

Assises de la Grande Région
Colloque « Droit et Handicap » 4 juillet 2016

Approche luxembourgeoise

Les discriminations sur la base du handicap dans le contexte de l'égalité de traitement

François Moyse

Citer cet article : François Moyse, « Les discriminations sur la base du handicap dans le contexte de l'égalité de traitement », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Colloque « Droit et Handicap », 4 juillet 2016.

Le traitement moins favorable d'une personne handicapée par rapport à une autre personne peut mener à une rupture de l'égalité de traitement. En d'autres termes, un tel traitement peut être à la base d'une discrimination fondée sur le handicap. Le législateur luxembourgeois cherche à éviter de

telles situations portant atteinte aux droits des personnes handicapées et à promouvoir l'égalité entre tous les citoyens.

Suivant l'article 10, paragraphe premier, de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, « *[l]es Luxembourgeois sont égaux devant la loi* ». Force est de constater que le législateur luxembourgeois recourt à ce principe de l'égalité devant la loi afin d'écarter toute forme de discrimination à laquelle peuvent être confrontées des personnes qui, dans le quotidien, risquent de subir un traitement moins favorable que d'autres personnes. Le principe de l'égalité devant la loi est une raison récurrente d'adopter des mesures antidiscriminatoires.

Quoi qu'il en soit, la lutte contre toute forme de discrimination est régulièrement inscrite à l'ordre du jour du législateur luxembourgeois, cherchant à intégrer tous les citoyens dans la vie active de la société. Partant, il a adopté plusieurs dispositions législatives qui visent à écarter les discriminations à l'égard des personnes handicapées.

Or, que faut-il entendre par la notion de discrimination ? Afin de répondre à cette question, il s'avère utile de se référer au Code du travail luxembourgeois qui, dans son article L. 251-1, paragraphe second, dispose qu'« *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ». Cette disposition suppose donc une comparaison entre la situation de deux personnes, tout en tenant compte du passé, du présent et du futur. Ce traitement moins favorable doit être fondé sur un des motifs visés par la loi, dont le handicap¹.

Par ailleurs, l'article L. 251-1, paragraphe second, du Code du travail propose une définition de la discrimination indirecte ; celle-ci « *se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle, de l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à*

une race ou ethnies donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ». Le handicap est donc un des critères sur lequel peut porter une discrimination indirecte.

Dans le contexte de la discrimination, il faut aussi tenir compte de la discrimination sous forme de harcèlement, qui, selon l'article L-251-1, paragraphe second, du Code du travail, est défini comme « *une forme de discrimination [...] lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs y visés se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Le harcèlement peut, comme les autres formes de discrimination, se baser sur le handicap. Il est donc envisageable que le harcèlement porte atteinte à la dignité d'une personne en raison de son handicap.

Finalement, il convient encore de définir la discrimination par injonction, qui, d'après l'article L. 251-1, paragraphe second, du Code du travail, est considérée comme « *[t]out comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes* ». Cette variante de la discrimination peut aussi se fonder sur le handicap.

Cependant, il faut se demander ce qu'il faut entendre par la notion de handicap, dont les origines étymologiques reposent sur le terme « *hand in cap* » (mains dans le chapeau). En principe, le handicap vise un désavantage dû à une déficience ou une infirmité congénitale ou acquise. Le handicap peut être médical, donc interne à l'individu concerné (ex. être en fauteuil roulant), ou social, c'est-à-dire issu de facteurs extérieurs (ex. inaccessibilité à un bâtiment). Cette première définition du handicap n'est toutefois pas de nature juridique.

Il y a lieu de noter que la notion du handicap ne dispose d'aucune véritable définition en droit luxembourgeois, d'où la nécessité de recourir à des

définitions internationales ou européennes pour comprendre l'utilisation de la notion en cause en droit luxembourgeois (I.). Cette définition une fois établie, il est possible de décrire le cadre législatif luxembourgeois qui cherche à lutter contre les discriminations en raison du handicap (II.).

I.) Le handicap, une notion définie aux niveaux international et européen

Le juriste avisé est conscient du fait que les droits international (1.) et européen (2.) s'appliquent aussi dans l'ordre juridique interne, de manière que les définitions supranationales du terme du handicap sont applicables en droit luxembourgeois, sous condition que le Grand-Duché du Luxembourg ait ratifié les instruments internationaux définissant le handicap ou que les textes supranationaux soient directement applicables en droit interne.

1. La protection des personnes handicapées en droit international

Le premier texte international qui peut être cité afin de retenir une définition du handicap applicable au Luxembourg est la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la loi du 28 juillet 2011. Cette convention dispose dans son article premier :

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

Cette définition souligne une approche sociale par rapport à la notion du handicap, ce qui signifie qu'elle ne se limite pas à une description de l'état physique ou mental de l'individu concerné. Sa participation à la société joue

donc un rôle essentiel dans cette définition, ce qui est aussi reflété par la définition du handicap telle qu'adoptée par l'Organisation Mondiale de la Santé dans sa Classification internationale des Maladies, en l'espèce la classification internationale du fonctionnement, du handicap et de la santé (CIF), aux termes de laquelle la notion de handicap est un terme générique qui comprend les déficiences et les facteurs limitant l'activité et la participation à la vie sociale.

En ce qui concerne le traitement des personnes handicapées, il convient de mentionner la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose dans son article 7 que « [t]ous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi ». La loi devrait protéger sans distinction tous les hommes, de manière que cette formulation aille plus loin que l'article 10, paragraphe premier, de la Constitution luxembourgeoise précitée. Toutefois, il ne faut pas oublier que la Déclaration du 10 décembre 1948 n'a aucun caractère contraignant.

En revanche, les Pactes des Nations Unies², adoptés à New York le 16 décembre 1966, s'appliquent obligatoirement au Luxembourg, qui les a ratifiés à la date du 18 août 1983. Par conséquent, il convient de citer leurs dispositions relatives à l'interdiction de toute forme de discrimination. En ce sens, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit, dans son deuxième article, que

« [l]es Etats parties [...] s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

Cette disposition ne mentionne pas expressément le handicap comme motif de discrimination, mais il faut l'inclure dans la formulation « *de toute autre situation* ». Les États parties sont donc obligés de faire en sorte que tout individu bénéficie des droits inclus dans ce Pacte. Une formulation similaire

peut être retrouvée dans le deuxième article du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En conséquence, les personnes handicapées ne peuvent se trouver dans une situation moins favorable par rapport à l'application des droits consacrés par les deux Pactes de 1966.

Des grands principes quant à la protection des personnes handicapées peuvent donc être retrouvés en droit international. Ces principes sont repris par le droit européen.

1. La protection des personnes handicapées en droit européen

En Europe, la protection des droits de l'homme est garantie par deux organisations importantes, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, qui disposent toutes les deux de textes majeurs relatifs à la protection des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, respectivement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Convention européenne des droits de l'homme dispose dans son article 14 que « *[l]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune* ». Elle liste des motifs de discrimination interdits sans mentionner expressément le handicap, qui semble toutefois être inclus dans la formulation vague de « toute autre situation », comme c'est le cas pour les Pactes de New York. Cette affirmation vaut aussi pour l'article premier du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose que :

« 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

Toute forme de discrimination devant la loi et par l'autorité publique, pour quel que motif que ce soit, est donc prohibée. Donc, sans renvoyer directement au handicap, la loi et les autorités publiques ne peuvent traiter moins favorablement une personne en raison de son handicap.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 à Nice, mentionne, quant à elle, expressément le handicap dans son article 21, paragraphe premier, relatif à la non-discrimination :

« Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

Cette disposition ne vise pas exclusivement l'égalité devant la loi, mais se rapporte à toute forme de discrimination, y compris les discriminations réalisées par des personnes privées dans des relations purement interindividuelles, de manière que cette disposition aille plus loin que les principes mentionnés ci-dessus.

Quant aux personnes handicapées plus spécifiquement, la Charte dispose encore, dans son article 26, que *« [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 »*. Cet article vise une action positive de la part des autorités publiques pour garantir l'insertion des personnes handicapées dans la vie sociale.

En outre, dans le cadre de l'Union européenne, a été adoptée 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. Bien que cette directive vise l'égalité de traitement, elle ne propose aucune définition du handicap. En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a comblé cette lacune.

La jurisprudence européenne apporte une définition précise du handicap qui est « *une limitation résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle* »³. La Cour a adopté une définition similaire dans un arrêt rendu le 11 avril 2013, selon lequel le handicap « *doit être entendu 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 professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs* »⁴. Cette définition, qui fait aussi preuve d'une approche sociale de la notion de handicap, a connu une application diversifiée.

Dans une affaire *Kaltoft* (C-354/13), la Cour a rendu, le 18 décembre 2014, un arrêt confirmant la précédente définition du handicap. En l'espèce, une acception large en est retenue, l'obésité étant retenue comme un possible handicap. La Cour précise néanmoins qu'il n'existe pas de principe général de non-discrimination en raison de l'obésité. Ce sont donc les effets de l'obésité qui permettront ou non de déceler un handicap. Le modèle social du handicap est ainsi consacré.

Dans son arrêt du 17 juillet 2008, rendu dans l'affaire *Coleman* (C-303/06), la Cour avait déjà consacré la discrimination par association, en raison du handicap. Il s'agissait de reconnaître une discrimination d'une salariée qui avait mis au monde un enfant handicapé. Ceci souligne qu'il existe une jurisprudence bien établie qui interdit toute forme de discrimination en raison du handicap.

Le droit de l'Union européenne étant d'application directe dans les États membres, cette définition européenne du handicap s'applique aussi au

Grand-Duché de Luxembourg. Par ailleurs, le Luxembourg est obligé d'adopter des mesures afin de protéger les personnes handicapées contre tout traitement moins favorable en raison de leur handicap. Par conséquent, le Luxembourg a adopté des actions positives en vue de protéger les personnes atteintes d'un handicap contre toute forme de discrimination.

I.) L'éviction des discriminations en raison du handicap, un objectif du droit luxembourgeois

II.)

Quant à la protection des personnes handicapées, la législation et la réglementation luxembourgeoises portent essentiellement sur l'égalité de traitement des personnes handicapées dans le domaine du travail et de l'emploi. Sans doute, l'emploi est-il le facteur principal d'une bonne intégration dans la vie sociale et la participation à la société, même si ce n'est pas le seul facteur permettant une telle intégration sociale.

Avant d'analyser les mesures spécifiques en vue d'intégrer les personnes handicapées dans la vie professionnelle, il convient de préciser préalablement que le législateur luxembourgeois n'a adopté qu'une seule définition du handicap. Celle-ci est intégrée dans la loi modifiée du 12 septembre 20035 dans le cadre de la reconnaissance du statut de travailleur handicapé, laquelle reprend la loi du 12 novembre 1991. Suivant cette loi, il faut entendre par handicap toute diminution de la capacité de travail de trente pour cent au moins suite à un accident de travail ; à un événement de guerre ou une mesure de l'occupant ; ou à une déficience physique, mentale, sensorielle ou psychique en raison de difficultés psychosociales aggravant la défaillance. Une telle définition et un tel seuil statistique de caractérisation du handicap ne sont cependant pas cohérents en matière de lutte contre la discrimination. Partant, cette définition du handicap est très critiquable.

En ce qui concerne l'intégration des personnes handicapées dans la vie professionnelle, le droit luxembourgeois prévoit une obligation d'embaucher

des personnes handicapées (1.) et des mesures liées à l'intégration professionnelle des personnes handicapées (2.).

1. Obligation d'embaucher des personnes handicapées

2.

En ce qui concerne le cas particulier de l'emploi des travailleurs handicapés, il faut noter que le secteur public, comme l'État, les communes, les chemins de fer ou les établissements publics, est obligé d'engager à temps plein des travailleurs handicapés dans une proportion représentant cinq pour cent de l'effectif total, à condition que lesdits travailleurs handicapés remplissent les conditions générales de formation et d'admission légales ou réglementaires.

De même, dans le secteur privé, chaque entreprise employant régulièrement au moins 25 travailleurs a l'obligation d'embaucher des travailleurs handicapés. Le nombre de travailleurs handicapés varie en fonction du nombre de travailleurs. Les proportions retenues sont les suivantes : au minimum un travailleur handicapé pour les entreprises d'au moins 25 travailleurs ; deux pour cent de l'effectif salarié pour les entreprises d'au moins 50 travailleurs ; et quatre pour cent de l'effectif salarié pour les entreprises d'au moins 300 travailleurs.

L'employeur qui refuse d'embaucher un travailleur handicapé est redevable d'une taxe de compensation équivalente à cinquante pour cent du salaire social minimum. Cette taxe est à verser chaque mois au Trésor Public aussi longtemps que dure le refus. Toutefois, non seulement les entreprises, mais aussi le travailleur handicapé qui refuse un poste qui lui est proposé bien qu'il soit conforme à ses aptitudes risque des sanctions. En effet, il perd l'ensemble de ses droits de travailleur handicapé lui permettant d'accéder à des postes réservés.

Si une entreprise embauche des personnes atteintes d'un handicap, elle est en principe tenue à procéder à un « aménagement raisonnable » afin de

faciliter l'intégration du travailleur handicapé dans la vie professionnelle. Cette obligation découle de la Directive 2000/78/CE qui dispose dans son article 5 :

« Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées. »

Or, il y a lieu de constater que la loi du 12 septembre 2003 même modifiée ne mentionne pas dans sa version initiale ces aménagements raisonnables. En conséquence, ce principe d'« aménagement raisonnable » n'était pas suffisamment développé par la loi.

Une réforme intervenue par la loi du 28 novembre 2006 sur la mise en œuvre de l'égalité de traitement ajoute toutefois un paragraphe à l'article 8 de la loi du 12 septembre 2003, prévoyant :

« (5) L'employeur prendra les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à un travailleur handicapé 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 les mesures prévues à l'article 26 du règlement grand-ducal du 7 octobre 2004 portant exécution du paragraphe (4) qui précède.»

Ainsi, le texte de la directive est repris dans sa substance, bien qu'il n'y ait

aucune trace de l'expression « d'aménagements raisonnables », concept pourtant fondamental en la matière.

À côté de ces mesures spécifiques pour favoriser l'intégration des travailleurs handicapés dans la vie professionnelle, le législateur luxembourgeois a adopté d'autres mesures. Ces dernières sont surtout liées à l'orientation professionnelle des personnes handicapées.

1. L'orientation professionnelle des personnes handicapées, un moyen d'intégration sociale

2.

L'orientation professionnelle des personnes handicapées est visée par le Règlement grand-ducal modifié du 7 octobre 2004 portant exécution de la loi modifiée du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées. Ce texte règle plusieurs procédures, dont la procédure pour la reconnaissance de la qualité de « salarié » handicapé⁶ ou la procédure en obtention du revenu pour personnes gravement handicapées⁷. En outre, ce règlement dispose d'une section dédiée aux mesures de compensation, y comprises les mesures « *d'orientation, de formation, de réadaptation et de rééducation professionnelles* ».

Dans ce cadre, le travailleur concerné doit adresser au Directeur de l'Administration de l'Emploi une demande de voir ses frais couverts, le Directeur décide du montant de la prise en charge par l'Etat. Ces frais comprennent, selon le règlement, « *les indemnités de réentraînement à l'effort, d'initiation, de remise au travail* » et les frais annexes « *frais d'inscription* », « *frais de transport* », « *frais de repas* », « *petit matériel didactique* »⁸.

En outre, des mesures relatives à l'intégration et la réintégration professionnelle sont prévues par le règlement. Suivant ces dispositions, la Commission d'orientation et de reclassement professionnel fonde un avis sur

différents critères qui sont listés de manière non exhaustive : la perte de rendement du travailleur handicapé due à la diminution de sa capacité de travail ; l'évolution prévisible de son handicap ; les conditions d'adaptation du travailleur handicapé au milieu du travail ; la situation sur le marché du travail ordinaire ; le respect du quota obligatoire par l'employeur ; le respect par l'employeur de son obligation de déclarer les postes vacants auprès de l'Administration de l'Emploi conformément à l'article 11 (1) de la loi ; ou encore les efforts de maintien à l'emploi entrepris par l'employeur en faveur des travailleurs handicapés⁹.

La prise en charge des frais de formation et l'élaboration d'un avis par la Commission d'orientation et de reclassement devraient faciliter l'intégration d'une personne handicapée dans la vie professionnelle, tel est au moins l'objectif visé.

Par ailleurs, l'État participe à la prise en charge du salaire du travailleur handicapé. Ainsi, cette prise en charge varie, selon ces critères, entre quarante et cent pour cent du salaire brut, et inclut la part patronale des cotisations de la sécurité sociale¹⁰. Ce taux évoluera à la hausse ou à la baisse selon l'évolution du handicap et du rendement du travailleur.

De plus, le règlement visé prévoit encore d'autres allocations. Ainsi, l'employeur qui emploie un nombre de travailleurs handicapés supérieur au minimum légal peut obtenir un remboursement de la part patronale des cotisations sociales¹¹. La même mesure est prévue pour les travailleurs indépendants qui acquièrent la qualité de travailleur handicapé.

Enfin, le Directeur de l'Administration de l'Emploi peut octroyer des subsides afin de prendre en charge l'aménagement des postes de travail et des accès au travail, l'équipement professionnel, le matériel didactique ou les frais de transport vers le lieu de travail¹².

L'intégration des personnes handicapées dans la vie professionnelle est donc un objectif du droit luxembourgeois. Dans ce contexte, il ne faut pas négliger la lutte contre toute forme de discrimination à l'égard des personnes

atteintes d'un handicap, y compris la prévention, mesures appliquées par des organismes ou organisations, tels que le Centre pour l'égalité de traitement, l'Inspection du Travail et des mines ou des associations telles qu'Info-handicap.

En cas de discrimination en raison du handicap, des aides procédurales, telles qu'un partage de la charge de la preuve, la protection contre les rétorsions ou le droit d'agir des associations ou syndicats, sont prévues, de manière qu'il soit plus facile d'intenter une action en justice pour faire écarter une discrimination.

Le cadre législatif et réglementaire du Grand-Duché de Luxembourg veille donc à ce que les personnes handicapées ne deviennent pas victimes d'un traitement moins favorable en raison de leur handicap. Il est regrettable que le droit luxembourgeois ne consacre pas de définition claire du handicap. Il convient de constater que la protection des personnes à handicap est un enjeu majeur de la société, dont l'efficacité est encore bien perfectible.