres doivent transposer cette directive en droit national, ce que les exemples de la France et de l'Allemagne illustrent (2). Mais en cas d'incertitude sur l'interprétation des dispositions de cette directive, les juges nationaux peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne. Si le contentieux devant le juge européen se concentre majoritairement sur la notion du handicap, il existe une diversité de problèmes que la directive soulève. Jusqu'à présent, il est fait preuve d'une jurisprudence traitant des personnes handicapées peu abondante malgré son entrée en vigueur il y a 18 ans (1).

1. La diversité des problèmes de la directive soulevée par une jurisprudence peu abondante

Après avoir défini les personnes visées par la présente directive (a), il convient de présenter les conséquences de cette qualification, à savoir le devoir des employeurs de prendre des aménagements raisonnables et la possibilité pour l'État membre de prendre des actions positives en faveur des personnes handicapées (b).

a. La définition difficile et ambivalente du handicap

Afin de pouvoir apprécier le champ d'application de la directive, il convient de définir les bénéficiaires de la directive, le handicap étant visé par la directive sans définition du terme. Alors que la notion de handicap est définie en plusieurs droits nationaux, la Cour de justice met l'accent sur

l'autonomie de la notion⁴¹ en droit européen du travail. Il est toutefois à noter dans ce cadre que la définition retenue n'est valable qu'en matière de non-discrimination (professionnelle).⁴² Il s'agit alors d'une double autonomie – à l'égard des droits nationaux et du domaine visé. De ce fait, la Cour suit une approche très fonctionnelle⁴³ dans la recherche d'une définition de handicap. Traditionnellement, il faut faire un choix entre les modèles médical et social mais la Cour ne s'arrête pas là et élargie la notion devenue assez extensive.

i. Les jurisprudences Chacón Navas et HK Danmark sous l'influence des modèles médical et social du handicap et la Convention de l'ONU

Si une décision de 2006 vivement critiquée semble opter pour le modèle médical du handicap, un revirement de jurisprudence en 2013 sous l'influence de la Convention de l'ONU ouvre la voie vers l'acceptation du modèle social au niveau européen.

Dans la première affaire⁴⁴ en liaison avec les dispositions relatives au handicap de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, la Cour a été sollicitée pour déterminer qui devait être considéré comme handicapé au sens de la directive. La personne concernée, malade, n'avait pu travailler pendant un certain temps pour son employeur espagnol. Licenciée au terme de cette période d'absence, elle avait contesté cette décision au motif de son incompatibilité avec la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

En résumé, il s'agissait de savoir si la disposition de la directive prohibant la discrimination fondée sur le handicap était également applicable au travailleur licencié pour cause de maladie. Si tel n'était pas le cas, le tribunal

⁴¹ Pts. 40 et 42 de l'arrêt *Chacón Navas*, 11. 07. 2006 ; rapport de la Commission de juillet 2009, *L. Waddington et A. Lawson*, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 16.

⁴² *O. A. Macovei*, L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

⁴³ *L. Driguez*, Discrimination en raison du handicap, note sous CJUE, 3e ch., 18 janv. 2018, aff. C-270/16, *Ruiz Conejero*, *EUROPE*, N° 3, Mars 2018, p. 119.

⁴⁴ Affaire C-13/05, *Chacón Navas/Eurest Colectividades SA*, Recueil 2006, p. I-6467.

espagnol posait la question préjudicielle de savoir si la maladie pouvait être ajoutée à la liste des motifs couverts par la directive. Dans sa réponse, la CJCE développe une définition du handicap aux fins de la directive et affirme qu'il n'est pas possible d'ajouter la maladie à la liste des motifs de discrimination relevant déjà de son champ d'application. En ce qui concerne la définition du handicap, la Cour note que la directive a été conçue pour lutter contre la discrimination en matière d'emploi et, dans ce contexte, elle définit le handicap comme « *une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle* » (point 43 de l'arrêt). Pour être considérée comme un « handicap », toute entrave doit être « de longue durée » (point 45). La Cour estime par ailleurs qu'il convient d'établir une distinction, au regard de la directive, entre « handicap » et « maladie » (point 44) et que le texte « ne comporte aucune indication laissant entendre que les travailleurs sont protégés au titre de l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap dès qu'une maladie quelconque se manifeste » (point 46).⁴⁵

Par la suite, cette décision était fortement critiquée par de nombreux auteurs. Premièrement, la solution a été jugée insatisfaisante⁴⁶ quant à la frontière entre le handicap et la maladie, *Lisa Waddington* estimant que qu'une maladie de longue durée (une maladie chronique) entraînant une réduction des capacités fonctionnelles devrait être considérée comme un handicap au sens de la directive.⁴⁷ La différence entre les termes n'est alors pas toujours évidente. Concrètement, la doctrine ne critique pas la manière exhaustive dont sont énoncés les motifs de discriminations dans la directive⁴⁸ (on ne peut pas ajouter à la liste protégée la maladie non visée

⁴⁵ Résumé de l'arrêt repris du rapport de la Commission de juillet 2009, *L. Waddington* et *A. Lamson*, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 15 s. ; v. aussi *L. Joby*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 194 s. ; *F. Kessler*, Droit européen, handicap et intégration à l'emploi, RDSS, 2011, p. 806.

⁴⁶ *J. Damamme*, La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 840 s.

⁴⁷ *L. Waddington*, in : rapport de la Commission de juillet 2009, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 17.

⁴⁸ *L. Joby*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 196.

par le législateur européen) mais se heurte à la difficile différenciation entre les deux termes.

Deuxièmement, l'ignorance de l'aspect social du handicap a été perçue comme réductrice avec la Cour ne faisant aucune mention de l'interaction entre l'atteinte médicale et l'environnement de l'individu pour définir la notion de handicap.⁴⁹ Waddington cite dans son rapport un bon nombre de résolutions des différentes institutions européennes favorisant le modèle social et se demande comment une définition du handicap exclusivement fondée sur ce modèle médical, et déterminante pour l'application de l'un des instruments communautaires les plus importants pour ce qui est des personnes handicapées, trouve sa place dans ce schéma d'ensemble. « On aurait pu s'attendre tout au moins à ce que la Cour, dans son arrêt, se réfère à la position des autres institutions européennes et reconnaisse l'existence, sinon l'importance du modèle social du handicap. »⁵⁰ L'approche adoptée dans cet arrêt considérée comme limitée et restrictive dans sa portée⁵¹ ne trouvant pas un consensus dans l'Union, les juges ont reviré la définition à la lumière de la Convention de l'ONU.

L'article 1^{er} de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées définit les personnes handicapées comme étant « *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'environnement de la personne handicapée est ici clairement pris en compte, expression de la volonté des Nations Unies d'opérer une

⁴⁹ J. Damamme, La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 840 s.

⁵⁰ L. Waddington, in : rapport de la Commission de juillet 2009, *Handicap et droit européen contre la discrimination*, p. 16 ; de même : L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 196.

⁵¹ C. Boutayeb, *Le handicap au travail selon le juge de l'Union européenne à la lumière de l'arrêt RingetWerge*, *Rev. de droit du travail*, 2013, p. 657 ; O. A. Macovei, *L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?*, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

transition du modèle médical au modèle social du handicap.⁵² L'UE a ratifié la Convention onusienne par décision du 26 novembre 2009⁵³, ce qui signifie que la protection offerte par le droit de l'UE, et plus particulièrement la directive emploi, ne doit pas être en deçà de celle en droit de l'ONU. Afin d'éviter un conflit entre ces deux normes de *hard law* (définition jurisprudentielle basée sur la directive 2000/78 et définition conventionnelle) dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour de justice a reformulé la notion de handicap dans son arrêt *HK Danmark* du 11 avril 2013⁵⁴. La saisine résulte de recours introduits par un syndicat danois au nom de deux salariées licenciées avec un préavis réduit, ainsi que le permet le droit danois lorsqu'un salarié est en arrêt maladie depuis plus de 120 jours, et ce sans qu'aucune mesure de réduction de leur temps de travail ne leur ait été proposée. La clé du litige réside dans la question de savoir si ces salariées étaient dans une situation de handicap au sens de la directive 2000/78.⁵⁵

En faisant référence à l'ancien arrêt *Chacón Navas* et la Convention onusienne⁵⁶, la notion évolutive de « handicap » doit être entendue, selon la Cour de justice, comme visant une « *limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie*

⁵² J. Damamme, La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 842.

⁵³ Décision du 26 novembre 2009 concernant la conclusion, par la CE, de la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (2010/48/CE), *Journal officiel de l'Union européenne* du 27. 1. 2010, L 23/35

⁵⁴ CJUE, 2^e ch., 11 avril 2013, *HK Danmark*, agissant pour *Jette Ring* contre *Dansk almenlystigt Boligselskab*, aff. C-335/11 et *HK Danmark*, agissant pour *Lone Skouboe Werge* contre *Dansk Arbejdsgiverforening* agissant pour *Pro Display A/S*, aff. C-337/11 ; cf. *A. Boujeka*, La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1388.

⁵⁵ *M. Schmitt*, Jurisprudence récente de la CJUE relative au principe de non-discrimination entre les travailleurs, *L'Observateur de Bruxelles*, n° 101, Juillet 2015, p. 19, 23.

⁵⁶ Outre l'article 1^{er}, la Cour cite aussi son considérant e) : « la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs » (point 38 de l'arrêt). Le critère temporel de durabilité mentionné dans l'arrêt (point 39) est traité ultérieurement, lors de l'arrêt *Daouidi*.

Si la doctrine apprécie globalement cette nouvelle définition conforme avec la norme internationale précitée et adoptant le modèle social du handicap, certains auteurs critiquent une approche trop large. Ils voient le risque d'une banalisation du terme en reconnaissant un statut social et professionnel à trop de personnes atteintes de maladies. Il serait, par exemple, dangereux de faire glisser dans la catégorie des personnes handicapées celles dont la cause de la maladie résulte d'addictions ou d'inadaptations sociales, facteur susceptible de nuire à l'insertion sociale et professionnelle de ceux « historiquement handicapés. »⁵⁷

Une question non abordée par la Cour mais traitée par l'avocate générale *Kokott* dans ces conclusions est celle de la gravité du handicap. Elle suggère que le libellé de la directive n° 2000/78 ne comporte pas d'élément propre pouvant restreindre son domaine d'application à un certain degré de gravité du handicap (points 36 et 75), position favorable aux personnes handicapées⁵⁸, qui ne doivent pas alors prouver un certain degré de gravité pour profiter de la norme.

Ces deux arrêts phares portant une évolution prétorienne vers une socialisation du terme « handicap » en matière d'accès à l'emploi sont indispensables à une présentation du champ d'application de la directive 2000/78. En revanche, la critique de la conception trop large du terme était respectée dans la jurisprudence à venir et la notion était concrétisée par un nombre d'arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁵⁷ *H. Ribal* et *J. Charruau*, La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne, *RDSS*, 2013, p. 843 ; *O. A. Macovei*, L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

⁵⁸ *A. Boujeka*, La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1388 ; *L. Joby*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 198.

ii. *La définition du handicap à la fois restrictive et large, preuve du caractère évolutif de la notion : les jurisprudences Coleman, Mme Z, FOA et Daouidi*

Outre les arrêts *Chacón Navas* et *HK Danmark*, la Cour de justice a admis une extension de la notion à la discrimination par association (affaire *Coleman*) et à certains cas d'obésité (affaire *FOA*). Dans l'affaire *Mme Z*, elle restreint le champ d'application et dans l'affaire *Daouidi* elle traite du caractère de durabilité.

Le 17 juillet 2008, deux ans après le premier arrêt traitant de la notion du handicap, la Cour⁵⁹ admet un élargissement remarquable du terme au profit des discriminations par association dans un arrêt *Coleman*. En l'espèce, une mère salariée « de bonne santé » subissait des discriminations par son employeur du fait de sa charge de son enfant lourdement handicapé. Avec un raisonnement fondé sur trois arguments,⁶⁰ la Cour conclut que l'interprétation de la directive doit être effectuée de façon à couvrir la discrimination pratiquée en raison de l'association de la plaignante avec une personne handicapée. Premièrement, l'interprétation littérale ne révèle aucune limitation de la garantie du principe de l'égalité de traitement aux seules personnes porteuses de la caractéristique discriminante. Deuxièmement, la Cour note que la directive considère comme discriminatoire un traitement défavorable appliqué en considération d'un motif prohibé et non de la qualité de la personne qui le subit. Sont alors visés les motifs de l'article 1 de la directive et non pas des catégories de personnes. Dernièrement, une interprétation téléologique reflète de la volonté du législateur de conférer un effet utile à la directive. L'interdiction de tout traitement défavorable lié au handicap d'une personne ne peut alors pas être réservée aux seules personnes eux-mêmes handicapées.

⁵⁹ Grande chambre, *S. Coleman c/ Attridge Law et Steve Law*, aff. C-303/06.

⁶⁰ Présentés par *L. Joly*, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 190 s.

Cette ouverture de la notion est appréciée en doctrine même si les différents auteurs se concentrent sur différents aspects de ce raisonnement. *Augustin Boujeka* approuve l'arrêt en tous points.⁶¹ Selon lui, il est bien évident que la discrimination peut impacter les proches, ce qui justifie alors une protection de ces proches. Il n'apparaîtrait pas nécessaire que la protection des proches requière au préalable une discrimination illicite pratiquée à l'encontre de la personne handicapée ni que la discrimination par association fondée sur le handicap dirigée contre le proche s'étende à la personne handicapée pour que le proche puisse se prévaloir d'une protection propre. L'auteur favorise alors l'approche fonctionnelle de la Cour, visant l'effet utile de la norme. Il résume les trois conditions cumulatives du handicap par associations : l'existence d'une personne atteinte de handicap, des faits présumés discriminatoires dirigés contre le proche de cette personne handicapée, un lien établi entre ce proche et cette personne handicapée.

*Emmanuelle Saulnier-Cassia*⁶² apprécie la portée intéressante de l'arrêt car il n'aurait plus pour effet de focaliser sur la qualité des personnes, mais sur la nature du motif de discrimination (cf. deuxième argument). Ce faisant, la discrimination à rebours n'aurait aucune raison d'être cantonnée aux relations entre parents et enfants, mais a vocation à s'appliquer entre conjoints, avec les ascendants, comme avec toute autre personne de sa famille – voire extérieure à cette dernière – à charge. Cette lecture large de l'arrêt n'est pas partagée par tous les auteurs. *Jean Hauser*⁶³, qui approuve l'arrêt en général, le considère incomplet en ce qu'il fait l'impasse sur sa dimension familiale. Il aurait souhaité une précision sur l'importance de l'existence d'un lien de parenté pour éviter un développement sans limite de la protection offerte par la directive. Selon lui, il faudrait faire la différenciation entre obligation légale du fait du lien de parenté et obligation purement volontaire. Si la question de la portée exacte de la

⁶¹ Le handicap par association, note sous l'arrêt Coleman, RDSS, 2008, p. 865.

⁶² *E. Saulnier-Cassia*, Le handicap et le juge communautaire, in : Handicap et droit public, 2009, p. 134 s.

⁶³ Discrimination indirecte pour cause d'exécution d'une obligation familiale, note sous l'arrêt Coleman, RTD Civ., 2008, p. 653.

décision pose alors encore des incertitudes en doctrine⁶⁴, l'acceptation de la discrimination par association est un élargissement utile de la notion du handicap, un auteur⁶⁵ proposant même la reconnaissance au niveau européen d'une obligation particulière pour l'employeur de prévoir des aménagements spécifiques pour les personnes ayant à charge des personnes handicapées.

Un autre élargissement de la notion, dont la portée exacte pose également des incertitudes en doctrine, était fait par l'arrêt *FOA*⁶⁶ le 18 novembre 2014. En l'espèce, *M. Kaltoft*, un assistant maternel est officiellement licencié pour baisse du nombre d'enfants à garder mais il soutient que cette rupture repose exclusivement sur son obésité sévère. Rejetant l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de l'obésité, en tant que telle, en ce qui concerne l'emploi et le travail (points 31 à 40 de l'arrêt), la Cour décide que la directive 2000/78/CE « doit être interprétée en ce sens que l'état d'obésité d'un travailleur constitue un « handicap », au sens de cette directive, lorsque cet état entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, 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. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'affaire au principal, ces conditions sont remplies. »

Cette décision, qui est une application stricte⁶⁷ de la définition donnée par l'arrêt classique *HK Danmark*, était vivement commentée⁶⁸ en doctrine.

⁶⁴ Cf. aussi *L. Joby*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 192.

⁶⁵ *F. Kessler*, Droit européen, handicap et intégration à l'emploi, RDSS, 2011, p. 806.

⁶⁶ *Fag og Arbejde (FOA)*, agissant pour *Karsten Kaltoft*, c/ *Kommunernes Landsforening (KL)*, agissant pour la *Billund Kommune*, aff. C-354/13.

⁶⁷ *J. Cavallini* parle d'une décision prévisible : Obésité et principe de non-discrimination, JCP, Ed. sociale, N° 9, 3 Mars 2015, act. 1068.

⁶⁸ V. pour une présentation générale de l'arrêt : *M. Ulla*, L'obésité d'un travailleur constitutive d'un handicap, Revue québécoise de droit international, 2015, 28. 1, 185-202 ; *J. Damamme*, Arrêt Kaltoft : l'obésité comme handicap. Raisons, modalités et conséquences d'une association retentissante, Rev. euro. de droit de la consommation, 2015, p. 207-229.

Approuvant le rejet d'un principe général de prohibition de la discrimination fondée sur l'obésité en droit de l'Union, *Augustin Boujeka*⁶⁹ note que la compétence d'attribution conférée au législateur européen et la mission d'interprète authentique des règles de l'Union attribuée à la Cour de justice ne prédisposent pas celle-ci à s'approprier le pouvoir normatif de ce dernier. L'interdiction de la discrimination relevant également des pouvoirs des États membres, il apprécie alors la prudence et la liberté donnée aux législateurs nationaux de traiter du problème par la Cour dans ce cas.

L'arrêt met l'accent sur le fait que l'état d'obésité ne constitue pas, en tant que tel, un « handicap », au sens de la directive 2000/78, pour le motif que, par sa nature, il n'a pas pour conséquence nécessaire l'existence d'une limitation (point 58). En outre la notion de « handicap » ne dépend pas de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap (point 56). La Cour inclut alors l'obésité dans sa définition relevée par sa jurisprudence antérieure ; elle n'adopte pas une définition propre fondée sur le degré de l'obésité⁷⁰ mais se demande *in concreto* si le travailleur est atteint d'une limitation du fait de son obésité (appréciation à faire par le juge national). Comme le note une auteure⁷¹, cet arrêt fait progresser le droit de la non-discrimination en admettant pour la première fois que les décisions de l'employeur fondées sur l'obésité du salarié puissent constituer des discriminations prohibées mais elle constate aussi une limite de l'arrêt, dans le sens que l'Union ne connaît toujours pas une interdiction de discrimination en raison de l'apparence physique. En effet, un plaignant doit toujours démontrer une limitation, qui plus est de longue durée, ce qui signifie que ce ne sera pas l'obésité en elle-même mais bien le handicap ou la maladie qui en résulte qui seront pris en compte. Il s'agit là d'un poids défavorable pour la charge de la preuve.

⁶⁹ Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2015, p. 475.

⁷⁰ J. Damamme, Arrêt Kaltoft : l'obésité comme handicap. Raisons, modalités et conséquences d'une association retentissante, Rev. euro. de droit de la consommation, 2015, p. 207, 224.

⁷¹ L. Driguez, L'obésité comme handicap et motif discriminatoire, EUROPE, Février 2015, n° 82.

Proposant un élargissement de la liste des motifs discriminatoires dans l'Union, la doctrine⁷² semble favoriser une définition susceptible de multiplier les situations professionnelles où un handicap serait identifiable, même si un élargissement au cas de toxicomanie et alcoolisme semble être une perspective sans consensus doctrinal⁷³ en absence d'une jurisprudence sur le sujet. *Augustin Boujeka*⁷⁴ considère que l'absence de l'obésité, de la maladie et de l'apparence physique dans les motifs de discrimination prohibée en droit de l'Union, alors même que ces trois motifs peuvent recouper le handicap, semble avoir pour conséquence que le handicap devient en droit de l'Union un réceptacle commode de la discrimination reposant sur toute atteinte physique, mentale ou sensorielle. Il demande l'extension de cette liste, pour éviter que les justiciables persistent à faire endosser aux motifs existants, d'autres motifs non retenus en droit européen.

Pour résumer, cette affaire montre la volonté de faire progresser des politiques antidiscriminatoires non prévues par le législateur européen par le biais des normes contraignantes existantes. Une prudence prétorienne autorise ces démarches dans le cadre d'une définition générale existante sans permission d'une ouverture trop créatrice de droit. Si cet arrêt est assez ambivalent dans sa portée, l'affaire *Mme Z* restreint la définition du handicap.

Dans l'affaire *Z* du 18 mars 2014, une partie des questions préjudicielles devant la CJUE⁷⁵ étaient relatives à la directive 2000/78/CE et demandaient si une femme qui ne pouvait pas porter un enfant et avait eu recours à une mère porteuse, pouvait prétendre à un congé de maternité,

⁷² L. Driguez, L'obésité comme handicap et motif discriminatoire, EUROPE, Février 2015, n° 82 ; J. Cavallini, Obésité et principe de non-discrimination, JCP, Ed. sociale, N° 9, 3 Mars 2015, act. 1068.

⁷³ J. Damamme, Arrêt Kaltoft : l'obésité comme handicap. Raisons, modalités et conséquences d'une association retentissante, Rev. euro. de droit de la consommation, 2015, p. 207, 225.

⁷⁴ Le handicap d'obésité en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2015, p. 475.

⁷⁵ *Z. c/ A Government department, The Board of management of a community school*, aff. C-363/12.

en application de cette directive, et du fait de son « handicap ». Selon la Cour, cette dernière doit être interprétée en ce sens que ne constitue pas une discrimination fondée sur le handicap le fait de refuser d'accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption à une travailleuse étant dans l'incapacité de porter un enfant et qui a recouru à une convention de mère porteuse. Bien que la Cour ne doute pas de la « grande souffrance » qui peut être à l'origine de l'impossibilité pour une femme de porter son enfant (point 79 de l'arrêt), elle fait, à nouveau, application de la définition classique dégagée par la jurisprudence *HK Danmark* en considérant que la limitation dont souffre la personne, en interaction avec diverses barrières, puisse faire obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs. Or, l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels, en elle-même, ne constitue pas, en principe, un empêchement pour la mère commanditaire d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser (points 80 et 81).

La Cour constate alors, en quelques sorte, le défaut du lien de causalité entre « handicap » et la limitation dans l'accès au travail. Ce faisant, elle restreint la définition du handicap seulement à première vue. En réalité, il ne s'agit que d'une application juridique précise des faits à la définition. Un élargissement sentimental guidé par la « grande souffrance » de la mère commanditaire dépasserait l'objectif de la directive 2000/78 qui est d'établir un « cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur [...] le handicap [...] en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement » (art. 1^{er} de la directive). Si l'emploi et le travail ne sont pas concernés par le handicap existant d'une travailleuse, il est logique d'écarter sa réclamation.

*Lisa Waddington*⁷⁶ constate une certaine « ironie » du fait du focus sur l'impact du handicap sur l'emploi alors même que le modèle social du handicap enfin admis par la jurisprudence *HK Danmark* souhaite se

⁷⁶ « Pas suffisamment handicapé » : comment les cours européennes filtrent les actions en discrimination par une appréhension étroite de la notion de handicap, *Journal européen des droits de l'homme*, 2015, n° 1, p. 11, 21.

focaliser sur les barrières environnementales. Pourtant, cette décision peu commentée en doctrine⁷⁷ est une restriction bienvenue en vue de garantir l'effectivité et la clarté de la norme et freine un élargissement déraisonnable de la notion de handicap en matière d'emploi. Un retour au modèle médical, que *Waddington* craint, n'est pas en question et n'est pas suivi d'indices en jurisprudence ou en doctrine.

En revanche, dans une affaire *Daouidi*, la Cour de Luxembourg clarifie la condition de durabilité, déjà mentionnée avant mais longtemps peu développée par la Cour.

Tiré de l'article 1^{er} de la Convention onusienne et abordé brièvement dans l'affaire *HK Danmark* (point 39) et *FOA*, la Cour de justice consacre son arrêt *Daouidi*⁷⁸ du 1^{er} décembre 2016 au critère temporel du handicap en concrétisant son exigence d'une certaine durabilité. En l'espèce, elle décide qu'un licenciement fondé sur une incapacité temporaire de travail découlant d'un accident professionnel peut constituer une discrimination basée sur le handicap prohibée par la directive 2000/78 lorsqu'il n'est pas possible de prévoir une guérison à court terme. La Cour présente un faisceau d'indices pour simplifier cette prévision, à savoir 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. Quant à la preuve de ces faits, la Cour de justice demande aux juridictions nationales de se fonder sur l'ensemble des éléments objectifs dont elles disposent, 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. Ces formulations vagues et imprécises

⁷⁷ P. ex. *F. Monéger*, *Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap*, RDSS, 2014, p. 478 ; *O. A. Macovei*, *L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?*, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

⁷⁸ *Mohamed Daouidi c/ Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, aff. C-395/15.

sont critiquables parce qu'elles compliquent une application concrète.⁷⁹ En revanche, la démarche de l'appréciation *in concreto* du juge national peut aussi s'avérer utile, tant la diversité des situations constitutives du handicap « répugne à l'approche standardisant propre à l'appréciation *in abstracto* ». ⁸⁰ La portée exacte de cette liberté laissée au juge national cherche encore, pour l'instant, un consensus en doctrine.

En outre, avec cette décision la Cour s'oriente vers une définition du handicap qui inclut une atteinte par nature temporaire mais dont la fin n'est pas prévisible ou semble lointaine au moment où est prise la décision contestée. Ce constat, qui est laissé à l'appréciation du juge de renvoi, assimile au handicap une situation seulement susceptible d'évoluer en handicap.⁸¹ Si le premier point critique une formulation peu compréhensible et difficilement réalisable en pratique, ce dernier point met l'accent sur un possible élargissement de la notion du handicap alors qu'à l'origine, cette décision était censée clarifier (et restreindre) la portée de la jurisprudence *HK Danmark*.

*Augustin Boujeka*⁸² critique fortement l'importance que la Cour de justice semble consacrer au caractère de durabilité. Selon lui, le critère temporel apparaît comme empreint de subjectivité. Il impliquerait un choix subjectif du moment d'appréciation de cette durabilité, un autre tout aussi subjectif de l'imprévisibilité de l'évolution de l'incapacité de la personne concernée, un troisième non moins subjectif du prolongement de cette incapacité dans un temps significativement long. Cette critique tient aussi à la sécurité juridique mitigée par le présent arrêt.

⁷⁹ V. la critique de *T. Klein*, jurisPR-ArbR 1/2017, Anm. 2.

⁸⁰ *A. Boujeka*, La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2017, p. 1101.

⁸¹ *J. Cavallini*, Identification des discriminations fondées sur le handicap, JCP, Ed. sociale, n° 3, 24 janvier 2017, act. 1023.

⁸² La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2017, p. 1101.

Si la notion de handicap est évolutive, y inclure l'exigence de durabilité restreint ce caractère essentiel⁸³ mais suit une jurisprudence constante depuis *HK Danmark*. Dans les autres domaines abordés par la jurisprudence dans les dernières années, la Cour fait preuve d'une appréciation fonctionnelle de la notion du handicap en élargissant ou restreignant la notion selon son utilité dans le contexte de la directive 2000/78. La jurisprudence déjà peu abondante en ce qui concerne la définition du terme « handicap » est encore moins détaillée quant aux mesures d'anti-discrimination que peuvent prendre l'État (action positive) et que doivent prendre les employeurs (aménagement raisonnable).

b. Les mesures de l'anti-discrimination : aménagement raisonnable et action positive

L'objet de la directive 2000/78 est la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap et la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement. Si pour les autres catégories, comme la discrimination fondée sur la religion, le but est d'évincer tout traitement différent, ce dernier peut s'avérer défavorable pour les personnes handicapées. En effet, un traitement égal en matière de travail est susceptible de discriminer une personne handicapée si le lieu de travail n'est pas suffisamment adapté pour accueillir le travailleur handicapé. D'où l'insertion d'une disposition spécifique destinée à obliger les employeurs de prévoir certains aménagements raisonnables au profit de l'inclusion de personnes handicapées dans leur entreprise, l'article 5 de la directive. Cet article décrit ces aménagements raisonnables comme des 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.

On y relève ainsi que les aménagements raisonnables représentent, non pas un élément de définition, mais plutôt une conséquence du handicap, encore que tout handicap ne requière pas obligatoirement des

⁸³ *A. Boujeka*, La condition de durabilité dans la définition du handicap en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2017, p. 1101.

aménagements raisonnables. En tout état de cause, de tels aménagements doivent s'imposer quand la limitation due au handicap l'exige. A cet égard, on doit aussi admettre qu'à l'impossible nul n'est tenu, qu'il s'agisse de l'employeur ou du salarié.⁸⁴

Quant à l'employeur visé par la directive, l'article 3 alinéa 1 dispose qu'elle s'applique tant pour le secteur public que pour le secteur privé, à l'exception des forces armées (alinéa 4) pour ne pas affaiblir leurs capacités (considérants 18 et 19).

En ce qui concerne l'origine nord-américaine de l'article 5 de la directive, qui était influencé par la disposition américaine du *Americans with Disabilities Act* de 1990⁸⁵, et le concept de l'aménagement raisonnable en général, l'expression issue du droit canadien⁸⁶, il est intéressant de constater l'inspiration anglo-saxonne du législateur européen en la matière. À la lumière de cette évolution, il semble que la question de l'accès à l'emploi des personnes handicapées ait bien plus progressé dans ces pays en comparaison à l'Europe continentale.⁸⁷

Par exemple, se focalisant sur les obligations de l'employeur, ni le législateur européen, ni la Cour de justice, n'ont traité la question de la collaboration de l'employé handicapé. Ainsi, la doctrine évoque l'exigence de bonne foi qui pourrait obliger un salarié à informer son employeur de sa situation afin que ce dernier puisse procéder aux aménagements raisonnables.⁸⁸ *Laurène Joly* cite aussi l'obligation de coopérer avec tout expert pouvant apporter son aide au processus d'adaptation ou pouvant fournir une information demandée par l'employeur. Enfin, elle constate que le salarié doit faire preuve de souplesse en se contentant d'un

⁸⁴ *A. Boujeka*, La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2013, p. 1388.

⁸⁵ *L. Waddington*, in : rapport de la Commission de juillet 2009, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 26 ; *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 252.

⁸⁶ *A. Boujeka*, La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne, Recueil Dalloz, 2013, p. 1388.

⁸⁷ Pour une description détaillée de l'évolution anglo-saxonne en la matière et les inspirations à tirer de l'expérience nord-américaine : *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 245 s.

⁸⁸ *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 297.

aménagement qui n'est pas parfait mais seulement un compromis. Ces exigences tirées du droit et de l'expérience canadiens font preuve d'une approche courageuse qui n'hésite pas à demander des sacrifices à la personne handicapée au profit d'un « meilleur » aménagement. Si de telles questions sont encore loin d'être évoquées par la jurisprudence européenne, la Cour de justice se contente, pour l'instant, de définir les aménagements raisonnables visés par l'article 5 de la directive.

Dans la recherche d'une définition des aménagements raisonnables, il est utile d'évoquer le considérant 20 de la directive disposant qu'il « *convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire, des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement.* » Cette énumération non exhaustive clarifie que les mesures peuvent être d'ordre physique, organisationnel et/ou éducatif.⁸⁹ En outre, la Cour dit que la notion doit être entendue comme visant l'élimination des diverses barrières qui entravent la pleine et effective participation des personnes handicapées à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs.⁹⁰ Les aménagements cités dans la directive ne doivent pourtant pas être interprétés strictement, à tel point que l'employeur se voit soumis à une obligation de rechercher tout aménagement possible qui permettra au salarié handicapé de conserver son emploi.⁹¹

Dans l'affaire *HK Danmark* précitée, la Cour de justice a inclus dans la gamme des aménagements raisonnables la réduction du temps de travail en faveur des personnes handicapées, seul arrêt notable qui traite de la question des aménagements raisonnables. Si cette solution semble être très protectrice du salarié handicapé, elle était fortement critiquée en doctrine en consacrant une notion d'aménagements raisonnables trop imprécise et

⁸⁹ Point 49 de l'arrêt *HK Danmark*.

⁹⁰ Point 54 de l'arrêt *HK Danmark*.

⁹¹ L. Preud'homme, *Droit de l'Union européenne et handicap*, Rev. UE, 2014, p. 336.

risquant à long terme de devenir une « notion fourre-tout⁹² ». Selon la même auteure, la personne handicapée risque d'être davantage stigmatisée que réellement intégrée. D'autres auteurs⁹³ voient cette ouverture jurisprudentielle comme une possible « ghettoïsation » dans l'emploi. Selon eux, une personne à temps partiel ne vit pas la totalité de ce qui se passe au sein de l'entreprise ou de l'administration, effet contraire aux objectifs de pleine participation et le renforcement du sentiment d'appartenance. Ce débat montre le conflit à l'origine de l'obligation de prendre des aménagements raisonnables. En facilitant l'accès à l'emploi des personnes handicapées, ils sont nécessairement traités différemment par rapport aux autres salariés ce qui peut provoquer un mécontentement.

Si le législateur européen a clairement opté pour un traitement inégal dans le but d'une lutte contre la discrimination à raison du handicap, il a aussi prévu une limite dans le texte. La charge pour l'employeur ne doit pas être disproportionnée. La norme précise que cette « charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. »

L'appréciation de la disproportion soulève deux types de difficultés. D'une part, cette appréciation ressort de la compétence du juge national. Bien que le droit de l'Union européenne en matière de protection des travailleurs handicapés semble avoir atteint sa pleine maturité, l'effectivité comme la relativité de son application relève de la responsabilité des États membres, sans que ceux-ci ne soient guidés par des directives d'appréciation de la proportion ou de la disproportion. D'autre part, l'appréciation de la disproportion est toujours délicate, lorsque, indirectement, des considérations financières sont en jeu.⁹⁴ Ce dernier

⁹² O. A. Macovei, L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?, Revue de l'Union européenne, 2016, p. 37.

⁹³ H. Ribal et J. Charruan, La notion de handicap et ses conséquences : les apports peu éclairants de la Cour de justice de l'Union européenne, RDSS, 2013, p. 843.

⁹⁴ L. Preud'homme, Droit de l'Union européenne et handicap, Rev. UE, 2014, p. 336.

point laisse penser que la lutte contre les discriminations est subordonnée aux impératifs économiques.⁹⁵

Pour l'instant, une jurisprudence très faible en matière d'aménagements raisonnables n'a pas encore incité une doctrine abondante sur le sujet. Pourtant, les auteurs mettent l'accent sur la nécessité de différencier les aménagements raisonnables des actions positives.

En effet, l'article 7 de la directive dispose que pour « assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} » Et l'alinéa 2 ajoute qu'en « ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail. »

L'Union européenne choisit le terme d'actions positives sans pour autant le définir⁹⁶, d'autres législations utilisent les termes action affirmative, discrimination positive (exemple français) ou discrimination compensatoire.⁹⁷

Dans la même ligne que la critique portant sur les aménagements raisonnables, une auteure critique les actions positives en ayant un « effet pervers » de l'intégration des personnes handicapées car la multiplication des « autorisations » d'adopter des mesures d'action positive amoindrit fortement la portée même du principe de non-discrimination.⁹⁸ En revanche, cette critique globale et simplifiée ne tient pas compte d'actions

⁹⁵ Cf. *L. Joly*, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 253.

⁹⁶ *L. Joly*, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 337.

⁹⁷ *L. Joly*, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 329.

⁹⁸ *O. A. Macovei*, *L'intégration des personnes handicapées dans l'Union européenne : Quel bilan ?*, *Revue de l'Union européenne*, 2016, p. 37.

concrètes susceptibles d'aider les personnes handicapées dans certaines situations dans le monde du travail.

À la différence des aménagements raisonnables, les actions positives ne sont pas conçues de manière à tenir compte des besoins individuels. Elles introduisent une rupture importante par rapport à l'égalité de traitement fondée sur des droits individuels. L'action positive s'adresse à des individus parce qu'ils appartiennent à des groupes considérés comme durablement désavantagés dans leurs perspectives d'intégration à la vie économique et sociale. Il ne s'agit plus de réaliser la justice sur un plan individuel mais aussi la justice collective.⁹⁹

Il est important de noter que l'Union n'oblige pas les États membres à prendre des actions positives, son autorisation relève d'un caractère facultatif dans le cadre juridique actuel.¹⁰⁰ Le considérant 17 de la directive fait aussi preuve du recours modéré à l'action positive.¹⁰¹ Il dispose que *« la présente directive 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, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée. »* L'Union ne favorise pas alors une intégration professionnelle à tout prix. Selon *Laurène Joly*, l'approche du droit de l'Union relative aux actions positives repose sur la promotion de l'égalité des chances et non sur la recherche d'une égalité de résultat. Il admet le recours aux actions positives à la seule condition que celles-ci visent l'égalité des points de départ et non l'égalité des points d'arrivée.

Un exemple concret d'action positive est la question de la compatibilité des quotas d'embauche en faveur des handicapés avec la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. De nombreux États membres de l'UE prévoient, sous une forme ou une autre, des quotas (obligatoires), et dans certains pays comme l'Allemagne et la France, ces quotas sont considérés comme un élément essentiel de la politique d'intégration des personnes handicapées au monde du travail.

⁹⁹ *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 330.

¹⁰⁰ *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 357.

¹⁰¹ *L. Joly*, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 361.

La Cour de Justice n'a jamais traité la validité de ces quotas en matière de handicap mais en application de l'article 7, alinéa 2, la plupart des auteurs¹⁰² considèrent qu'elle pourrait les approuver même si elle avait exclu, par principe, les quotas d'embauche au titre de l'égalité entre les sexes dans l'arrêt *Kalanke*¹⁰³.

En l'absence d'une jurisprudence relative aux actions positives en faveur des employés handicapés, il est à noter que l'Union autorise une certaine marge de manœuvre aux États membres quant aux mesures collectives de promotion de l'égalité de traitement des personnes handicapées.

En revanche, aucune flexibilité n'existe dans la transposition de la directive 2000/78 en droit national. Sa mise en œuvre devait être assurée au 2 décembre 2003 avec possibilité de prolongement du délai par trois ans (article 18 de la directive). Les exemples de la France et de l'Allemagne montrent que ce délai posait des difficultés pour certaines législations nationales.

2. La transposition de la directive en droit national : les exemples de la France et de l'Allemagne

L'entrée en vigueur de la directive 2000/78/CE dans l'ordre juridique européen bouleversait les ordres nationaux et aucun État membre ne pouvait éviter une modification de sa législation en matière d'anti-discrimination des personnes handicapées dans l'accès à l'emploi. Si l'Allemagne se contentait avec l'adoption d'une seule loi transposant plusieurs directives antidiscriminatoires de l'époque, la République tchèque a intenté 121 modifications¹⁰⁴ pour la transposition de la directive « emploi ».

¹⁰² L. *Waddington*, in : rapport de la Commission de juillet 2009, Handicap et droit européen contre la discrimination, p. 38 ; L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 360 s.

¹⁰³ Affaire C-450/93, *Kalanke/ Freie Hansestadt Bremen*, Recueil 1995, p. I-3051.

¹⁰⁴ Cf. la vue d'ensemble sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/NIM/?uri=celex:32000L0078>.

La Cour de justice était saisie par la Commission de plusieurs procédures en manquement dont la plus fameuse est son arrêt *Commission c. Italie*¹⁰⁵. Elle décidait qu'en n'instituant pas d'obligation pour tous les employeurs de mettre en place, en fonction des besoins dans des situations concrètes, des aménagements raisonnables pour toutes les personnes handicapées, la République italienne a manqué à son obligation de transposer correctement et pleinement l'article 5 de la directive 2000/78/.

De la même manière, l'Allemagne fut condamnée le 23 février 2006¹⁰⁶ lors d'une procédure en manquement intentée par la Commission pour non-transposition de la directive en question. L'Allemagne n'avait pas déclaré le prolongement du délai offert par l'article 18 de la directive. Dans son mémoire en défense, le gouvernement allemand faisait état des mesures de transposition ayant déjà été adoptées. Il annonçait que les mesures destinées à finaliser la transposition de la directive 2000/78 interviendraient conjointement avec celles destinées à assurer la transposition de trois autres directives relatives à la lutte contre les discriminations au moyen d'une « loi de transposition des directives communautaires anti-discrimination ». À la différence d'une mise en œuvre isolée de chacune de ces directives, une transposition commune de l'ensemble de celles-ci permettrait d'assurer une protection plus cohérente contre les discriminations.

À la suite de cette condamnation, le législateur allemand adoptait cette loi unique le 14 août 2006.¹⁰⁷ Au cœur de cette loi était l'introduction du *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG* (loi allemande pour l'égalité de traitement). Son but est l'empêchement et la suppression des discriminations fondées sur – entre autres – le handicap (§ 1 AGG). Cette loi n'est pas alors restreinte au domaine du travail mais s'applique plus généralement¹⁰⁸. La loi reprend à l'identique les définitions de

¹⁰⁵ 4 juillet 2013, l'affaire C-312/11 ; pour un commentaire, v. *A. Boujeka*, Travail et handicap dans l'Union européenne : manquement de l'Italie dans la transposition de la directive 2000/78 en matière d'aménagements raisonnables, *Revue de droit du travail*, 2013, p. 707.

¹⁰⁶ Affaire C-43/05.

¹⁰⁷ *Bundesgesetzblatt I*, n° 39, 17.08.2006, p. 1879.

¹⁰⁸ Cf. § 2, champ d'application : n° 1- 4 relatifs à l'accès à l'emploi, conditions du travail et licenciement, accès à l'éducation professionnelle et la participation syndicale, n° 5-

discrimination directe et indirecte données par la directive.¹⁰⁹ De plus, le législateur utilise sa marge de manœuvre en matière d'actions positives.¹¹⁰

Ces dispositions se trouvent dans la partie générale, la première des sept sections de la loi. La deuxième section traite de la protection des salariés contre des discriminations, interdites par § 7 al. 1 AGG. Les stipulations contractuelles en violation de cette interdiction sont frappées d'une nullité, alinéa 2 et une discrimination interdite peut engager la responsabilité contractuelle de l'employeur, §§ 7 al. 3 et 15 AGG. Les dispositions de la loi étant d'ordre public, on ne peut pas y déroger en défaveur de la personne protégée, § 31 AGG.

La loi unique n'introduit pas seulement le AGG mais aussi une loi sur l'égalité de traitement des soldats (cf. §§ 1 al. 2 et 18 pour des dispositions consacrées aux soldats handicapés conformément aux exceptions admises par la directive 2000/78), ainsi qu'une multitude d'autres modifications législatives mineures, dont le livre IX du code social relatif à la réhabilitation et la participation des personnes handicapées. § 164 de ce livre¹¹¹ énumère les obligations de l'employeur et les droits des employés, dont l'interdiction en raison du handicap (alinéa 2) mais aussi le droit à un aménagement raisonnable des machines, du lieu du travail, de l'environnement du travail, l'organisation du travail, du temps de travail etc. (alinéa 4) et prend ainsi compte de l'article 5 de la directive 2000/78.

En France, le législateur a engagé plusieurs modifications de la législation nationale afin de transposer la directive « emploi ».¹¹² Au 2 décembre 2003, date à laquelle les transpositions en droit national devaient être achevées, la France était dans les délais pour l'intégration de la majeure partie du

6 relatifs aux prestations sociales, n° 7 relatif à l'éducation et n° 8 relatif à l'accès aux biens, services et logements.

¹⁰⁹ Compare § 3 al. 1 et 2 AGG avec art. 2 al. 2 de la directive.

¹¹⁰ § 5 AGG.

¹¹¹ Anciennement § 81 (modification en 2017).

¹¹² Cf. la fiche « Anti-discrimination dans le contexte juridique français » de l'École Normale Supérieure de Lyon, publiée sous <http://ses.ens-lyon.fr/ses/fichiers/juridictions-penales.pdf>.

cadre communautaire de lutte contre les discriminations. Elle avait signalé à la Commission qu'elle utiliserait les trois années supplémentaires prévues par la directive. Fin juin 2007, la Commission a enjoint la France (et treize autres États membres de l'UE) d'achever entièrement la transposition des directives sur certains points précis encore incomplètement traités. Malgré une transposition tardive, la France a pu, pour l'instant, éviter une condamnation pour manquement à l'obligation de transposer correctement la directive. Les interventions législatives françaises relatives à l'emploi des personnes handicapées touchent plusieurs domaines du droit et sont codifiées dans plusieurs textes.

Dans une première vague¹¹³ le code de travail était modifié pour interdire des mesures discriminatoires (art. L. 122-45¹¹⁴ devenu aujourd'hui art. L. 1132-1). Une interdiction similaire est désormais insérée à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (loi dite Le Pors)¹¹⁵.

Une deuxième loi¹¹⁶ comportait une section 5 intitulée « Accès à l'emploi des travailleurs handicapés » et inscrivait un article L. 323-8 (devenu art. L. 5212-7) relatif à l'acquittement partiel de l'employeur de l'obligation de l'emploi des travailleurs handicapés, modification peu essentielle en ce qui concerne la transposition de la directive.

Une troisième loi importante¹¹⁷ comportait un chapitre II : « Emploi, travail adapté et travail protégé » faisant plusieurs modifications majeures. Un article L. 122-24-4 (devenu désormais art. L. 1226-2) insère l'obligation pour l'employeur de prendre des mesures telles que mutations,

¹¹³ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹¹⁴ « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de [...] son handicap. »

¹¹⁵ « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de [...] leur handicap [...] »

¹¹⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

¹¹⁷ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail pour les salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi, expression faisant allusion au terme d'aménagements raisonnables favorisé par l'article 5 de la directive. Pareillement, afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur doit prendre, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous condition que ces mesures ne soient pas disproportionnées (cf. art. L. 323-9-1 devenu art. L. 5213-6). La loi entraînait encore d'autres dispositions en rapport avec les aménagements raisonnables et d'autres mesures de promotion de l'égalité de traitement des travailleurs handicapés qui sont trop particulières pour une présentation extensive.

Dernièrement, une quatrième loi de 2008¹¹⁸ comporte des modifications importantes et achève la transposition de la directive. Cette loi consacre une définition conforme à la directive des termes de discriminations directe et indirecte¹¹⁹. Elle réitère l'interdiction de toute « discrimination directe ou indirecte fondée sur [...] le handicap [...] en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant

¹¹⁸ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹¹⁹ « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »

ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle » (art. 2 de la loi).

En outre, il est à noter qu'une discrimination fondée sur le handicap peut désormais être punie lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ou à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur une discrimination en vertu de l'article 225-2 du Code pénal.

Si les différentes transpositions en droit national effectuées par les États membres visent à harmoniser l'accès à l'emploi des personnes handicapées au sein de l'Union européenne, il existe en Europe avec le Conseil de l'Europe une autre institution internationale fortement impliquée dans la lutte contre la discrimination des travailleurs handicapés.

II. – Le Conseil de l'Europe engagé sur plusieurs voies dans la lutte contre la discrimination des personnes handicapées en matière d'emploi

Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale créée le 5 mai 1949 par dix États européens et comportant aujourd'hui 49 membres. Il défend les droits de l'homme par le biais de conventions internationales et préconise la liberté d'expression, la liberté de réunion, l'égalité et la protection des minorités.¹²⁰ Depuis 1959, il vise dans ses travaux les droits des personnes handicapées et lance des projets afin de faciliter l'accès à l'emploi des personnes handicapées. Comme la Commission européenne, il met l'accent sur deux volets à force juridique différente : le lancement de stratégies et projets politiques (B) mais aussi les actes juridiques internationaux, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme qui ne mentionne point le handicap dans son texte ou ses protocoles et la Charte sociale européenne qui y fait référence explicitement mais qui n'a qu'une portée juridique limitée (A).

¹²⁰ <https://www.coe.int/fr/web/about-us/values>.

A. La Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte sociale européenne : une protection différente par deux textes aux valeurs contraignantes différentes

La coexistence de ces deux instruments révèle une conception non unitaire des droits de l'Homme retenue par le Conseil de l'Europe.¹²¹ Le handicap est une des matières qui se classe dans les deux catégories, droits civils et politiques ainsi que droits économiques et sociaux, d'où son traitement différent par la même institution européenne. Le manque de référence au handicap dans la Convention européenne est comblé par une reconnaissance explicite de son existence par la Cour européenne des droits de l'Homme même si sa jurisprudence reste faible en matière d'emploi des personnes handicapées (1). Si la Charte européenne sociale est le premier traité à mentionner les deux points explicitement, l'article 15 de la Charte n'a qu'une portée juridique limitée (2).

1. L'inexistence de la notion de handicap dans la Convention européenne comblée par la reconnaissance explicite par la Cour européenne des droits de l'Homme

La Convention européenne des droits de l'Homme, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950 et entrée en vigueur en 1953, ne fait pas référence explicitement aux termes « handicap », « personnes handicapées » et « personne invalide ».¹²² D'un côté, cette abstention présente l'avantage de ne pas introduire de « différenciation regrettable entre les personnes valides et les personnes non-valides », sachant que l'article 1^{er} de la Convention reconnaît expressément à toutes personnes les droits et libertés définies par la Convention.¹²³ De l'autre côté, une attribution égale

¹²¹ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 148s.

¹²² M. Dupuis, *Cette Convention offre-t-elle une protection adéquate aux personnes handicapées victimes d'une discrimination ?*, RLDC, 2005, n° 19, p. 68 ; L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 148 s ; I. Hachez, *Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées*, p. 607.

¹²³ M. Dupuis, *Cette Convention offre-t-elle une protection adéquate aux personnes handicapées victimes d'une discrimination ?*, RLDC, 2005, n° 19, p. 68.

de droits fondamentaux aux personnes handicapées ne tient pas exactement compte de leurs besoins spécifiques et un traitement égal pourrait entamer une discrimination indirecte (même involontairement). La Cour européenne des droits de l'Homme à Strasbourg a alors reconnu la nécessité de protéger les personnes handicapées au-delà de l'article 14 généralement applicable en matière d'interdiction de discrimination qui dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, [...] *ou toute autre situation* ou d'autres articles envisageables dans la matière de droits des personnes handicapées, à savoir les articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), 5 (liberté d'aller et de venir), 6 (garantie du procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée).¹²⁴

Ainsi l'arrêt *Glör contre Suisse* du 30 avril 2009 a-t-il établi l'existence d' « un consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires » et reconnu, ce faisant que « le champ d'application de [l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme] englobe l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap ». ¹²⁵ Si ce constat ne devrait pas surprendre, il est à noter que la jurisprudence de la Cour EDH est relativement peu abondante pour ce qui est de la protection des droits des personnes handicapées. D'autant plus, il n'y a que peu de contentieux en rapport avec l'emploi des personnes handicapées. Dans un premier temps, la Cour a rendu un arrêt dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* le 29 avril 2002, sur des questions fondamentales sur la vie privée, la qualité de vie et l'autonomie personnelle des personnes handicapées. C'est à l'occasion de cet arrêt que *M. Augustin Boujeka* note que le recours au principe d'autonomie personnelle pourrait ouvrir la voie à des perspectives particulièrement importantes pour les personnes handicapées par application des articles 3 et 8 de la Convention pour ce qui est de

¹²⁴ *I. Hachez*, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 607.

¹²⁵ Cour EDH, arrêt du 30 avril 2009, *Glör c. Suisse*, req. n° 13444/04, §§ 53 et 80 ; *I. Hachez*, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 607.

l'autonomie dans la vie sociale et professionnelle.¹²⁶ Malgré cette idée novatrice la Cour EDH ne semble pas reprendre et soutenir le concept d'une autonomie des personnes handicapées dans la vie professionnelle dans sa jurisprudence.

Contrairement à la CJUE, la Cour EDH n'a jamais défini la notion de « handicap »¹²⁷ ce qui laisse place à une interprétation imprécise et potentiellement très large du terme. M. Joseph Damamme¹²⁸ observe trois scénarios de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de handicap. Soit elle constate la situation de handicap sans en tirer de conséquences (affaire *Salontaji c. Serbie*, 13 octobre 2009), soit elle s'abstient de qualifier une pathologie de handicap quand elle pourrait le faire (affaire *B. c. Royaume-Uni*, 14 février 2012), soit elle utilise les notions de handicap et de maladie de manière interchangeable comme elle l'a fait dans l'affaire *Glör contre Suisse* précitée.

De manière générale, l'interchangeabilité des notions n'est pas dérangeante en droit de la Convention EDH dans la mesure où la Cour considère que la liste des motifs de discrimination de l'article 14 n'est pas exhaustive. Elle a ainsi aisément fait entrer dans cette liste le handicap et la maladie sous l'expression « problème de santé »¹²⁹ sans que la différence entre ces deux notions, cruciale en droit de l'UE, n'importe ici.¹³⁰ Si la

¹²⁶ A. Bonjeka, La protection de la personne handicapée selon le Conseil de l'Europe, p. 94 ; L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 152.

¹²⁷ Dans l'affaire *J. Zehnalova et O. Zehnal c. la République tchèque* du 14 mai 2002 elle cite la recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6 du 9 avril 1992 définissant le handicap comme un « désavantage social pour un individu donné, résultant d'une déficience ou d'une incapacité qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle normal (en rapport avec l'âge, le sexe, les facteurs sociaux et culturels) par cette personne » dans la collection du droit applicable sans que cette définition n'entre dans le raisonnement décisive de l'arrêt.

¹²⁸ La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 842 s.

¹²⁹ Cour EDH, arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, § 57 : « la Cour a récemment admis qu'un handicap physique et certains problèmes de santé relevaient du champ d'application de cette disposition (arrêt *Glör*, §§ 53-56 [...]) ».

¹³⁰ J. Damamme, La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 843.

Cour n'a pas pour le moment défini le handicap d'une manière autonome, elle n'a pour le moment pas non plus opté pour l'un ou l'autre des modèles de handicap proposés.

Si la Cour cite la Convention onusienne porteuse du modèle social du handicap dans l'affaire *Glör contre Suisse* précitée, elle n'y définit pas la notion de handicap et elle ne se montre pas en faveur du modèle social choisie par l'ONU dans la convention internationale. Pourtant, dans un autre arrêt *I. B. c. Grèce* du 21 octobre 2013 concernant le licenciement d'un employé d'une entreprise de fabrication de bijoux en raison de sa séropositivité, certains auteurs¹³¹ ont soutenu l'adoption explicite du modèle sociale par la Cour EDH. Au contraire, d'autres auteurs¹³² remarquent que la Cour ne qualifie pas la situation d'ensemble (l'interaction entre la stigmatisation des collègues et le VIH) de handicap. Elle ne ferait ainsi que réaffirmer que « [l]es personnes porteuses du VIH sont obligées de faire face à de multiples problèmes, de type non seulement médical, mais aussi professionnel, social, personnel et psychologique et surtout à des préjugés parfois enracinés même parmi les personnes les plus instruites ». Cela ne conduirait toutefois pas la Cour à l'effort de définition ou choix d'un modèle précis.

Si les juges de Strasbourg admettent qu'il faut protéger les personnes handicapées dans le domaine de l'emploi ainsi que dans les autres domaines de la vie, l'étendue exacte de cette protection à assurer est loin d'être claire et la rareté de contentieux devant les juges freine le développement d'une jurisprudence qui favorise l'accès à l'emploi des personnes handicapées. Contrairement à ces inexactitudes, la Charte sociale européenne consacre un article propre aux personnes handicapées.

¹³¹ A. Timmer, HIV-based employment discrimination: the ECtHR takes a strong stance in *I. B. v. Greece*, 21 octobre 2013, <https://strasbourgobservers.com/2013/10/21/hiv-based-employment-discrimination-the-ecthr-takes-a-strong-stance-in-i-b-v-greece/>.

¹³² J. Damamme, La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination, *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 5, p. 836, 845.

2. La Charte sociale européenne : premier traité des droits de l'homme à mentionner explicitement le handicap avec portée juridique limitée

À partir de 1961, la Charte sociale européenne, le « pendant social » de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit dans son article 15¹³³ un droit des personnes physiquement ou mentalement diminuées à la formation professionnelle et à la réadaptation professionnelle et sociale ; étant ainsi le premier traité des droits de l'homme à mentionner explicitement le handicap.¹³⁴ La Charte révisée de 1996 reprend cet article 15 avec un contenu différent¹³⁵ et ajoute un article E qui comporte un principe général de non-discrimination. La révision de la Charte introduit aussi un changement du modèle de handicap adopté par l'article 15. Si

¹³³ « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des personnes physiquement ou mentalement diminuées à la formation professionnelle et à la réadaptation professionnelle et sociale, les Parties contractantes s'engagent :

1. à prendre des mesures appropriées pour mettre à la disposition des intéressés des moyens de *formation professionnelle*, y compris, s'il y a lieu, des institutions spécialisées de caractère public ou privé ;

2. à prendre des *mesures appropriées pour le placement* des personnes physiquement diminuées, notamment au moyen de services spécialisés de placement, *de possibilités d'emploi protégé et de mesures propres à encourager les employeurs à embaucher des personnes physiquement diminuées.* »

¹³⁴ F. Kessler, Droit européen, handicap et intégration à l'emploi, RDSS, 2011, p. 806.

¹³⁵ « En vue de garantir aux personnes handicapées, quel que soit leur âge, la nature et l'origine de leur handicap, l'exercice effectif du droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, les Parties s'engagent notamment :

1. à prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une [...] *formation professionnelle* dans le cadre du droit commun chaque fois que possible ou, si tel n'est pas le cas, par le biais d'institutions spécialisées publiques ou privées ;

2. à *favoriser leur accès à l'emploi par toute mesure susceptible d'encourager les employeurs à embaucher et à maintenir en activité des personnes handicapées dans le milieu ordinaire de travail et à adapter les conditions de travail aux besoins de ces personnes ou, en cas d'impossibilité en raison du handicap, par l'aménagement ou la création d'emplois protégés en fonction du degré d'incapacité. Ces mesures peuvent justifier, le cas échéant, le recours à des services spécialisés de placement et d'accompagnement ;*

3. à favoriser leur pleine intégration et participation à la vie sociale, notamment par des mesures, y compris des aides techniques, visant à surmonter des obstacles à la communication [...]. »

L'alinéa 3 fait référence aux nouvelles technologies.

l'ancienne formulation semble préconiser le modèle médical axé sur le besoin d'assistance (« services spécialisés de placement, de possibilités d'emploi protégé »), la formulation révisée marque une nouvelle étape et répond au glissement opéré par les textes internationaux, à savoir que le handicap n'est pas un attribut intrinsèque. Le nouveau modèle social implique que l'exercice et la jouissance des droits sociaux par les personnes handicapées se fassent dans le droit commun et que le recours aux institutions spécialisées n'est plus qu'une exception.¹³⁶

L'article 15 révisé a influencé le libellé de l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.¹³⁷

Quant à la possibilité de conférer des droits subjectifs desquels les personnes handicapées peuvent profiter, le Rapport explicatif à la Charte sociale européenne révisée indique que l'article 15 « ne prévoit pas seulement la possibilité pour les Parties d'adopter des mesures positives en faveur des handicapés, mais dans une large mesure les oblige à le faire. » Il s'agit alors clairement d'une obligation juridique à laquelle les États se soumettent ce qui va bien plus loin que des simples promesses politiques de bonne intention.

Si cet article 15 peut s'avérer progressif, sa portée juridique pose problème en droit interne et devant les juridictions internationales.

En droit interne, il est à noter que les États membres ne sont pas tenus de ratifier l'article 15 de la Charte révisée et seulement 17 États l'ont fait pour l'instant. Même si la France a ratifié cet article il s'ajoute le problème de l'effet direct et l'applicabilité des conventions internationales en droit interne, ce qui rend presque impossible son invocation devant le juge français par un particulier lésé. Contrairement aux juridictions allemandes et belges, il existe en France un défaut de « justiciabilité » de la Charte.¹³⁸

Sur le niveau du droit du Conseil de l'Europe, la Cour EDH n'est compétente que pour la CEDH ; l'appréciation de la Charte sociale européenne se fait par le Comité européen des droits sociaux, un comité

¹³⁶ B. Boissard, Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe, in : Handicap et droit public, p. 154.

¹³⁷ I. Hachez, Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées, p. 605.

¹³⁸ L. Joly, L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité, p. 164.

d'experts indépendants dont les décisions n'ont pas force contraignante.¹³⁹ À l'instar de celles rendues par le Comité des droits des personnes handicapées de l'Organisation des Nations Unies, les décisions du Comité européen des droits sociaux relèvent alors de la « soft law » ; il en va de même des constatations qu'il rend dans le cadre du mécanisme de contrôle sur rapport.¹⁴⁰

Le Comité, à travers l'examen des rapports soumis périodiquement par les États parties, a contribué à éclairer le contenu et les dispositions de la Charte. En ce qui concerne la conformité de la législation française à l'article 15§2 relatif à l'accès à l'emploi des personnes handicapées, le Comité constate des violations par la France depuis des années.¹⁴¹ Dans ses conclusions de 2012¹⁴², le Comité critique le manque d'informations sur l'obligation pour les employeurs de prendre des aménagements raisonnables et le transfert des travailleurs handicapés de l'emploi en milieu protégé vers un emploi en milieu ordinaire. Ce dernier point faisait déjà l'objectif du mécontentement du Comité en 2008. Dans ses conclusions les plus récentes de 2017¹⁴³, le Comité conclut que la situation de la France n'est toujours pas conforme à l'article 15§2 de la Charte aux motifs qu'il n'est pas établi que le droit à des aménagements raisonnables du lieu de travail soit effectivement garanti aux personnes handicapées et que l'égalité d'accès à l'emploi soit effectivement garantie aux personnes handicapées.

En Allemagne, le Comité conclut que la situation est conforme à l'article 15§2 de la Charte de 1961.¹⁴⁴

Outre ces rapports périodiques, l'inscription de l'article 15 dans la catégorie des droits fondamentaux permet également aux organisations habilitées de mettre en œuvre la procédure de réclamations collectives qui

¹³⁹ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 159.

¹⁴⁰ I. Hachez, *Commentaire article 26, Intégration des personnes handicapées*, p. 607.

¹⁴¹ L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 163.

¹⁴² <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=2012/def/FRA/15/2/FR>.

¹⁴³ <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=2016/def/FRA/15/2/FR>.

¹⁴⁴ <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=XXI-1/def/DEU/15/2/FR>.

accompagne à présent cette Charte et qui peut déboucher sur des décisions du Comité européen des droits sociaux.¹⁴⁵ Si la France a fait l'objet d'une telle réclamation en 2002 (*Autisme Europe c. France*) qui a entamé le constat d'une violation de l'article 15§1, aucune réclamation n'était pour le moment engagée en matière d'accès à l'emploi, résultat « pathétique » de ce mécanisme selon un auteur¹⁴⁶.

Pour résumer, cette convention internationale présente un contenu intéressant d'un point de vue du droit matériel mais sa faible importance juridique dans l'ordre juridique des États membres l'empêche d'avoir une forte signification pour l'accès au travail des personnes handicapées. Située entre le soft law et le hard law, son effectivité dépend de la volonté de la politique nationale et du niveau du Conseil de l'Europe.

B. Les stratégies politiques entamées au profit des employés handicapés

L'adoption de conventions internationales contraignantes est un processus long et difficile, voire impossible en absence d'un consensus des États en question. Le Conseil de l'Europe, chargé de promouvoir le respect des droits de l'Homme en Europe, en tant qu'organisation intergouvernementale, ne peut pas forcer ses membres à protéger les droits des personnes handicapées et il ne peut pas prendre des mesures garantissant l'accès à l'emploi des personnes handicapées. En revanche, ses organes disposent de divers moyens politiques ciblés pour atteindre ces buts. Ils relèvent tous du soft law et méritent une présentation détaillée parce qu'ils sont l'exemple parfait d'une organisation internationale qui souhaite faire avancer activement l'état du droit de l'emploi des personnes handicapées dans l'ordre juridique interne des États membres. Le soft law permet de contourner des blocages législatifs dans les États au profit d'une évolution lente mais résolue qui fait naître dans les États mêmes le souhait d'un développement favorable dans le domaine donné. Ayant défini l'objectif d'intégration des personnes handicapées dans la vie sociale

¹⁴⁵ F. Kessler, *Droit européen, handicap et intégration à l'emploi*, RDSS, 2011, p. 806.

¹⁴⁶ B. Boissard, *Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe*, in : *Handicap et droit public*, p. 159.

depuis 1959 déjà, il est remarquable de retracer le progrès fait en la matière. L'effort du Conseil de l'Europe est certainement aussi à l'origine de certaines améliorations de la situation professionnelle des personnes handicapées dans les États membres.

En premier, le Conseil de l'Europe élargit son champ d'activité à la question du handicap par une résolution de 1959, concrètement à la réadaptation et le réemploi des « invalides ». Progressivement ce terme sera remplacé par « handicap ».¹⁴⁷ Par la recommandation n° R (92) 6 du Comité des ministres aux États membres relative à une politique cohérente pour les personnes handicapées, le Conseil d'Europe adopte pour la première fois en 1992 le modèle social en définissant le handicap ainsi : « *Le handicap est fonction des relations des personnes handicapées avec leur environnement. Il surgit lorsque ces personnes rencontrent des obstacles culturels, matériels ou sociaux qui les empêchent d'accéder aux divers services de la société qui sont à la portée de leurs concitoyens. Le handicap réside donc dans la perte ou la limitation des possibilités de participer sur un pied d'égalité avec les autres individus à la vie de la communauté.* » La recommandation met en avant, entre autres, la coopération étroite et précoce entre les services et autorités chargées de la formation professionnelle et de l'emploi, ce qui doit assurer la participation pleine et active à la vie en société.¹⁴⁸

Une nouvelle recommandation de l'Assemblée plénière du Conseil de l'Europe de 2003¹⁴⁹ souligne un semi-échec du Conseil et surtout ses États membres en considérant qu'un grand nombre de droits comme le droit au travail ne sont toujours pas accessibles pour les personnes handicapées. L'Assemblée propose alors un effort continu du Conseil et des États et propose un changement des conventions internationales et l'adoption d'une convention fixant un quota minimal d'emploi des personnes

¹⁴⁷ B. Boissard, Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe, in : Handicap et droit public, p. 151.

¹⁴⁸ B. Boissard, Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe, in : Handicap et droit public, p. 155.

¹⁴⁹ Recommandation n° 1592 (03), « Vers la pleine intégration sociale des personnes handicapées ».

porteuses d'un handicap dans les entreprises employant plus de 50 personnes, ce qui n'est pas suivi d'actions.¹⁵⁰

En revanche, par la suite le Conseil lance un « plan d'action pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société : améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015. »¹⁵¹ Selon l'évaluation propre du Conseil¹⁵², le Plan d'action, en combinaison avec la Convention des Nations Unies, ont marqué un « changement de paradigme », qui a conduit à remplacer l'approche médicale traditionnelle du handicap par une approche fondée sur les droits de l'homme ; la reconnaissance de la dignité et des droits de la personne handicapée en tant qu'être humain sous-tendrait la nouvelle approche. À noter dans le cadre de ce mémoire, la ligne d'action n° 5 traite des questions relatives à l'emploi, l'orientation et la formation professionnelles. Ses objectifs sont de promouvoir l'emploi des personnes handicapées sur le marché ouvert du travail en associant des mesures antidiscriminatoires et des actions positives afin de garantir l'égalité des chances aux personnes handicapées et de lutter contre la discrimination et promouvoir la participation des personnes handicapées dans les domaines de l'évaluation, de l'orientation et de la formation professionnelles, ainsi que dans les services liés à l'emploi. Cette ligne d'action comporte aussi des propositions concrètes à réaliser par les États membres. Elle constate que c'est avant tout aux gouvernements des États membres qu'incombe la mise en œuvre des politiques relatives aux personnes handicapées au niveau national et, plus particulièrement, des actions spécifiques prévues dans le cadre de chaque ligne d'action. Le Conseil est alors bien conscient de son rôle limité dans la mise en œuvre effective de ces recommandations et sa dépendance des gouvernements étatiques. Il présente alors son plan « de feuille de route aux décideurs » pour leur permettre de concevoir, d'ajuster, de recentrer et de mettre en œuvre des plans et programmes appropriés et des stratégies novatrices. En

¹⁵⁰ F. Kessler, *Droit européen, handicap et intégration à l'emploi*, RDSS, 2011, p. 806 ; L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, p. 146.

¹⁵¹ Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres aux États membres.

¹⁵² Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme: Une réalité pour tous, Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023*, p. 4.

outre, le Conseil ne donne pas de définition du handicap en considérant que cette question relève de la politique nationale de chaque État membre, preuve du caractère « soft law » de ce plan d'action laissant une large marge de manœuvre aux États. Les trois recommandations n'ont pas d'effet impératif mais elles peuvent toutefois servir de guide pour les législateurs soucieux de mettre en œuvre une politique du handicap.¹⁵³

Après une évaluation en 2014-2015 encouragée par l'Assemblée parlementaire dans sa Recommandation 2064 (2015) qui met en lumière les progrès réalisés, en ce qui concerne notamment la législation, la prestation de services, l'environnement physique et les comportements à l'égard des personnes handicapées, le Conseil de l'Europe a lancé une nouvelle stratégie sur le handicap 2017-2023 dont l'objectif général est la réalisation de l'égalité, de la dignité et de l'égalité des chances pour les personnes handicapées.¹⁵⁴ Dans cette stratégie actuelle, le domaine de l'emploi n'est plus mentionné explicitement. Seulement dans le cadre de l'éducation et la formation, il est prévu que des programmes d'éducation et de formation, les campagnes et les matériaux destinés aux professionnels doivent inclure la dimension du handicap pour s'assurer que les professionnels ont les compétences et les connaissances requises, afin de remplir leurs fonctions de manière égale et inclusive.¹⁵⁵ Selon le Conseil, un effort de sensibilisation des employeurs suffit afin d'assurer l'inclusion de personnes handicapées dans les lieux de travail, approche très floue et peut-être trop simplifiée. De plus, l'emploi est visé dans l'objectif de promouvoir l'égalité et la non-discrimination, encore une approche très peu concrète et répétée depuis des années. Si une généralisation des termes employés dans cette stratégie entraîne un éloignement regrettable des domaines importants, la professeure *Lisa Waddington* a publié une étude¹⁵⁶ sur la promotion d'égalité et la non-discrimination des personnes handicapées dans le cadre de la stratégie du

¹⁵³ F. Kessler, *Droit européen, handicap et intégration à l'emploi*, RDSS, 2011, p. 806.

¹⁵⁴ Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme: Une réalité pour tous, Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023*, p. 4.

¹⁵⁵ Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme: Une réalité pour tous, Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023*, p. 8.

¹⁵⁶ *Promoting Equality and Non-Discrimination for Persons with Disabilities*, 2017.

Conseil où elle consacre un chapitre¹⁵⁷ aux mesures positives à prendre afin de promouvoir l'égalité et la non-discrimination sur le marché de travail. Elle met l'accent sur la nécessité de mettre à disposition des moyens financiers dans les cas où un aménagement raisonnable du lieu de travail, le soutien par un coach spécialisé ou des cours supplémentaires paraissent utiles. Si l'État en prend charge, les aménagements raisonnables ne constituent plus d'obstacles pour l'employeur.

Dans le cadre des moyens non-financiers, la professeure cite des exemples de législation des États membres. Entre autres, elle décrit la sensibilisation des entreprises allemandes employant des personnes handicapées qui ont obtenu des prix de bonne pratique par l'agence fédérale pour l'anti-discrimination en 2013, année dédiée aux personnes handicapées en Allemagne.

Pour résumer, le Conseil de l'Europe utilise les moyens de soft law de pair avec les conventions internationales existantes pour promouvoir une politique déterminée d'améliorer l'inclusion des personnes handicapées en Europe. Il essaie d'influencer les législations nationales par des voies multiples et il est un forum de discussion et de rencontre pour des divers groupes de la société civile et des organisations représentatives des personnes handicapées. Il coopère aussi avec l'OSCE, l'OMS, la banque mondiale, l'UE et l'ONU dans le but de faciliter l'accès à l'emploi des personnes handicapées.¹⁵⁸ En doctrine¹⁵⁹, des idées circulent pour la mise en avant de textes contraignants, telle que l'élaboration d'une convention européenne des droits des personnes handicapées à l'image de la Convention de l'ONU, l'insertion des droits sociaux dans la CEDH existante ou l'élaboration d'un protocole additionnel sur les droits sociaux des personnes handicapées à la CEDH. Mais en réalité, une opposition idéologique des États s'ajoute du fait d'une crainte de coûts trop onéreux

¹⁵⁷ P. 33 s.

¹⁵⁸ Conseil de l'Europe, Droits de l'homme: Une réalité pour tous, Stratégie du Conseil de l'Europe sur le Handicap 2017-2023, p. 17.

¹⁵⁹ B. Boissard, Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe, in : Handicap et droit public, p. 162.

pour les budgets nationaux. Ceci rendrait difficile l'exécution des décisions juridictionnelles constatant des violations de ce type de droits sociaux.¹⁶⁰

Pour le moment, en absence d'un consensus interétatique quant aux modalités de l'accès à l'emploi des personnes handicapées, il faut se contenter des avances politiques par le Conseil de l'Europe même s'il est regrettable que sa rhétorique devienne moins concrète et plus générale dans la stratégie actuelle. Pour le Conseil, le soft law constitue un outil indispensable à sa mission en matière d'employés handicapés.

¹⁶⁰ B. Boissard, Droits sociaux et handicap au prisme du Conseil de l'Europe, in : Handicap et droit public, p. 163.

Droit et Handicap dans la Grande Région
De l'enfance à l'âge adulte, état des lieux.

Zusammenfassung: Der Einsatz von *Hard-* und *Soft Law* bei der Behandlung von Menschen mit Behinderung im europäischen Arbeitsrecht

Björn Schümann¹

Citer cette publication : Björn Schümann, « Zusammenfassung: Der Einsatz von *Hard-* und *Soft Law* bei der Behandlung von Menschen mit Behinderung im europäischen Arbeitsrecht », *Droit et Handicap dans la Grande Région. De l'enfance à l'âge adulte, état des lieux.*

¹ Assistant scientifique Europa Institut, Université de la Sarre.

Die Relevanz der in dieser Arbeit behandelten Frage nach rechtlichen Regelungen für Arbeitnehmer mit Behinderung zeigt sich in der deutlich geringeren Erwerbsquote von Menschen mit Behinderung gegenüber der Quote von Menschen ohne Behinderung. Nach Zahlen der Europäischen Kommission haben 29,5 % der Frauen und 24,5 % der Männer in der Gesamtbevölkerung eine Behinderung. Davon schaffen etwa 49 % den Zugang zum Arbeitsmarkt, während es bei Menschen ohne Behinderung 72,5 % sind.

Eine der ersten Schwierigkeiten liegt bereits in dem Begriff der „Behinderung“, da es keine einheitliche bzw. autonome Definition gibt. Konsens besteht aber insofern, als das zwischen der medizinischen und der sozialen Konzeption der Behinderung unterschieden werden muss. Dabei sieht die medizinische Konzeption das Hauptproblem in der zu erbringenden medizinischen Versorgung, während in der sozialen Konzeption Behinderung in erster Linie als ein „gesellschaftlich geschaffenes Problem“ angesehen wird.

Die Begrifflichkeit hängt auch von dem Bereich ab, in dem sie verwendet wird, da der Ansatz ein anderer ist. So ist in der Antidiskriminierungsgesetzgebung die Definition von Behinderung bewusst weit gefasst, um so den Schutz vor Diskriminierungen zu gewährleisten.

Bei der Suche nach einer Definition muss der Bereich beachtet werden, in dem der Begriff verwendet wird. Im Rahmen der Antidiskriminierungsgesetzgebung wird der Ansatz verfolgt, eine weitgefaste Definition von Behinderung zu haben, um einen größeren Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten. Im Sinne der Sozialgesetzgebung ist eine enger gefaste Definition nötig, weil dadurch Ansprüche auf bestimmte finanzielle Leistungen des Staates begründet werden. Der Autor führt an, dass sich die Bestimmungen im EU-Recht mehr darauf konzentrieren, die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung zu beenden, als das Grundrecht auf Gleichheit für alle zu gewährleisten. Das führt zu einer Asymmetrie, die Menschen, die nicht „ausreichend behindert“ sind, von Antidiskriminierungsbestimmungen ausschließen.

In den Bereichen Antidiskriminierung und Zugang zur Beschäftigung waren die auf internationaler Ebene geschlossenen Verträge wie das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, eine echte treibende Kraft bei der Harmonisierung der europäischen und nationalen Rechtsvorschriften. Staatliche Ängste vor dem wirtschaftlichen Gewicht von Inklusionsmaßnahmen sind jedoch eine Bremse für den Schutz der wirtschaftlichen und sozialen Rechte von Menschen mit Behinderungen. Um diese Hindernisse auszugleichen, vervielfachen sowohl die Europäische Union (I) als auch der Europarat (II) ihre Verpflichtungen, wobei sie wie üblich verbindliche Vertragstexte verwenden, aber durch die Einführung von „*Soft Law*“-Instrumenten innovativ sind. Dies sind Regeln, die das Verhalten leiten, aber nicht unbedingt rechtsverbindlich oder strafbar sind. Diese Regeln wirken, wie die Untersuchung zeigt, in Synergie mit „hartem Recht“ und fördern die Bildung von Rechtssystemen, die Arbeitnehmer mit Behinderungen einschließen.

Die Eingliederung von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz ist ein wichtiges Ziel auf europäischer Ebene, allerdings stoßen die Institutionen oft auf Bedenken der Mitgliedsstaaten, die insbesondere wirtschaftlicher Natur sind. Daher verfolgen sowohl die Europäische Union (I) als auch der Europarat (II) eine Kombination aus verbindlichen Rechtsakten und politischen Strategien, die die Mitgliedsstaaten dazu zu ermutigen, selbst antidiskriminatorische Maßnahmen im Bereich des Zugangs zu Beschäftigung für Menschen mit Behinderungen zu ergreifen.

I. – Die Förderung von Antidiskriminierungsmaßnahmen für Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz durch die Europäische Union: zwischen politischen Strategien und zwingendem Recht

Obwohl der Grundrechtsschutz ursprünglich dem Europarat vorbehalten sein sollte, wurde die Europäische Union durch die Erweiterungen ihrer Kompetenzen dazu veranlasst, das Ziel der Antidiskriminierung von Arbeitnehmern mit Behinderungen zu verfolgen. Dieses Ziel wird auf

zweierlei Weise verfolgt: dort wo die EU-Gesetzgebungskompetenz hat, werden verbindliche Texte wie die Richtlinie 2000/78/EG erlassen (B), jedoch begnügt sie sich meist mit rein politischen Strategien und Projekten ohne normative Kraft (A).

A. Antidiskriminierung von Menschen mit Behinderung in der Arbeitswelt: ein langjähriges politisches Ziel der Europäischen Union

Die politischen Strategien der EU zur Integration von Arbeitnehmern mit Behinderung beeinflussen einen Bereich, der hauptsächlich in die nationale Zuständigkeit fällt (1). Der verbindliche Text der Charta der Grundrechte hat in Wirklichkeit einen programmatischen Charakter als Grundlage für die Einleitung politischer Strategien (2).

1. Das Vorbringen von Strategien, die sich an Arbeitnehmer mit Behinderung richten in einem Bereich, der von nationaler Kompetenz dominiert wird

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung muss die Union innerhalb der Grenzen der übertragenen Befugnisse handeln. Die Mitgliedsstaaten zeigen Vorbehalte hinsichtlich einer zu weiten Zuständigkeit der EU. Obwohl die Beschäftigung und der Antidiskriminierungsaspekt der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung erst durch den Vertrag von Amsterdam in die „offizielle“ Zuständigkeit der EU fallen, konnte sie bereits 1974 zwei Beschlüsse über den Zugang von Menschen mit Behinderung zur Beschäftigung verabschieden, die auf einer Rechtsgrundlage beruhten, die eigentlich nicht spezifisch für Arbeitnehmer mit Behinderung waren. In den 1980er Jahren kam es zu einer Zunahme politischer Initiativen, wie z. B. die Einrichtung einer interfraktionellen Arbeitsgruppe zum Thema „Menschen mit Behinderung“ und dann einer Abteilung für diese Themen innerhalb der Kommission. Zwei Aktionsprogramme der Gemeinschaft, Helios I und Helios II, wurden zur Koordinierung der nationalen

Behindertenpolitik aufgelegt. Die Zuständigkeiten der Union wurden durch den Vertrag von Amsterdam erheblich erweitert, indem eine Rechtsgrundlage für Beschäftigung, Behinderung und ein allgemeiner Artikel über Nichtdiskriminierung eingeführt werden. Dieser Erweiterung steht jedoch die Beibehaltung des Einstimmigkeitserfordernisses für Entscheidungen über Behinderungen gegenüber, obwohl dieses Erfordernis durch den Vertrag von Lissabon in vielen anderen Bereichen aufgehoben wurde. Im November 2010 stellte die Kommission den EU-Aktionsplan für Menschen mit Behinderungen vor, der acht Aktionsbereiche identifiziert. Diese Beispiele zeigen, dass die EU nun über notwendige rechtliche Instrumente verfügt, um verbindliche Rechtsakte zugunsten behinderter Arbeitnehmer zu erlassen. Das Soft Law kann sich also als nützlich erweisen, um den Widerstand der Mitgliedsstaaten zu umgehen.

2. Artikel 26 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union: der programmatische Charakter eines verbindlichen Textes

Die Charta ist seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Teil des europäischen Primärrechts. Aus Artikel 26 der Charta scheinen sich subjektive Rechte auf Integration von Menschen mit Behinderung zu ergeben. Sowohl die Rechtsprechung als auch die herrschende Meinung in der Literatur weisen jedoch auf den programmatischen Charakter dieses Artikels hin. Die ungewöhnliche Kombination aus negativen und positiven Verpflichtungen, auf der Artikel 26 beruht, lässt sich mit der begrenzten Zuständigkeit der EU im Bereich der Behinderung erklären und zeigt, dass die Wirksamkeit von Artikel 26 auch von der Umsetzung nationaler Durchführungsmaßnahmen abhängt. Artikel 51 der Charta zeigt weiter, dass sich Einzelpersonen nur eingeschränkt auf diesen Artikel berufen können. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit seinem Glatzel-Urteil von 2014 die Tür zu Artikel 26 als subjektives Rechte für Menschen mit Behinderung endgültig geschlossen. In einem anderen Urteil scheint der Gerichtshof zu bestätigen, dass die Einklagbarkeit von Artikel 26 auf eine Verpflichtung zur konformen Auslegung beschränkt

ist. Damit scheint Artikel 26 eher zu Initiativen wie der Strategie 2010-2020 zu führen als zu Rechten, die vor einem Richter geltend gemacht werden können.

B. Seltene gesetzgeberische Eingriffe: Richtlinie 2000/78/EG, eine strategische Verschiebung zugunsten von Menschen mit Behinderung in der Arbeitswelt

Der gesetzgeberische Wendepunkt ist in einer verbindlichen Rechtsnorm verankert, der Richtlinie 2000/78/EG, in der Regeln zur Antidiskriminierung von Menschen mit Behinderung in der Arbeitswelt entwickelt werden. In Artikel 5 dieser Richtlinie sind angemessene Vorkehrungen als Förderung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verankert. Diese Richtlinie muss in nationales Recht umgesetzt werden, wie am Beispiel von Deutschland und Frankreich aufgezeigt (2). Bei Unsicherheiten über die Auslegung der Richtlinie kann der nationale Richter die Fragen dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen. Die meisten Rechtsstreitigkeiten vor den europäischen Gerichten konzentrieren sich auf den Begriff der Behinderung. Es gibt eine Vielzahl weiterer Fragen, die durch die Richtlinie aufgeworfen werden, jedoch bisher nur wenig Rechtsprechung (1).

1. Die Vielfalt der Probleme mit der Richtlinie, die durch eine spärliche Rechtsprechung aufgeworfen werden

a. Die schwierige und ambivalente Definition von Behinderung

Der EuGH verfolgt bei der Suche nach einer Definition einen sehr funktionalen Ansatz und erweitert den Begriff über die medizinische und soziale Konzeption hinaus.

i. Die Rechtssachen Chacón Navas und HK Danmark unter dem Einfluss der medizinischen und sozialen Konzeption von Behinderung und der UN-Konvention

In seinem Urteil in der Rechtssache Chacón Navas aus dem Jahr 2006 lehnte es der EuGH ab, Krankheit in die Liste der von der Richtlinie erfassten Diskriminierungsgründe aufzunehmen. In der Tat unterscheidet der Gerichtshof zwischen „Krankheit“ und „Behinderung“ und definiert „Behinderung“ nach dem medizinischen Modell, wobei die Beeinträchtigung „von langer Dauer“ sein muss. Diese Rechtsprechung wurde in der Folge aus zwei Gründen stark kritisiert. Der erste betrifft die schwierige Abgrenzung zwischen den Begriffen „Krankheit“ und „Behinderung“ bei Langzeiterkrankungen wie chronischen Erkrankungen. Der zweite bezieht sich auf das Fehlen des sozialen Aspekts in der Definition von Behinderung. Dieser gewählte Ansatz fand keinen Konsens in der Union. Um einen Konflikt zu vermeiden, hat der EuGH die Definition der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG in der Rechtssache HK-Dänemark angepasst. Es wurde der Begriff der Umwelt integriert, was die Übernahme der sozialen Konzeption von Behinderung darstellt. Die Änderung wurde insbesondere durch Artikel 1 der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vorangetrieben, die 2009 von der Europäischen Union ratifiziert wurde. Diese erweiterte Definition wird allerdings auch kritisiert, da sie zu weit gefasst ist und es kein Kriterium der Schwere der Behinderung gibt. Die zu weit ausgelegte Definition wurde durch eine Reihe von Urteilen konkretisiert.

ii. Die sowohl restriktive als auch weit gefasste Definition von Behinderung zeigt die ständige

Entwicklung des Begriffes: die Rechtssachen

Coleman, Frau Z., FOA und Daouidi.

Im Jahr 2008 legte der Gerichtshof in der Rechtssache Coleman die Richtlinie 2000/78/EG so aus, dass sie auf Fälle von Diskriminierung durch Assoziierung mit einer Person mit einer Behinderung anwendbar ist. Der Autor erörtert ausführlich die kritischen Stimmen in der Lehre in Bezug auf das Urteil, unter Berücksichtigung der Angehörigen von Menschen mit Behinderung.

Im Jahr 2014 nutzt der Gerichtshof verbindliche Standards, um Antidiskriminierungsmaßnahmen zu entwickeln, die über die dem europäischen Gesetzgeber übertragene Kompetenz hinausgehen. In der Rechtssache FOA lehnt der Gerichtshof einen allgemeinen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aufgrund von Fettleibigkeit ab, akzeptiert aber, dass Fettleibigkeit als Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG qualifiziert wird, wenn die Situation der Fettleibigkeit die Voraussetzungen der im HK-Danmark Urteil festgelegten Definition von Behinderung erfüllt. Eine langfristige Beeinträchtigung durch Adipositas muss dann nachgewiesen werden.

Durch eine strikte Anwendung der HK-Danmark Rechtsprechung sah sich das Gericht jedoch auch veranlasst, den Umfang der Definition von Behinderung einzuschränken. In der Rechtssache Frau Z. aus dem Jahr 2014 ging es um die Frage, ob eine Frau, die nicht in der Lage ist, ein Kind zu gebären und daher eine Leihmutter in Anspruch nimmt, aufgrund ihrer „Behinderung“ Anspruch auf Mutterschaftsurlaub hat. Der EuGH entschied, dass dies keine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG darstellt.

Schließlich wird 2016 durch die Rechtssache Daouidi das bereits früher erwähnte aber lange Zeit wenig vertiefte Kriterium der Dauerhaftigkeit durch den Gerichtshof geklärt. Darin entschied der EuGH, dass eine Beeinträchtigung, die vorübergehender Natur ist, deren Ende aber zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung nicht absehbar ist oder in weiter Ferne zu liegen scheint, in den Anwendungsbereich der Definition

von Behinderung fällt. Diese Rechtsprechung ist für den Autor ein Anlass, die Relevanz des Kriteriums der Dauerhaftigkeit zu überdenken.

b. Antidiskriminierungsmaßnahmen: angemessene Vorkehrungen und positive Maßnahmen

Unter US-amerikanischen Einflüssen konzentriert sich Artikel 5 der Richtlinie 2000/78 auf das Konzept der angemessenen Vorkehrungen durch den Arbeitgeber, sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor, um Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt zu integrieren. Angemessene Vorkehrungen können Maßnahmen physischer, organisatorischer und/oder pädagogischer Art sein. In der oben genannten Rechtssache hat der EuGH die Arbeitszeitverkürzung für Menschen mit Behinderung als eine solche angemessene Vorkehrung eingestuft, das einzige nennenswerte Urteil, das sich mit dieser Frage befasst. Der Gesetzgeber hat aber auch eine Einschränkung vorgenommen, nämlich dass die Maßnahme den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten darf. Die Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch staatliche Maßnahmen ausgeglichen wird.

Davon unterschieden werden positive Maßnahmen, die nicht darauf ausgelegt, die individuellen Bedürfnisse zu berücksichtigen. Die Union verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht zu diesen positiven Maßnahmen, ihre Zustimmung ist nach dem gegenwärtigen Rechtsstand lediglich fakultativ. Das Ziel solcher Maßnahmen liegt dabei in der Förderung der Chancengleichheit und nicht einer Ergebnisgleichheit. Mangels entsprechender Rechtsprechung wird den Mitgliedsstaaten ein gewisser Spielraum in Bezug auf positive Maßnahmen eingeräumt. Jedoch hat auch die Umsetzung der Richtlinie Schwierigkeiten für bestimmte nationale Gesetzgeber mit sich gebracht.

2. Die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht: die Beispiele Frankreich und Deutschland

Die Richtlinie 2000/78/EG hat die nationalen Rechtsordnungen völlig verändert. Der EuGH hatte über mehrere Vertragsverletzungsverfahren wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung zu entscheiden. Nach dem Urteil hat Deutschland 2006 ein einziges Gesetz zur Umsetzung der vier Antidiskriminierungsrichtlinien verabschiedet. Kernstück dieses Gesetzes war die Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Dieses ist nicht auf den Bereich der Arbeit oder die Diskriminierung aufgrund einer Behinderung beschränkt, sondern gilt allgemeiner. Das Gesetz übernimmt die Definitionen von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung aus der Richtlinie und nutzt darüber hinaus den Handlungsspielraum im Hinblick auf positive Maßnahmen. Zudem enthält das Umsetzungsgesetz ein Gesetz zur Gleichbehandlung von Soldaten und eine Reihe weiterer kleinerer Gesetzesänderungen, womit dem Artikel 5 der Richtlinie Rechnung getragen wird.

Frankreich hat die eingeräumte zusätzliche Dreijahresfrist genutzt und die Richtlinie durch vier Gesetze umgesetzt. Das erste Gesetz änderte das französische Arbeitsgesetzbuch, indem es diskriminierende Maßnahmen verbietet. Das zweite Gesetz betrifft den Zugang zu Beschäftigung für Arbeitnehmer mit Behinderung. Das dritte Gesetz enthält einige wichtige Änderungen, denn es führt die Verpflichtung für den Arbeitgeber ein, angemessene Vorkehrungen und andere Maßnahmen zur Förderung der Gleichbehandlung zu treffen. Das vierte Gesetz von 2008 übernimmt die Definitionen der direkten und indirekten Diskriminierung und vervollständigt die Umsetzung der Richtlinie. Darüber hinaus kann eine Diskriminierung aufgrund einer Behinderung in Form der Verweigerung einer Einstellung, Bestrafung oder Entlassung eine Straftat gemäß Artikel 225-2 des französischen Strafgesetzbuchs darstellen.

II. – Der Europarat setzt sich auf verschiedene Weise für die Bekämpfung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung in der Arbeitswelt ein.

Der Europarat kämpft ebenso wie die Europäische Union gegen Diskriminierung und für den Zugang zu Beschäftigung für Menschen mit Behinderung, sowohl durch verbindliche Rechtsakte in Form der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Europäischen Sozialcharta (A) als auch durch politische Strategien und Projekte (B).

A. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Sozialcharta: unterschiedlicher Schutz durch zwei Rechtstexte mit unterschiedlichem Verbindlichkeitsgrad

Die Koexistenz der EMRK und der Europäischen Sozialcharta offenbart eine nicht einheitliche Konzeption. Behinderung ist eines der Themen, das sowohl in die Kategorie der bürgerlichen und politischen Rechte als auch der wirtschaftlichen und sozialen Rechte fällt. Allerdings wird nur in der Europäischen Sozialcharta Behinderung ausdrücklich erwähnt (2), die fehlende Erwähnung in der EMRK wird durch die ausdrückliche Anerkennung durch den EGMR kompensiert (1).

1. Das Fehlen des Begriffs der Behinderung in der Europäischen Konvention wurde durch die ausdrückliche Anerkennung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ausgeglichen

Die fehlende Erwähnung von Behinderungen in der EMRK hat den Vorteil, dass keine unglückliche Unterscheidung zwischen behinderten und nicht behinderten Menschen eingeführt wird, da Artikel 1 der Konvention ausdrücklich die in der Konvention definierten Rechte und

Freiheiten für alle Personen anerkennt. Dies berücksichtigt jedoch nicht die besonderen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung. Der EGMR erkannte daraufhin die Notwendigkeit, Menschen mit Behinderung über das allgemein gültige Diskriminierungsverbot des Artikels 14 hinaus zu schützen.

So wurde im Glör-Urteil festgestellt, dass Artikel 14 das Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung umfasst. Allerdings ist die Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf den Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderung und insbesondere im Zusammenhang mit ihrer Beschäftigung relativ spärlich. In dem Pretty-Urteil von 2002 geht es um grundlegende Fragen der persönlichen Autonomie von Menschen mit Behinderung. Dieses Konzept könnte besonders wichtige Möglichkeiten im Arbeitsleben eröffnen, scheint jedoch in der Rechtsprechung des EGMR nicht aufgegriffen und unterstützt zu werden.

Anders als der EuGH hat der EGMR den Begriff der Behinderung nie definiert, was Raum für eine ungenaue und potenziell sehr weite Auslegung des Begriffs lässt. Dies stört jedoch nicht, da der Gerichtshof der Ansicht ist, dass die Liste der Gründe für eine Diskriminierung in Artikel 14 nicht erschöpfend ist.

2. Die Europäische Sozialcharta: der erste Menschenrechtsvertrag, der Behinderung ausdrücklich erwähnt, mit begrenzter rechtlicher Reichweite

Bereits 1961 wurde in Artikel 15 der Europäischen Sozialcharta ein Recht auf berufliche Ausbildung sowie auf berufliche und soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung für Menschen mit Behinderungen festgeschrieben. Bei der Überarbeitung der Charta im Jahr 1996 wurde dem Artikel 15 ein allgemeiner Grundsatz der Nichtdiskriminierung hinzugefügt. In dem neuen Wortlaut erkennt der Autor den Übergang von der medizinischen zur sozialen Konzeption von Behinderung. Trotz dieser Fortschritte wirft der rechtliche Geltungsbereich des Artikel 15 Probleme im nationalen Recht und vor internationalen Gerichten auf. Nur 17 Staaten haben Artikel 15 der überarbeiteten Charta ratifiziert.

Zudem besteht das Problem der unmittelbaren Wirkung und Anwendbarkeit internationaler Konventionen im nationalen Recht. Die Charta ist in Frankreich nicht „justiziabel“.

Die Europäische Sozialcharta wird vom Europäischen Ausschuss für Sozialrechte beurteilt, dessen Entscheidungen nicht bindend sind und daher wie auch seine Feststellungen zum *Soft Law* gehören. Der Ausschuss hat in vielen seiner Berichte festgestellt, dass Frankreich gegen Artikel 15 verstößt, insbesondere dadurch, dass die Arbeitgeber nicht ausreichend über ihre Verpflichtung informiert werden, angemessene Vorkehrungen zu treffen. In Deutschland kommt der Ausschuss zu dem Schluss, dass die Situation im Einklang mit Artikel 15§2 der Charta von 1961 steht.

Die internationale Konvention hat aus materiell-rechtlicher Sicht einen interessanten Inhalt, aber ihre geringe rechtliche Bedeutung in der Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten verhindert, dass sie eine starke Bedeutung für den Zugang zu Arbeit für Menschen mit Behinderung hat.

B. Politische Strategien zugunsten von Arbeitnehmern mit Behinderung

Angesichts der Schwierigkeiten, verbindliche Texte zu verfassen, hat sich der Europarat politischen Strategien zugewandt, um die innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten zu beeinflussen. Diese *Soft Law*-Instrumente, Empfehlungen und Aktionspläne, haben das Paradigma verändert und die Würde und Rechte der Betroffenen wieder in den Mittelpunkt gestellt. In einer Resolution aus dem Jahr 1959 befasste sich der Europarat mit der Frage der Rehabilitation und Wiederbeschäftigung von Menschen mit Behinderung. In einer Resolution von 1992 hat der Europarat die soziale Konzeption der Behinderung übernommen. Trotz der Warnung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates in einer Empfehlung über den mangelnden Zugang zum Arbeitsrecht für Menschen mit Behinderung in den Mitgliedsstaaten wurde erst 2006 ein Aktionsplan „zur Förderung der Rechte und der vollen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen an der Gesellschaft“ mit einer Laufzeit bis 2015 ins Leben gerufen. Aktionslinie 5 dieses Aktionsplans bezieht sich auf Beschäftigung, Berufsberatung und Ausbildung. Ziel ist es, die Staaten

zu ermutigen, Maßnahmen zu ergreifen, indem sie dem Leitfaden folgen, den der Aktionsplan darstellt. Außerdem wird keine Definition des Begriffs „Behinderung“ vorgegeben, da dies eine Angelegenheit des nationalen Rechts jedes Staates ist. Der Plan weicht der Behindertenstrategie für 2017-2023, die sich auf Gleichstellung, Chancengleichheit und Würde für Menschen mit Behinderung konzentriert. Diese Strategie fördert keine konkreten Maßnahmen, indem sie allgemeine Begriffe wie die Berücksichtigung von Behinderungen bei der Umsetzung von Bildungs- und Ausbildungsprogrammen oder die Ausrichtung der Beschäftigung auf die Förderung von Gleichstellung und Nichtdiskriminierung festschreibt. Der Europarat ist ein Forum für Diskussionen in Zusammenarbeit mit anderen internationalen Organisationen wie der OSZE, der WHO, der Weltbank, der EU und der UN.

Letztlich ergänzen *Soft Law*-Instrumente die verbindlichen Normen, also das sog. *Hard Law*. Die Europäische Union und der Europarat haben dies verstanden und erhöhen die Zahl der Aktionspläne, die ein Anreiz für Staaten sind, die befürchten, dass ein neuer verbindlicher Text ihnen Verpflichtungen auferlegen würde, die mit hohen Kosten verbunden sind.