

Délibération n°2010-126 du 14 juin 2010

Handicap – Emploi privé (accès à l'emploi) – Avis

Avis de la haute autorité relatif à l'accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé au regard des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination

Afin de promouvoir l'emploi des personnes handicapées, la loi n°87-517 du 10 juillet 1987 a institué un dispositif, dit d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, imposant à tout employeur qui occupe au moins vingt salariés de prendre des mesures pour favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées, à hauteur de 6% de son effectif.

Par ailleurs, tant le droit communautaire que le droit interne consacrent le principe général d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prohibant les discriminations fondées, notamment, sur le handicap.

Régulièrement sollicitée par les acteurs de l'emploi sur la légalité de leurs pratiques et les actions à promouvoir au regard, notamment, de leur obligation d'emploi des travailleurs handicapés, la haute autorité entend, par le présent avis, rappeler le cadre légal dans lequel s'inscrit l'accès à l'emploi des personnes handicapées et préciser les pratiques pouvant être développées dans le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Le Collège

Vu la Constitution et son préambule ;

Vu la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés ;

Vu la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, notamment son article 24 ;

Vu le code pénal et notamment ses articles 225-1, 225-2 et 225-3 ;

Vu le code du travail et notamment ses articles L.1132-1, L. 1133-3, L.5212-2 et L. 5213-6 ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition de la Présidente,

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité est régulièrement sollicitée par les acteurs de l'emploi de demandes d'avis sur la légalité de leurs pratiques, au regard des principes d'égalité de traitement et d'interdiction de discrimination, dans le cadre des actions engagées pour favoriser l'accès à l'emploi des personnes handicapées.
2. En conséquence, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité adopte l'avis annexé à la présente délibération.
3. Dans la continuité de cet avis, le Collège de la haute autorité décide de la mise en place d'un groupe de travail réunissant les partenaires concernés afin d'émettre des recommandations pratiques et illustrées sur les modalités de recrutement et de maintien dans l'emploi des personnes handicapées ainsi que des orientations en matière mise en œuvre des accords en matière d'intégration professionnelle des salariés handicapés.

Seront, notamment, sollicités à cet effet : les membres du Comité d'entente des associations représentatives des personnes handicapées, les organisations syndicales, les représentants des entreprises et des intermédiaires de l'emploi (notamment Pôle Emploi), la Direction générale du travail, la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT), l'Association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH) et des représentants de son réseau Cap emploi.

La Présidente

Jeannette BOUGRAB

Note de synthèse

L'accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé au regard des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement

L'obligation d'emploi, instaurée par la loi n°87-517 du 10 juillet 1987, prévoit que tout employeur, *tant du secteur public que du secteur privé*, occupant au moins 20 agents ou salariés doit prendre des mesures pour favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées, notamment, en employant ces dernières à hauteur de 6% de son effectif. Cette obligation a été renforcée par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 qui prévoit la majoration, à compter du 1^{er} juillet 2010, de la contribution demandée aux entreprises du secteur privé n'ayant pas pris les mesures nécessaires.

Les acteurs de l'emploi privé s'interrogent, dans ce contexte, sur la légalité de leurs pratiques en matière de recrutement comme de maintien dans l'emploi, au regard des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Tout en rappelant le rôle exemplaire que se doivent d'avoir les employeurs publics en matière d'insertion professionnelle des personnes handicapées, le Collège a choisi de répondre en premier lieu aux besoins exprimés par les acteurs du secteur privé, employeurs et intermédiaires de l'emploi.

La HALDE reconnaît que le droit positif dans ce domaine est complexe en ce qu'il donne l'apparence d'une injonction paradoxale. Elle a donc souhaité préciser le cadre juridique de référence et formuler des recommandations d'actions permettant aux acteurs de l'emploi de concilier l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés avec le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

La HALDE précise ainsi que le droit pose un principe général de non-discrimination en matière d'emploi tant à l'égard des personnes handicapées que des autres catégories protégées. Ce principe se traduit par l'impossibilité de refuser l'accès à un emploi à une personne à raison de son handicap ou de tout autre motif prohibé ou encore de subordonner l'accès à un emploi à la condition que la personne soit handicapée. Tout poste doit ainsi être ouvert à tout candidat, sous réserve de son aptitude à exercer l'emploi concerné.

Afin de garantir l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées et compenser les inégalités induites par le handicap, la HALDE rappelle par ailleurs l'obligation, pour tous les employeurs, de prendre les mesures appropriées pour permettre aux personnes handicapées d'accéder à un emploi correspondant à leur qualification et de l'exercer.

Le principe fondamental à souligner est que toute personne doit être recrutée sur la base de ses compétences et potentiels. Une application bien comprise de ce principe permet en effet d'envisager un apport durable de la part du collaborateur et d'éviter ainsi des situations difficilement tenables pour les salariés comme pour leurs employeurs sur le long terme. La HALDE reçoit et traite des réclamations de salariés en situation de handicap qui n'ont bénéficié d'aucune promotion ou évolution de carrière depuis leur embauche : il n'est pas dans l'intérêt des entreprises de laisser se développer ce type de situation.

Pour tout candidat, la sélection doit donc se faire en fonction de l'adéquation entre le profil du poste et la motivation, les compétences et le potentiel de la personne, sur la base de l'aptitude constatée par le médecin du travail. Il est donc crucial d'envisager le collaborateur ou futur collaborateur en situation de handicap, avant tout comme un professionnel, doté de compétences et d'un potentiel, à l'égal de tout autre salarié. Il peut, néanmoins, avoir un besoin d'aménagement de poste qu'il faut arriver à bien définir pour bien le traiter.

Le principe à appliquer est ainsi celui de l'accès au droit commun. L'obligation d'emploi ne doit pas se traduire par la mise en œuvre de « filières de recrutement » réservées aux personnes handicapées.

Les dispositifs spécifiques dédiés aux personnes en situation de handicap sont toutefois utiles dès lors qu'ils s'inscrivent dans une logique de complémentarité en vue de faciliter toutes les étapes de l'insertion professionnelle des personnes handicapées : l'orientation, la formation professionnelle initiale et continue, le placement, l'accompagnement dans l'emploi.

Afin d'approfondir cette réflexion, le Collège de la haute autorité a décidé de mettre en place un groupe de travail réunissant les partenaires concernés afin d'émettre des recommandations pratiques et illustrées sur les modalités de recrutement et de maintien dans l'emploi des personnes handicapées, notamment dans un contexte de crise, ainsi que des orientations en matière de mise en œuvre des accords en matière d'insertion professionnelle des salariés handicapés.

La question de l'emploi des personnes handicapées dans le secteur public fera l'objet d'un travail équivalent et d'un avis distinct.

AVIS
L'ACCES A L'EMPLOI DES PERSONNES HANDICAPEES DANS LE SECTEUR PRIVE AU REGARD
DES PRINCIPES D'EGALITE DE TRAITEMENT ET DE NON-DISCRIMINATION

1. Pour promouvoir l'emploi des personnes handicapées, la loi n°87-517 du 10 juillet 1987 a institué un dispositif, dit d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, imposant à tout employeur qui occupe au moins 20 salariés de prendre des mesures pour favoriser l'insertion professionnelle des personnes handicapées, à hauteur de 6% de son effectif.
2. Cette obligation d'emploi a été renforcée par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.
3. Régulièrement sollicitée par les acteurs de l'emploi sur la légalité de leurs pratiques et les actions à promouvoir au regard, notamment, de leur obligation d'emploi des travailleurs handicapés, la haute autorité entend, par le présent avis, rappeler le cadre juridique dans lequel s'inscrit l'accès à l'emploi des personnes handicapées et préciser les pratiques pouvant être développées dans le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

I/ LE CADRE JURIDIQUE :

A/ LE PRINCIPE GENERAL DE NON-DISCRIMINATION EN MATIERE D'ACCES A L'EMPLOI

4. Tant le droit communautaire que le droit interne consacrent le principe général de non-discrimination et son application en matière d'accès à l'emploi. Les textes mentionnent le handicap comme critère, parmi d'autres, ne pouvant légitimement fonder une différence de traitement entre les personnes.

 ***Un principe en droit communautaire***

5. Par la directive n°2000/78/CE du 27 novembre 2000, le Conseil de l'Union européenne a défini un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de travail et ce, en vue de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans les pays membres de l'Union européenne.
Son article 3 précise que la directive s'applique à toutes les personnes en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi, « *y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement* ».
6. Par ailleurs, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose comme principe l'interdiction de toute discrimination dans l'accès aux droits fondamentaux « *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* ».

L'interdiction de discrimination en droit interne

7. Au sens de l'article 225-2 du code pénal, constitue une discrimination, le fait de refuser d'embaucher une personne à raison de l'un des motifs visés à l'article 225-1¹ ou de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un de ces mêmes motifs.
8. Des exceptions au principe de non-discrimination sont cependant admises par le code pénal et sont limitativement visées à l'article 225-3².
9. Aucune de ces dispositions n'autorise cependant un employeur, ou intermédiaire de l'emploi, à refuser d'embaucher une personne à raison de son handicap, ou de tout autre motif prohibé, ou à subordonner l'accès à un emploi à la condition que le candidat soit handicapé.
10. Par ailleurs, l'article L.1132-1 du code du travail dispose : *« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap »*.

B/ L'EGALITE DE TRAITEMENT DANS L'EMPLOI EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPEES

11. Le principe de l'égalité de traitement dans l'emploi à l'égard des personnes handicapées suppose néanmoins que des aménagements soient mis en place par les employeurs pour leur permettre d'accéder à l'emploi.

Le principe de « l'aménagement raisonnable »

12. Conformément à l'article 5 de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, l'article L.5213-6 du code du travail dispose : *« Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux*

¹ Article 225-1 du code pénal : *« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée [...] »*

² *« Les dispositions de l'article précédent [225-1] ne sont pas applicables : [...] »*

^{2°} *Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ;*

^{3°} *Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; [...]*

^{5°} *Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique. »*

travailleurs handicapés³ d'accéder à un emploi [...] correspondant à leur qualification [...]. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 ».

13. Selon le vingtième considérant de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 : « *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 formation ou d'encadrement* ».
14. Cette obligation ne vise donc pas à favoriser une personne par rapport à une autre, du fait de son handicap, mais à compenser l'inégalité induite par ce handicap en mettant à sa disposition les aménagements nécessaires pour garantir une égalité de traitement.
15. Les mesures appropriées ne constituent pas une exception au principe d'égalité mais visent au contraire à garantir son effectivité. Elles participent à établir une égalité réelle entre les individus en éliminant les barrières inhérentes à la situation de handicap qui entravent la réalisation des droits et la participation sociale des personnes handicapées.
16. Les mesures appropriées doivent être envisagées à toutes les étapes du parcours professionnel et peuvent ainsi concerner l'aménagement des modalités et des conditions de recrutement, l'aménagement des postes de travail (mise à disposition d'équipements individuels, ...) ou des lieux de travail, l'aménagement de l'organisation du travail (horaires de travail, répartition des tâches, ...) ou la mise en place d'une assistance professionnelle, y compris pendant la période d'essai.
17. Les mesures appropriées visent la personne dans une situation concrète et non une catégorie de personnes de façon abstraite, le type d'aménagement nécessaire dépendant ainsi de l'emploi occupé et de l'autonomie de la personne concernée eu égard à son parcours de vie.
18. La recherche de mesures appropriées suppose donc une appréciation au cas par cas, en vue de trouver des solutions concrètes et adaptées à la situation de la personne handicapée.
19. Le médecin du travail tient un rôle central dans la mise en place et la recherche de telles mesures appropriées puisque la loi l'habilite à proposer toutes les mesures individuelles qu'il juge nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des salariés, l'employeur étant tenu d'assurer l'effectivité des préconisations émises par le médecin du travail⁴ à

³ Les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH); les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente ; les titulaires d'une pension d'invalidité ; les titulaires d'une pension militaire d'invalidité ; les sapeurs pompiers volontaires titulaires d'une rente d'invalidité ; les titulaires d'une carte d'invalidité ; les titulaires de l'allocation aux adultes handicapés.

⁴ Voir l'article L.4624-1 du code du travail.

moins d'apporter la preuve de l'impossibilité, dans laquelle il s'est trouvé, de prendre en compte les préconisations du médecin du travail⁵.

20. Les aménagements impliqués par le handicap de la personne doivent néanmoins être raisonnables, c'est-à-dire ne pas engendrer, pour l'employeur, des charges disproportionnées.
21. Selon le vingt et unième considérant de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000, « *Afin de déterminer si les mesures en question donnent lieu à une charge disproportionnée, il convient de tenir compte notamment des coûts financiers et autres qu'elles impliquent, de la taille et des ressources financières de l'organisation ou de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide* ».
22. Chaque situation doit ainsi être appréciée in concreto en tenant compte de la situation de l'employeur concerné et de la possibilité pour celui-ci d'obtenir des aides financières, notamment celles accordées par l'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH) au titre de l'article L.5213-10 du code du travail aux employeurs du secteur privé.
23. Selon l'article L. 1133-4 du code du travail, les mesures appropriées prises en faveur des personnes handicapées en vertu des dispositions de l'article L. 5213-6 du même code, et visant à favoriser l'égalité de traitement, ne constituent pas une discrimination.

L'appréciation de l'aptitude du candidat

24. Aux termes de l'article L. 1133-3 du code du travail : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ».
25. Ainsi, le code du travail introduit une exception au principe de non-discrimination à l'embauche fondée sur l'état de santé et le handicap, mentionné à l'article L.1132-1 du code du travail, dès lors que l'inaptitude du candidat est constatée par le médecin du travail.
26. Néanmoins, pour ne pas être considérée comme discriminatoire, la décision de refuser d'embaucher une personne en raison de son inaptitude doit être objective, nécessaire et appropriée.
27. Au sens d'une jurisprudence de principe de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 11 juillet 2006, aff. C-13/05, *Chacon Navas*), l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap, inscrite à la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, s'oppose à tout refus d'embauche qui serait fondé sur le fait que le candidat n'est pas en capacité d'exercer les fonctions essentielles du poste, dès lors que les aménagements raisonnables n'ont pas été prévus.
28. Par une délibération n° 2009-128 du 27 avril 2009, le Collège de la haute autorité a ainsi considéré que le refus d'embauche opposé à une personne handicapée suite à une

⁵ Cass. soc., 23 février 2000, n°97-44.947 ; Cass. soc., 5 janvier 2000, n°97-45.252

reconnaissance d'aptitude avec réserve par la médecine du travail devait être analysé comme un refus de l'employeur de prendre les mesures appropriées pour permettre au réclamant handicapé d'accéder à l'emploi, conformément aux dispositions de l'article L. 5213-6 du code du travail et, à ce titre, était constitutif d'une discrimination à raison du handicap au sens des articles L. 1132-1 et L. 1133-3 du code du travail.

C/ LES MESURES D'ACTION POSITIVE EN FAVEUR DES PERSONNES HANDICAPEES

✚ L'action positive en droit communautaire

29. Selon le droit communautaire, le principe de non-discrimination n'interdit pas aux Etats membres de mettre en place, de manière provisoire et limitée dans le temps, des mesures spécifiques au bénéfice de groupes de personnes « défavorisées » en raison d'un critère prohibé afin de garantir, en ce qui les concerne, l'égalité de traitement dans l'emploi.
30. Ces mesures spécifiques, dites mesures d'action positive, figurent parmi les instruments utilisés pour réaliser l'égalité des chances de ces groupes, en leur conférant, de façon temporaire, un traitement préférentiel destiné à prévenir ou à compenser des désavantages qui pèsent sur eux, notamment, dans le domaine de l'emploi⁶.
31. Elles se distinguent des mesures appropriées mises à la charge des employeurs puisque, d'une part, elles doivent être autorisées par une disposition législative ou réglementaire et, d'autre part, elles ne visent pas la personne dans une situation concrète mais une catégorie de personnes de façon abstraite, à savoir celles atteintes d'un handicap, quel qu'il soit, ou appartenant à un même sexe, un même groupe ethnique...
32. Ainsi, l'article 7.2 de la Directive européenne n°2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail précise : « *En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des Etats 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* ».
33. A ce jour, aucune décision de la Cour de justice l'Union européenne n'est venue préciser les contours de la notion d'action positive mise en place en faveur des personnes handicapées. La jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes peut cependant servir de base à la délimitation de cette notion⁷.
34. Conformément à cette jurisprudence, une mesure d'action positive mise en place au bénéfice des femmes doit avoir pour objectif de supprimer une inégalité existante,

⁶ Il convient de rappeler à cet égard que le taux de chômage des personnes en situation de handicap s'établit à 19%, soit plus du double de celui atteint pour l'ensemble des personnes de 15 à 64 ans (*Tableau de bord sur l'emploi et le chômage des personnes handicapées, édition 2009, DARES*)

⁷ Voir notamment C.J.U.E., 11 novembre 1997, *Marshall*, C-409/95 ; C.J.U.E., 17 octobre 1995, *Kalanke*, aff. C-450/93 ; C.J.U.E., 6 juillet 2000, *Abrahamsson*, aff. C-407/98, C.J.U.E., 11 novembre 1997, *Badeck*, C-158/97.

objectivement démontrée, et la méthode choisie ainsi que son impact sur l'égalité de traitement doivent être conformes au principe de proportionnalité, c'est-à-dire être appropriés et ne pas outrepasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, à savoir faire disparaître l'inégalité constatée⁸.

35. Ce critère de proportionnalité apparaît déterminant et implique que la mesure d'action positive mise en place ne conduise pas à des préférences absolues ou automatiques à l'égard des femmes.
36. Ainsi, le juge communautaire autorise les mesures visant à embaucher ou promouvoir prioritairement des femmes, dans un secteur où elles sont effectivement sous-représentées, à condition que ces mesures contiennent une « clause d'ouverture ».
37. Cette clause revient à considérer que la mesure d'action positive mise en place au bénéfice des femmes ne peut pas conduire à exclure totalement les candidats masculins. Toutes les candidatures, qu'elles soient féminines ou masculines, doivent faire l'objet d'une instruction et d'une appréciation objective prenant en considération les situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats et la priorité ne peut être admise que si elle permet de choisir entre des personnes ayant des compétences et qualifications équivalentes.
38. Le sexe ne constitue dès lors qu'un critère complémentaire pour définir le profil des candidats et l'employeur peut toujours choisir le profil professionnel le plus adapté au poste à pourvoir.
39. Transposée à la problématique de l'emploi des personnes handicapées, il ressort de l'analyse de cette jurisprudence que tout dispositif qui viserait à réserver de façon exclusive un poste, une procédure de recrutement ou tout autre avantage aux personnes handicapées, sans prévoir de clause d'ouverture, ne serait pas conforme aux exigences posées par le droit communautaire et ne pourrait, dès lors, être autorisée par une norme de droit interne, y compris d'origine législative.
40. En revanche, à compétences équivalentes, favoriser la candidature d'une personne handicapée ne serait pas prohibé.

Le dispositif de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

41. En France, le dispositif de l'obligation d'emploi, institué par la loi de 1987 et prévu à l'article L.5212-2 du code du travail, constitue une mesure d'action positive au sens du droit communautaire.
42. Ce dispositif impose à tout employeur occupant au moins 20 salariés d'employer, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13,⁹ dans la proportion minimale de 6% de leur effectif.

⁸ Marc DE VOS, Au-delà de l'égalité formelle, l'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

⁹ Sont visés : les salariés reconnus travailleurs handicapés par la CDAPH ; les victimes d'accident du travail ou de maladies professionnelles ayant une incapacité partielle d'au moins 10% ; les titulaires d'une pension d'invalidité d'un régime de sécurité sociale, à condition que cette invalidité réduise de 2/3 au moins leur capacité de travail ; les titulaires de la carte d'invalidité ; les titulaires de l'allocation adulte handicapé ; les titulaires de pensions militaires d'invalidité ; les veuves ou orphelins de guerre ; les titulaires des rentes d'invalidité des sapeurs pompiers.

43. Bien que la loi définisse un objectif d'emploi de travailleurs handicapés, elle ne limite pas la réalisation de cet objectif à l'emploi direct de personnes handicapées. Ainsi, les employeurs peuvent également satisfaire leur obligation :
- par la conclusion et l'application d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement prévoyant la mise en œuvre d'un programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés ;
 - par la passation de contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestations avec les établissements et services du milieu protégé et les entreprises adaptées, dans la limite de 50% de l'obligation d'emploi ;
 - par l'accueil en stage de personnes handicapées, dans la limite de 2% maximum de l'effectif total de l'entreprise ;
 - par le versement d'une contribution annuelle à un fonds, proportionnelle à l'effectif de l'entreprise et au nombre de bénéficiaires de l'obligation d'emploi manquant.
44. La loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est venue renforcer cette obligation en prévoyant, notamment, une majoration de la contribution pour les employeurs qui, pendant plus de trois ans, n'ont pas occupé de bénéficiaires de l'obligation d'emploi, n'ont pas passé de contrat de sous-traitance avec le secteur protégé ou adapté ou n'ont pas appliqué d'accord collectif¹⁰.
45. S'agissant de l'emploi direct, la loi ne définit aucune modalité quant à sa réalisation. Pour atteindre l'objectif qu'elle fixe, la loi n'autorise néanmoins pas les employeurs à subordonner l'accès à un emploi à la condition que le candidat soit handicapé ou à réserver des emplois à des personnes handicapées.

II/ L'ANALYSE DES PRATIQUES :

46. Afin de répondre à l'obligation d'emploi, les employeurs et intermédiaires de l'emploi développent des actions spécifiques pour favoriser le recrutement des travailleurs handicapés. Cependant, certaines de ces actions, en ce qu'elles ne respectent pas les principes d'égalité de traitement, peuvent produire des effets négatifs à l'encontre des personnes handicapées elles-mêmes, et en particulier :
- une distinction entre les personnes handicapées, celles bénéficiant d'une reconnaissance administrative du handicap pouvant être prise en compte au titre de l'obligation d'emploi et les autres personnes handicapées ne justifiant pas d'une telle reconnaissance ;
 - une stigmatisation des personnes handicapées pouvant engendrer un discrédit sur leurs compétences. Cette crainte de stigmatisation peut d'ailleurs conduire les salariés handicapés déjà en poste à ne pas renouveler leur démarche de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé (RQTH).

¹⁰ Cette majoration initialement prévue pour entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2010 a été reportée au 1^{er} juillet 2010.

47. Eu égard au droit applicable et aux effets induits par les pratiques, le Collège de la haute autorité rappelle l'importance de l'enjeu pour les personnes handicapées de l'accès au droit commun en vertu du principe général de non-discrimination.
48. L'obligation d'emploi ne doit pas se traduire par la mise en œuvre de « filières de recrutement » réservées aux personnes handicapées. Ces dernières doivent passer par les m[^]me filières de recrutement que les autres salariés. Tout poste doit leur être ouvert eu égard à leurs compétences, sous la seule réserve de la compatibilité du handicap avec l'emploi postulé, compte tenu des mesures appropriées susceptibles d'être mises en place.
49. Les dispositifs spécifiques dédiés aux personnes en situation de handicap sont utiles dès lors qu'ils sont conçus, non comme une alternative à l'accès à l'ensemble des postes, mais comme un accompagnement pour favoriser l'accès à ces postes. Ils jouent notamment un rôle important de sensibilisation des acteurs de l'entreprise aux problématiques du handicap.

La rédaction des offres d'emploi

50. Le Collège de la haute autorité rappelle qu'en vertu du principe de non discrimination tous les postes doivent être ouverts à tous sauf inaptitude médicalement constatée. Par conséquent, les offres d'emploi réservées aux personnes handicapées sont interdites par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal.
51. Tel est le cas des offres comportant, par exemple, la mention « *Poste réservé aux personnes en situation de handicap* ».
52. En tout état de cause, conformément aux dispositions de l'article 225-2 du code pénal, une candidature sur une offre d'emploi réservée à des personnes handicapées ne pourrait être rejetée sur le seul fondement de l'absence de handicap.
53. Ainsi, le Collège de la haute autorité considère que l'apposition de mentions telles que « *Public reconnu travailleur handicapé par la CDAPH* » ou « *Ce poste est ouvert aux personnes en situation de handicap* » ou « *BOETH¹¹* », sauf à figurer sur toutes les annonces de l'entreprise, sont également à exclure dans la mesure où elles laissent à penser que les postes ne comportant pas cette mention ne sont pas accessibles aux personnes handicapées.
54. De la même manière, le Collège recommande d'éviter la mention « *Priorité travailleur handicapé* » sauf si elle est apposée sur toutes les offres d'emploi et accompagnée de la mention « *à compétences égales* ». En effet, le Collège de la haute autorité rappelle que le principe de l'égalité de traitement suppose que toutes les candidatures soient étudiées simultanément et que la priorité ne soit accordée à la candidature d'une personne handicapée que si elle permet de choisir entre des personnes ayant des compétences et qualifications équivalentes.

¹¹ Bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

55. Si l'entreprise souhaite faire connaître sa politique d'accueil envers les personnes handicapées par l'affichage de certains logos ou mentions, le Collège recommande alors qu'elle fasse figurer celles-ci sur *toutes* les offres d'emploi diffusées qu'elle diffuse.

La diffusion des offres d'emploi

56. A l'heure où la plupart des recrutements s'effectuent via internet, les sites d'offres d'emploi dédiés aux personnes handicapées se développent en proposant une offre de service en ligne : CVthèque, offres d'emploi, offres de stage, conseils... Ce canal de diffusion impose d'être particulièrement vigilant sur le contenu des annonces.
57. Le Collège de la haute autorité considère que l'employeur peut émettre une offre sur un site spécialisé dès lors que ce n'est pas le seul canal de diffusion de l'offre. Il est donc recommandé d'élargir et de multiplier les canaux de diffusion des offres, via notamment le service public de l'emploi. Par ailleurs, cette démarche de diffusion des offres sur les sites spécialisés doit concerner *toutes* les offres d'emploi publiées par l'entreprise sans exception.
58. L'accessibilité des sites, qu'ils soient dédiés aux personnes handicapées ou destinés à un plus large public, devra également être prise en compte pour faciliter les candidatures des personnes handicapées (logiciels d'aide à la lecture pour les déficients visuels ; vidéo en Langue des Signes Française...).

Les forums emploi et « jobdatings »

59. Ces événements ont pour objectif de faciliter la rencontre entre les demandeurs d'emploi et les employeurs. Ces journées sont l'occasion de fournir des conseils sur la rédaction des CV et la conduite d'un entretien d'embauche. Elles sont également des lieux d'échanges directs entre candidats à l'embauche et potentiels employeurs sur des postes à pourvoir.
60. Le Collège de la haute autorité recommande de veiller à ce que ces rencontres soient largement ouvertes et à ce que la communication relative à ces événements soit orientée vers tous les candidats potentiels. Il est notamment recommandé de procéder à une large diffusion des offres d'emploi proposées auprès de l'ensemble des forums emploi et « jobdatings ».
61. Cette ouverture n'est cependant pas incompatible avec des actions de communication plus ciblées, par exemple par le canal des associations actives dans l'insertion professionnelle des personnes handicapées - comme le réseau des CAP emplois, l'ADAPT, les associations de médecins et d'ergonomes...

La rédaction des clauses des cahiers des charges des prestataires de recrutement

62. Certaines entreprises prévoient, dans le cahier des charges des intermédiaires de l'emploi, des clauses leur demandant de mener des actions qui répondent aux objectifs prévus dans les accords sur l'insertion professionnelle de collaborateurs en situation de handicap.

63. Le Collège de la haute autorité rappelle que peut être considérée comme une injonction de discriminer, le fait pour une entreprise de contraindre son prestataire à recruter des personnes en situation de handicap par embauche préférentielle dans le cadre d'une procédure non conforme aux exigences du droit communautaire¹² et sans prendre en considération d'autres critères de sélection. L'interdiction de discriminer pèse autant sur l'employeur que sur le prestataire.

La procédure d'embauche

64. Les pratiques de recrutement doivent s'inscrire d'abord et avant tout dans le cadre du droit commun. Plus généralement, le Collège de la haute autorité précise que la procédure d'embauche doit répondre à trois principes majeurs :

- l'objectivation, qui permet de justifier qu'une décision de recrutement est fondée sur des éléments sans lien avec un critère de discrimination prohibé ;
- la transparence, qui permet d'informer les candidats à l'embauche des procédures de recrutement, des caractéristiques du poste à pourvoir (missions, compétences exigées, conditions d'emploi...), du respect du principe de non discrimination par l'employeur ;
- la traçabilité, qui permet d'assurer le suivi des candidatures reçues et des embauches réalisées.

65. La sélection des candidatures, lors du tri des curriculum vitae puis des entretiens d'embauche, doit être centrée uniquement sur les compétences du candidat et leur adéquation avec le poste offert.

66. Afin de justifier sur des bases objectives le choix d'un candidat et permettre une juste appréciation des mesures appropriées à mettre en place eu égard aux exigences du poste à pourvoir, il est recommandé :

- de lister, au préalable, les activités impliquées,
- d'identifier les compétences requises,
- de définir précisément les tâches inhérentes au poste, en distinguant les tâches essentielles et les tâches secondaires,
- de recenser les aptitudes nécessaires ainsi que les éventuelles contraintes et nécessités liées à l'environnement de travail.

Le détail de ces informations doit être mentionné directement dans la fiche de poste.

67. Le Collège de la haute autorité rappelle que l'employeur est tenu, dès la procédure d'embauche, de prendre les mesures appropriées, telles que mentionnées à l'article L.5213-6 du code du travail, pour permettre à un candidat handicapé d'être à égalité de traitement avec les autres candidats. Cette obligation n'a toutefois pas pour effet d'autoriser l'employeur à imposer au candidat à l'emploi de l'informer de sa situation de handicap¹³.

¹² Cf. points 28 et suivants

¹³ Cass. Soc., 21 septembre 2005, n°03-44.855 (concernant un candidat à l'emploi) et Cass. Soc., 7 novembre 2006 (concernant un salarié concerné par une mesure de licenciement pour motif économique).

68. En conséquence, le Collège de la haute autorité recommande aux recruteurs d'informer systématiquement l'ensemble des candidats sélectionnés, lors de la convocation à l'entretien ou au test d'embauche, de la possibilité de solliciter des aménagements et de veiller à la mise en place des conditions permettant l'expression de ces besoins sur la base d'une information éclairée. Par exemple, la convocation à l'entretien d'embauche pourrait comporter une question formulée de la façon suivante : « *Vous êtes invité à un entretien d'embauche, avez-vous des besoins d'aménagements particuliers auxquels nous pourrions répondre afin de garantir la réussite de cet entretien ?* ».
69. S'agissant de l'entretien d'embauche, le Collège de la haute autorité recommande de centrer l'échange sur l'expérience du candidat, ses compétences, son projet professionnel, ses motivations. Au regard des contraintes et nécessités inhérentes au poste, les capacités du candidat à remplir les fonctions liées au poste à pourvoir peuvent être évoquées. Plus généralement, il est recommandé d'inviter tous les candidats à s'exprimer sur leurs besoins d'aménagements particuliers eu égard au poste proposé.
70. Le Collège de la haute autorité précise que, conformément aux dispositions de l'article R.4624-10 du code du travail, tout salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai. S'agissant des salariés soumis à une surveillance médicale renforcée, tels les travailleurs handicapés, l'examen médical doit avoir lieu avant l'embauche.
71. Cet examen a pour objectif de vérifier que l'intéressé est médicalement apte au poste de travail et, le cas échéant, de proposer l'ensemble des aménagements nécessaires au regard de son handicap.
72. Ainsi, dès la fin de la procédure de recrutement et avant la prise de poste effective, le Collège de la haute autorité recommande d'orienter le candidat ayant déclaré un handicap vers la médecine du travail en vue d'une visite médicale d'embauche afin que soit appréciée l'aptitude du candidat au poste sur lequel l'employeur envisage de le recruter.
73. Le Collège de la haute autorité rappelle que le principe de non-discrimination, visé aux articles L.1132-1 et L.1133-3 du code du travail, s'oppose à tout refus d'embauche qui serait fondé sur le motif que le candidat ne serait pas en capacité d'exercer l'emploi postulé, alors même que les mesures appropriées prévues à l'article L.5213-6 du même code n'auraient pas été envisagées.

La période d'essai

74. Le Collège de la haute autorité rappelle que le principe de non discrimination vaut également pour la période d'essai. L'effectivité du principe d'égalité à l'égard des personnes handicapées suppose que les mesures appropriées soient mises en place dès la prise de poste effective, et pour toute la durée de l'essai. Il est, à cet égard, particulièrement recommandé de prévoir, en concertation avec le salarié handicapé, outre l'aménagement du poste de travail, des actions de sensibilisation des équipes de travail au handicap.

75. Le Collège précise que, si l'employeur n'est pas tenu de motiver la rupture de la période d'essai, il doit cependant être en mesure de justifier que cette rupture est objective et étrangère à toute discrimination.
76. Le principe de non discrimination à l'égard des personnes handicapées s'oppose en effet à toute rupture de la période d'essai qui serait fondée sur le motif que le salarié n'est pas compétent, alors même que les mesures appropriées prévues à l'article L.5213-6 du code du travail n'auraient pas été mises en place.

III/ CONCLUSIONS :

77. Le Collège de la haute autorité affirme que l'égalité de traitement dans l'emploi à l'égard des personnes handicapées est le nécessaire corollaire de l'obligation d'emploi, telle qu'elle est prévue par la loi. A ce titre, il souligne l'importance que revêt le respect par les employeurs et les intermédiaires de l'emploi du principe des « aménagements raisonnables » dont l'objet est de permettre aux personnes handicapées d'être recrutées sur le fondement de leurs compétences tout en tenant compte des besoins d'aménagements spécifiques.
78. Le Collège souligne également que la réussite de l'intégration professionnelle du salarié handicapé est un enjeu collectif, dont la responsabilité incombe à l'ensemble de la communauté de travail, et en particulier aux partenaires sociaux.