



L'évolution du droit européen du handicap sous l'influence de l'ONU : l'assimilation possible entre handicap et maladie

Harold Kobina Gaba

► To cite this version:

Harold Kobina Gaba. L'évolution du droit européen du handicap sous l'influence de l'ONU : l'assimilation possible entre handicap et maladie. Fabien Bottini; Harold Kobina Gaba; Pierre Chabal. Le régionalisme et ses limites. Regards croisés franco-kazakhs, 8, Peter Lang, pp.151-160, 2016, Cultures juridiques et politiques, 9782875743350. hal-02399038

HAL Id: hal-02399038

<https://hal.science/hal-02399038>

Submitted on 2 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

FABIEN BOTTINI, HAROLD GABA
ET PIERRE CHABAL (dir.)

**LE RÉGIONALISME
ET SES LIMITES
REGARDS CROISÉS
FRANCO-KAZAKHS**



PETER LANG

Bern · Berlin · Bruxelles · Frankfurt am Main · New York · Oxford · Wien



Illustration de la couverture : France and Kazakhstan Flags © iStock. Benguhan.

Cette publication a fait l'objet d'une évaluation par les pairs.

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'éditeur ou de ses ayants droit, est illicite. Tous droits réservés.

© PIE Peter Lang S.A.

Éditions scientifiques internationales

Bruxelles 2016

Avenue Maurice I, BE-1050 Bruxelles, Belgique

info@peterlang.com ; www.peterlang.com

Imprimé en Allemagne

ISSN 2235-1078

ISBN 978-2-87574-335-0

eISBN 978-3-0352-6611-5

D/2016/5478/23

DOI 10.3726/978-3-0352-6611-5

Information bibliographique publiée par « Die Deutsche Nationalbibliothek ». « Die Deutsche Nationalbibliothek » répertorie cette publication dans la « Deutsche Nationalbibliografie » ; les données bibliographiques détaillées sont disponibles sur Internet sous <<http://dnb.d-nb.de>>.

L'évolution du droit européen du handicap sous l'influence de l'ONU : l'assimilation possible entre handicap et maladie¹

Harold Kobina GABA

Maître de conférences HDR de droit privé à l'Université du Havre

Mots clés : Droit de l'ONU – Droit de l'UE – Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées – Directive 2000/78/CE – Travail – Contrat de travail – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Différence de traitement fondée sur le handicap – Notions de handicap et de maladie – Licenciement – Existence d'un handicap – Absences du salarié en raison de son handicap – Obligation d'aménagement – Travail à temps partiel – Durée du délai de préavis.

Les notions de maladie et de handicap peuvent apparaître a priori antinomiques. La première exprime un processus plus ou moins long d'une affection (organique ou fonctionnelle) dans le temps. En revanche, la seconde est un état ou résultat temporaire ou définitif en termes de désavantage de diverses natures (physique, sociale, économique...).

Mais l'évolution récente de ces deux notions semble prendre une dynamique intéressante en ce sens qu'il existe désormais des rapprochements ou interactions entre celles-ci. La maladie sous certaines conditions peut être assimilée à un handicap.

En cette matière, le droit du handicap issu du droit de l'ONU qui est en avance sur celui du droit de l'Union européenne a inspiré et influencé ce dernier.

Cette évolution du droit de l'Union européenne résulte d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en date du 11 avril 2013², qui pour interpréter la directive 2000/78/CE du Conseil, du

¹ Cette communication est une reprise des éléments de notre article : La maladie du salarié assimilée à un handicap : régime juridique, pouvoir de l'employeur et office du juge, *JSL*, n° 347, du 11 juillet 2013, pp. 20-24.

² CJUE, 11 avril 2013, Aff. jointes C-335/11 et C-337/11, HK Danmark, agissant pour Jette Ring c/ Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) et HK Danmark, agissant

27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³, recourt à la Convention de l'ONU adoptée le 13 décembre 2006, relative aux droits des personnes handicapées⁴, et ratifiée par l'UE⁵.

Par cette décision, la CJUE, d'une part, abandonne sa jurisprudence antérieure au profit d'une nouvelle qui désormais envisage sous certaines conditions une assimilation des notions de handicap et de maladie (I) et, d'autre part, applique cette nouvelle définition aux relations de travail et en particulier à la maladie du salarié (II).

I. De l'exclusion à l'assimilation possible entre les notions de handicap et de maladie

D'abord exclue (A), l'assimilation des notions de handicap et de maladie semble désormais possible (B).

A. L'exclusion de l'assimilation des notions de handicap et de maladie

La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, précitée, a pour objet de lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, 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.

Cette directive ne définit ni la notion de handicap, ni ne renvoie au droit des États membres pour sa définition.

Mais elle met à la charge des États membres et des employeurs des obligations en vue d'assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle.

Dans ces conditions, en cas de litige, il revient alors à la CJUE d'interpréter cette directive.

Dans le temps, c'était à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) devenue la CJUE, en l'absence de définition légale,

pour Lone Skouboe Werge c/ Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S (C-337/11).

³ Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JO L 303* du 2.12.2000, pp. 16-22.

⁴ A. Boujeka, « La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS*, sept. 2007, 799.

⁵ Par décision du 26 nov. 2009, *JO* 2010, L 23, P. 3, confirmation formelle : 23 déc. 2010 ; France : 18 févr. 2010 (ratification) ; Kazakhstan : 11 déc. 2008 (signature).

de combler ce vide juridique. Elle décidait que « la notion de “handicap” doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d’atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). Toutefois, selon elle, « en utilisant la notion de “handicap” à l’article 1^{er} de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de “maladie”. Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue » (point 44)⁶.

B. L’assimilation possible des notions de handicap et de maladie : l’apport de la convention de l’ONU

Saisie de nouveau pour statuer sur cette notion, la CJUE va cette fois-ci interpréter la directive 2000/78/CE à la lumière de la Convention de l’ONU précitée du 13 décembre 2006 (1). Cette nouvelle définition de la notion de handicap suppose des éléments constitutifs permettant son assimilation à la notion de maladie, à savoir une limitation causée et durable faisant 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 (2).

1. La notion de handicap au sens de la Convention de l’ONU

L’application de la Convention de l’ONU du 13 décembre 2006 réside dans sa prééminence sur les actes de l’Union dès lors que l’Union européenne (UE) a conclu et ratifié un tel accord international⁷.

Cette primauté commande d’interpréter les textes de droit dérivé, dans la mesure du possible, en conformité avec cette convention (points 28 et 29). Ainsi la directive 2000/78 qui traite des questions régies par cette convention, autonomie et inclusion sociale, travail et emploi, doit donc recevoir, dans la mesure du possible, une interprétation conforme à ladite convention (points 30-32).

Selon cette convention, « 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 » (Préambule, point e). « Par personnes handicapées, on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l’interaction avec diverses

⁶ CJCE 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades SA*, Aff. C-13/05 ; CP n° 55/2006 ; A. Boujeka, « La définition du Handicap en droit communautaire », *RDSS*, janv. 2007, p. 75.

⁷ Ratifiée par l’UE par décision du 26 nov. 2009, *JO* 2010, L 23, p. 35.

barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1^{er}, al. 2).

La CJUE en déduit que « la notion de “handicap” visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion » (point 47).

Cette nouvelle définition se rapproche de celle du droit français issue de l'article 2 de la loi 2005-102 du 11 février 2005⁸ qui dispose qu'un handicap constitue « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

L'article L. 5213-1 du Code du travail français reprend la même définition appliquée au travail salarié : « est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique ».

2. Les éléments constitutifs de la notion de handicap

La notion de handicap suppose désormais une limitation causée (a) et durable (b) faisant obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle à égalité avec les autres travailleurs.

a) Une limitation causée

Cette limitation résulte notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, ou sensorielles, 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.

⁸ Codifiée à l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles.

Il s'agit d'une définition sociale du handicap qui tire son fondement dans l'interaction de la personne concernée avec son environnement au sens large du terme.

Cette limitation est définie comme une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle et non, comme le soutiennent les employeurs, comme une impossibilité d'exercer cette activité. Dès lors, la circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de son état de personne handicapée (points 43 et 44).

La limitation peut aussi avoir pour origine notamment une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable entraînant une telle limitation.

Selon la cour, la directive ne vise pas à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie (point 40).

Mais faute de cette limitation, la maladie est exclue du champ d'application de la directive susvisée (points 41 à 42).

Dans les deux affaires jugées, l'une des salariées (C-335/11) souffre de douleurs permanentes au niveau de la colonne dorsolombaire qui ne peuvent être traitées, tandis que l'autre a été victime d'un accident de la circulation et placée en arrêt maladie (C-337/11).

b) une limitation de longue durée

La limitation doit être de longue durée. Sont donc exclues les atteintes entraînant une limitation de courte durée. On peut remarquer que cette durée n'est précisée ni dans la convention de l'ONU, ni dans la loi française, ni dans l'arrêt.

La loi française parle de limitation « durable ou définitive ». L'adjectif « durable » semble inclure celui de « définitive » puisqu'il s'agit une appréciation dans le temps de cette atteinte. Le premier constitue le minimum exigé.

En droit français, cette appréciation sur la base des constatations médicales doit, semble-t-il, relever de l'appréciation des juges du fond sous contrôle de la Cour de cassation car la durée dans ce cas n'est pas seulement une question de pur fait mais aussi une question de droit en tant qu'élément constitutif de la notion de handicap.

Des indications sur cette durée peuvent être relevées dans les deux affaires jugées. L'une des salariées (aff. C-335/11) a été absente à plusieurs reprises entre le 6 juin 2005 et le 24 novembre 2005, soit à peu près cinq mois et demi. Mais il ne s'agit pas d'une durée d'absence continue. L'autre salariée (aff. C-337/11) passe d'une période d'arrêt maladie à

temps complet (trois semaines) à un arrêt maladie à temps partiel assorti d'un travail à temps partiel (décembre 2003 à janvier 2005) et à un arrêt maladie à temps complet (janvier 2005 à avril 2005). La durée de la limitation de cette dernière salariée au travail couvre une période d'au moins un an et quatre mois.

L'appréciation du quantum et l'enjeu de cette durée dépendent, comme dans les affaires jugées, des dispositions légales, conventionnelles ou contractuelles applicables prévoyant un maintien de la rémunération du salarié pour une certaine période d'absence : la loi danoise retient 120 jours au cours des douze derniers mois.

Enfin, la CJUE précise à juste titre que les mesures prises par l'employeur visant à tenir compte des besoins des personnes handicapées (art. 16 de la directive 2000/78), importent peu dans la considération de l'état de santé d'une personne relevant de la notion de handicap. Elles n'en sont que la conséquence de cette dernière et non l'élément constitutif (points 45 et 46).

II. L'application du principe d'assimilation des deux notions aux relations de travail : la maladie du salarié

L'application du principe d'assimilation des deux notions aux relations de travail intéresse notamment deux situations : les obligations patronales en présence du constat du handicap du salarié malade (A) et le licenciement de ce salarié en raison de ce motif (B).

A. La constatation du handicap du salarié malade : obligation patronale de prévoir des aménagements raisonnables et mesure de réduction du temps de travail

Cette obligation patronale est prévue par l'article 5 de cette directive 2000/78 et consiste à prendre des mesures appropriées (liste non exhaustive prévue au considérant 20 de la directive) permettant à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser (point 49)⁹.

⁹ Le Code du travail français prévoit la même obligation : l'employeur doit prendre, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés et autres 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. Tout travailleur handicapé peut bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle (combinaison des art. L. 5213-3, L. 5213-6 et L. 5212-13, 1° à 4° et 9° à 11° c/ trav. français). Sur la compétence des médecins du travail : art. L. 4624-1 et s. c/ trav. français.

Mais peut-on assimiler « la réduction du temps de travail » à « l'aménagement raisonnable » au sens de la directive 2000/78 ?

La CJUE y répond par l'affirmative.

Bien que relevant que la « réduction du temps de travail » ne soit pas mentionnée par l'article 5 de la présente directive, la cour décide toutefois d'interpréter cette notion à la lumière de celle de « rythme de travail » visé par le considérant 20. Aussi estime-t-elle que le législateur de l'Union n'entend pas limiter la notion de « rythme de travail » à des éléments tels que l'organisation du rythme et des cadences de travail ainsi que des pauses pour fins de soulager la charge du travailleur handicapé. La notion peut inclure l'aménagement des horaires permettant au travailleur handicapé d'effectuer leur travail à temps partiel (points 50 à 52).

S'appuyant sur la convention de l'ONU, dont l'article 2, al. 4 définit la notion d'« aménagements raisonnables » comme des « modifications et ajustements nécessaires et appropriés » « en fonction des besoins dans une situation donnée », la cour en déduit que la présente convention préconise une définition large de la notion d'« aménagements raisonnables » qui doit viser 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 (points 53 et 54). En conséquence, la réduction du temps de travail peut constituer l'une des mesures d'aménagement visées par l'article 5 de la directive 2000/78 (point 64).

Cependant, le caractère raisonnable des aménagements réside dans le fait que ces derniers ne doivent pas constituer une charge disproportionnée pour l'employeur¹⁰.

La proportionnalité entre la mesure de réduction du temps de travail et la charge de l'employeur est laissée à l'appréciation du juge national. Il est toutefois suggéré à cet égard des critères d'appréciation prévus par le considérant 21 de la directive : coûts financiers et autres qu'une telle mesure implique, la taille et ressources financières de l'entreprise, possibilités d'obtenir des fonds publics ou tout autre aide¹¹.

Ainsi, elle relève, dans l'affaire C-335/11, que l'employeur, immédiatement après le licenciement de la salariée, avait publié une annonce d'offre d'emploi pour un(e) employé la salariée(e) de bureau à temps partiel. Or, aucun élément ne permet d'établir que cette salariée était incapable d'occuper ce poste ou de comprendre les raisons justifiant

¹⁰ Même limite posée par l'art. L. 5213-6 c/ trav. français.

¹¹ Les droits danois (aff. C-335/11 préc., points 58 à 63) et français (art. L. 5213-10 c/ trav.) prévoient un tel dispositif d'aides publiques.

qu'il ne lui a pas été proposé d'autant plus qu'elle a commencé tout juste après son licenciement un nouveau travail à temps partiel.

B. Le licenciement avec un préavis réduit pour absence due à la maladie du salarié handicapé : pouvoir de l'employeur et office du juge

Deux questions sont soulevées à propos des conséquences juridiques du handicap du salarié malade notamment au regard de sa place dans l'entreprise. Lorsque son licenciement est envisagé, de quels droits disposent l'employeur et le salarié ?

La CJUE répond logiquement que l'employeur ne peut valablement rompre le contrat de travail avec un préavis réduit¹² d'un salarié handicapé à la suite d'une absence pour cause de maladie imputable à la carence de l'employeur, à l'instar de son obligation de sécurité de résultat, de prendre des mesures appropriées conformément à son obligation de prévoir des aménagements raisonnables, et non en tout ou partie au handicap du salarié (points 65 à 68 et 70). Un tel licenciement sera sans cause réelle et sérieuse sauf si ces aménagements raisonnables constituent une charge disproportionnée pour l'employeur.

Le licenciement avec préavis réduit du salarié handicapé pour cause d'absence due à sa maladie imputable en tout ou partie de son handicap est-il discriminatoire ?

Pour répondre à cette question, la cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle un traitement désavantageux fondé sur le handicap ne va à l'encontre de la protection visée par la directive 2000/78 que pour autant qu'il constitue une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci¹³. En effet, la directive 2000/78 prohibe la discrimination directe ou indirecte fondée sur un handicap, en matière d'emploi et de travail.

L'absence d'une discrimination directe induit la question de l'existence d'une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap.

Cependant, une différence de traitement indirectement fondé sur le handicap au sens la directive 2000/78 (points 75 à 76) est objectivement justifiée par un objectif légitime, si les moyens mis en œuvre pour réaliser celui-ci sont appropriés et s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire

¹² En droit français, en cas de licenciement d'une personne handicapée, la durée de préavis applicable aux travailleurs valides est doublée, sauf dispositions conventionnelles ou usages plus favorables, selon l'ancienneté dans l'entreprise sans toutefois aller au-delà de trois mois (art. L. 1234-1 et L. 5213-9 du Code du travail).

¹³ CJCE 11 juillet 2006, *Aff. C-13/05*, préc., point 48.

pour atteindre cet objectif, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier.

La cour décide qu'en considération de la marge d'appréciation reconnue aux États membres dans le choix de la poursuite d'un objectif déterminé en matière de politique sociale et de l'emploi, et également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si le législateur national, en poursuivant les objectifs légitimes de la promotion de l'embauche des personnes malades, d'une part, et d'un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'employé et de l'employeur en ce qui concerne les absences pour cause de maladie, d'autre part, a omis de tenir compte des éléments pertinents qui concernent, en particulier, les travailleurs handicapés (nécessité de pas méconnaître le risque encouru par ces derniers qui rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi et ont des besoins spécifiques liés à la protection que requiert leur état) (points 77 à 91).

En droit français, la Cour de cassation pose le principe suivant lequel si l'article L. 1132-1 du Code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié¹⁴.

Certes, le motif de ce licenciement n'est pas fondé sur l'état de santé ou le handicap du salarié. Mais dès lors que le salarié malade est aussi handicapé, les règles susvisées doivent recevoir application.

En outre, le motif de ce licenciement peut constituer un motif d'une discrimination indirecte¹⁵. En tout état de cause, il n'est pas aisé de

¹⁴ Not. : Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334, Bull., ass. plén., n° 3 ; Sur cette jurisprudence : cf. nos notes sous Cass. soc., 3 mars 2001, D. 2001, n° 29, Jur., pp. 2339-2342 ; et sous Cass. soc., 14 nov. 2004, 2 arrêts, D. 2005, n° 11, Jur., pp. 765-768.

¹⁵ Pour des cas jugés comme tels : Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689, Bull., n° 36 : employeur ayant mis en œuvre une méthode dite de « sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production » et procédant dans ce cadre à des entretiens « retour d'absence » quels que soient la durée et le motif de l'absence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail, au cours desquels étaient évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence ; 30 mars 2011, n° 09-71.542, Bull., n° 81 : changement d'affectation du salarié motivée non par une mobilité fonctionnelle dont il n'est pas établi qu'elle ait revêtu un caractère discriminant, mais en raison de l'état de santé de l'intéressé.

distinguer entre le motif apparent et neutre tiré de la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise et l'état de santé du salarié.

**

*

En conclusion, cet arrêt apporte d'importants bouleversements en droit positif et aussi son lot de questions.