Les interdictions de discrimination à l'égard des personnes handicapées en Autriche[1]
Aménagements raisonnables pour personnes handicapées

Dr. Wolfgang Brodil,
Professeur d'université extraordinaire
à l'Université de Vienne

1. Généralités

Les mesures de mise en œuvre dans les Etats membres visées ici reposent sur les nécessités de transposition résultant du droit communautaire. En s'appuyant essentiellement sur l'art. 13 TCE, qui prévoit, entre autres, des aménagements destinés à prévenir des discriminations en raison d'un handicap, la directive cadre 2000/78/CE[2] prescrit *des aménagements raisonnables pour personnes handicapées* afin de garantir l'application du principe de l'égalité de traitement également à ces personnes.

Dans le fond, la directive ne s'applique qu'à l'emploi et au travail.[3] Aux termes de l'art. 5 cela signifie que l'employeur est tenu de prendre les mesures appropriées et requises dans le cas concret pour permettre aux personnes handicapées d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation leur soit dispensée. La directive prévoit, cependant, une exception pour les cas où de telles mesures imposeraient à l'employeur une charge disproportionnée. Ces mesures ne représentent, cependant, aucune charge disproportionnée dans les cas où des mesures en vigueur – à l'évidence sur la base de dispositions juridiques – prévoient une compensation suffisante dans le cadre de la politique menée dans l'Etat membre concerné en faveur des personnes handicapées.[4] Nous aurons encore l'occasion de nous pencher là-dessus plus en détail.

De toute façon, l'Union européenne a étendu le principe de l'égalité de traitement fermement ancré dans plusieurs de ses actes juridiques également aux personnes handicapées.[5] Les réflexions fondamentales émanent p.ex. de la conviction que l'égalité de tous les êtres humains devant la loi et la protection contre la discrimination font partie des droits de l'Homme au sens général.[6] De même, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux reconnaît l'importance de la lutte contre toutes sortes de discriminations et de mesures appropriées favorisant l'intégration sociale et économique des personnes âgées et handicapées.[7] C'est expressément que le onzième considérant de la directive renvoie au fait que les discriminations – entre autres en raison d'un handicap – sapent la mise en œuvre des

---

[1] Les exposé qui suit repose essentiellement sur les contributions du conférencier dans Tomandl/Schrammel (éd.) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 63 suiv. ou dans Rebhahn (éd.) Gleichbehandlungsgesetz Kommentar (2005) Anhang II, Diskriminierungsverbote für Menschen mit Behinderung 681 suiv.

[2] Directive du Conseil en date du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[3] Cf. art 1 ou 3 Dir. 2000/78/CE.

[4] Art. 5 dernière phrase de la directive.

[5] Pour la suite voir *Brodil*, Differenzierung nach Behinderungen, dans: Tomandl/Schrammel (éd.), Arbeitsrechtliche Diskriminerungsverbote (2005) 63 suiv.

[6] Cf. le quatrième considérant de la directive 2000/78/CE.

[7] Sixième considérant de la directive 2000/78/CE.

objectifs définis dans le Traité instituant la CE, notamment la réalisation d'un niveau d'emploi élevé. Est souligné avec la même vigueur le rôle important des mesures ordonnées pour la lutte contre les discriminations en raison d'un handicap[8]. Ainsi, il est prévu de tenir compte des besoins des personnes handicapées au poste de travail. Sont incluses des mesures *appropriées* – que le législateur européen conçoit comme des mesures efficaces et praticables –, pour aménager le poste de travail en conformité avec le handicap. En fait également partie un aménagement adéquat des locaux ou une adaptation des outils de travail.

Par ailleurs, la directive 2000/78/CE suit les structures de base « éprouvées ». Elle utilise les termes déjà connus des discriminations indirecte et directe[9] ainsi que la notion de harcèlement. Le système de la justification objective possible reprend, lui aussi, les structures déjà connues.[10] En outre, les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale sont exclus de son domaine d'application[11]. De même, les conditions de travail dans les forces armées – tout comme celles dans les services de police, pénitentiaire, etc.[12] – peuvent être exemptes de l'obligation d'assurer l'égalité de traitement des personnes handicapées ou bien par rapport à l'âge.[13]

2. La transposition en Autriche par la loi BGStG (*Behindertengleichstellungsgesetz*)

Compte tenu de circonstances non mentionnées ici, le législateur autrichien a décidé de décréter une protection très **étendue** des personnes handicapées contre la discrimination. Ainsi, la transposition de la directive 2000/78/CE a eu lieu dans deux domaines: dans le « domaine général » par le biais de la loi fédérale relative à l'égalité de traitement des personnes handicapées (*Bundesbehindertengleichstellungsgesetz*, BGStG). Pour le monde du travail, le droit existant concernant l'embauche de personnes handicapées a été amendé.[14]

La loi BGStG « générale » vise l'élimination de la discrimination des personnes handicapées.[15] De même, il s'agit de garantir la participation, sur un pied d'égalité, des personnes handicapées à la vie de la société et de leur permettre de mener un train de vie autonome.

---

[8] Cf. le seixième ou le vingtième considérant de la directive 2000/78/CE.

[9] Cf. l'art 2.

[10] Cf. l'art 2 al. 2 lettres i et ii.

[11] L'art 3 al. 3 de la directive.

[12] Voir le dix-huitième considérant de la directive 2000/78/CE.

[13] Siehe den 18. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG.

[13] Cf. l'art. 3 al. 4 de la directive.

[14] Cf. l'art 3 al. 4 de la directive.

[14] BGBl I 82/2005, loi fédérale réglementant l'égalité de traitement des personnes handicapées (*Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz* – BGStG). En même temps, la loi relative à l'embauche des personnes handicapées, la loi fédérale sur les personnes handicapées, la loi fédérale relative aux services d'aide sociale, la loi en matière d'égalité de traitement, la loi fédérale relative à la Commission pour l'égalité de traitement et les avocats défendant l'égalité de traitement ainsi que la loi fédérale en matière d'égalité de traitement ont été amendées.

[15] Cf. l'objectif énoncé à l'art. 1.

Au-delà du domaine d'application prévu, dans le fond, sur la base du contexte européen, la loi BGStG offre une protection « générale » des personnes handicapées contre la discrimination.[16] L'intention essentielle poursuivie par le législateur est la promotion, dans tous les secteurs de la vie, de l'égalité de traitement des personnes handicapées.[17]

Abstraction faite de domaines d'application spécifiques non détaillés ici, la loi BGStG règle en premier lieu des rapports juridiques y inclus leur établissement et leur création tout comme le recours à ou l'exercice de prestations en dehors d'un rapport juridique, dans la mesure où il s'agit, dans chaque cas, de l'accès à et de la fourniture de biens et de services disponibles au public et où la Fédération est dotée d'une compétence réglementaire directe.[18] La protection contre la discrimination dans le monde du travail s'en trouve, cependant, exclue, étant donné que cet aspect est réglé dans la loi sur l'embauche de personnes handicapées (BehEinstG).[19]

La notion de « personne handicapée » correspond à celle définie à l'art. 3 – également amendé – de la loi BehEinstG. Des réglementations centrales portent sur l'interdiction de discriminations directes ou indirectes (art. 4 BGStG), qui concernent (aussi) l'accès technique ou bien le fait de l'entraver pour des personnes handicapées (« *accessibilité des espaces aménagés »).* Une restriction de la notion de discrimination en rapport avec des personnes handicapées est, cependant, liée au concept de **proportionnalité**. En effet, conformément l'art. 6 al. 1 BGStG, il ne s'agit pas d'une discrimination indirecte au sens de l'art. 5 al. 2 si l'élimination de conditions déterminant un désavantage et notamment des obstacles d'accès était contraire au droit ou bien inexigible en raison de charges disproportionnées.

La loi BGStG prévoit, elle aussi, pour le cas de violations de l'interdiction de la discrimination, des effets de droit similaires que pour l'égalité de traitement « générale ».[20] L'organe compétent pour la réalisation des droits résultant de la loi BGStG est *l'organisme de conciliation*.[21] Les détails ne seront pas abordés ici.

Dès maintenant, il y a, cependant, lieu de noter que, pour l'essentiel, le législateur autrichien a tendance à copier textuellement le libellé allemand sans régler les détails dans un but de clarification. Le texte de la directive elle-même est le plus souvent caractérisé – sans doute en raison des difficultés qu'éprouvent 15 ou 25 Etats membres à se mettre d'accord – par un degré d'indétermination marqué. Or, la transposition littérale dans le droit national confronte essentiellement les praticiens du droit à l'échelle nationale avec des problèmes de délimitation bien difficiles. Permettez-moi donc d'essayer d'élucider certains de ces aspects.

---

[16] Cf. le dix-huitième considérant de la directive 2000/78/CE.

[17] Cf. le dix-huitième considérant de la directive 2000/78/CE ainsi que l'art. 7 al. 1 B-VG.

[18] Cf. art. 2 al. 2 BGStG.

[19] Voir là-dessus les détails plus bas sous 3.

[20] Cf. les art. 9 suiv. BGStG.

[21] Cf. aussi la règle de compétence de l'art. 11 BGStG pour les cas de discriminations multiples.

3. Amendements de la loi BEinstG par rapport à l'embauche de personnes handicapées

3.1. Généralités

Sur le plan du **monde du travail**, la présente nouvelle réglementation maintiendra, en principe, inchangé le droit actuel applicable aux personnes handicapées.[22] En d'autres mots: Les réglementations portant sur les handicapés dit « favorisés », c'est-à-dire des personnes présentant un degré de handicap de plus de 50% (voir aussi le Code social allemand IX [SGB IX] ne sont pas modifiées. Pour ces travailleurs, la loi BEinstG prévoit dès maintenant des réglementations spéciales (protection contre le licenciement, obligation d'embauche ou, en cas de non-observation, paiement de la taxe de péréquation, etc.).

Les interdictions de la discrimination prévues par le droit communautaire seront remplacées par une nouvelle réglementation compréhensive dans les art. 7 suiv. de la loi sur l'embauche des personnes handicapées. Jusqu'à présent, l'art. 7 n'avait comporté que l'interdiction de réduire la rémunération d'un travailleur handicapé en raison de son handicap. En outre, déjà l'art. 6 al. 1 BEinstG avait prévu une « certaine » protection contre la discrimination, lorsque, par exemple, il fallait tenir compte des handicapés en fonction de leur emploi et de l'établissement. En même temps, l'art. 6 al. 1a introduit maintenant une **obligation générale d'élimination** des obstacles, qu'il s'agira de discuter tout à l'heure.

3.2. Sur la notion du « handicap »

Regardons tout d'abord la définition légale du handicap: Les réglementations autrichiennes conçoivent le handicap comme « la conséquence d'une atteinte fonctionnelle corporelle, intellectuelle ou psychique non passagère ou d'une atteinte des fonctions sensorielles de nature à rendre plus difficile la participation à la vie du travail. Est considérée comme non passagère une période de probablement plus de six mois. »

La directive ne définit pas elle-même le concept de « handicap », si bien que les législateurs nationaux disposent d'une latitude d'aménagement relativement grande. De toute façon, la définition autrichienne repose (après comme avant) sur une approche matérielle relevant de la « systématique de l'assurance maladie », mais inclut maintenant aussi les handicaps sensoriels.[23] Dans le cadre d'une analyse *matérielle* de la notion de handicap, il faut également répondre à la question de savoir si la participation de cette personne à la vie du travail se trouve aggravée.

A mon avis, une importance capitale paraît revenir à la prise en compte des handicaps, étant donné que les effets de droit se rattachent à l'existence de *quelque forme minimale de handicap que ce soit*. Naturellement, le handicap est manifeste dans le cas d'un paraplégique. Mais faut-il également considérer comme handicapé un gaucher ou une personne ayant tendance à facilement transpirer? En même temps, la manière dont un « handicap » est perçu parait également avoir de l'importance pour la nature et l'étendue des mesures appropriées.

---

[22] Loi relative à l'embauche des personnes handicapées, BEinstG BGBl 22/1970 dans la version du BGBl I 71/2003.

[23] Vgl dazu die 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, Seite 12.

Cette conception du handicap repose sur des approches retenues pa la Commission européenne elle-même.[24] Des approches similaires se trouvent aussi dans les définitions données par l'Organisation mondiale de la santé (OMS).[25] Des similitudes sur le plan du contenu se trouvent en outre dans ce qui est prévu à l'art. 2 al. 1 du Code social allemand IX (SGB IX).[26]

Le problème de la prise en compte de la présence d'un handicap est des plus complexes. Au premier plan, il y a le manque presque absolu de détermination et les questions de délimitation touchant la notion de maladie. Pour l'essentiel, le handicap et sa maîtrise dans un contexte social se définissent par la triade « trouble – activité – participation ».[27] Le terme de perte fonctionnelle *(impairment)* désigne la perte ou le changement de la structure corporelle ou d'une fonction physique et psychique. Le terme « activité » (*activity)* représente la nature et l'étendue de la (limitation) des activités d'une personne concrète, capacité considérée comme normale pour un être humain. Finalement, la *participation* est la nature et l'étendue de la participation d'une personne à ce qui se passe dans différents domaines de la vie. Par conséquent, il faut qu'il résulte d'une atteinte à la santé un trouble fonctionnel, qui débouche sur une restriction de la participation dans différents domaines de la vie.[28]

Citons à titre d'exemple une personne à mobilité réduite (présentant p.ex. un raidissement d'une articulation du genou). Le critère de la « perte fonctionnelle » est présent. La limitation des activités (*activity*) s'exprime dans la capacité réduite de monter l'escalier. Si cette réduction est permanente, le plus souvent la « participation » sera également restreinte, si bien qu'il faut conclure à la présence d'un handicap.[29] Dans d'autres cas, il n'y a, par contre pas de handicap, et ceci malgré l'existence d'un trouble fonctionnel, parce que, dans la situation concrète, la *participation* n'est pas réduite. Par conséquent, la notion de « handicap » est à concevoir comme un *concept de type*. Dans le cas concret, la présence simultanée de tous les éléments n'est pas toujours requise. Quant à savoir lesquels des éléments doivent être réunis, tout dépend donc du *domaine concret* dans lequel la notion de « handicap » s'avère pertinente.

Si p.ex. la personne à mobilité réduite mentionnée ci-dessus sollicite un emploi comme mécanicien de précision, elle n'est peut-être pas considérée comme handicapée pour ce qui est de l'exercice de ce métier en tant que tel, c'est-à-dire sur le plan de l'exécution du travail proprement dit. Sa participation se trouve, cependant, réduite par rapport à l'accès au lieu de travail, si bien qu'il y a quand même un handicap. Si, par contre, une personne présente une inadaptation mentale, tout dépend, une fois de plus, du contexte concret et d'une éventuelle

---

[24] Cf. Helios II – Europäischer Leitfaden für empfehlenswerte Praktiken – auf dem Weg zur Chancengleichheit für behinderte Menschen (Guide européen des pratiques recommandables – vers l'égalité des chances pour les personnes handicapées); cf. aussi *Sturm*, Der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen Umsetzung im österreichischen Arbeitsrecht (Le principe de l'égalité de traitement en droit communautaire et sa transposition dans le droit du travail autrichien), thèse de doctorat, Vienne 2003, 171 à la note en base de page 536; voir aussi *Steinmeyer*, dans: Council of Europe Publishing (éd.), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] (La législation de lutte contre la discrimination des personnes handicapées) (2003).

[25] Cf. *Steinmeyer*, dans: Council of Europe Publishing (éd.), Legislation to counter discrimination against persons with disabilities[2] (La législation de lutte contre la discrimination des personnes handicapées) 23.

[26] Cf. la présentation détaillée dans *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 (2002) § 2 mention marginale 1 suiv.; voir aussi *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX §§ 68, 69 mention marginale 1.

[27] *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 mention marginale 1 suiv.

[28] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX §§ 68, 69 mention marginale 1.

[29] *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 mention marginale 5.

entrave de la participation. Pour l'accès à des programmes de préparation à l'emploi (participation à des cours de formation), il existe sans doute un handicap.[30] Ceci n'est pas le cas si la personne en question cherche un emploi comportant uniquement des activités manuelles simples. Dans le doute, le *droit du travail* entend le terme de « handicap » probablement au sens plus large.[31]

3.3. Aménagements raisonnables et mesures d'encouragement

L'art. 6 al. 1a de la Loi BEinstG décrète tout d'abord: « Les employeurs sont tenus de prendre les mesure appropriées et nécessaires dans le cas concret pour permettre aux personnes handicapées l'accès à l'emploi, l'exercice d'un métier, l'avancement professionnel et la participation à des programmes de formation et de perfectionnement, à moins que ces mesures ne constituent une charge disproportionnée pour l'employeur. Cette charge n'est pas disproportionnée si elle peut être compensée suffisamment par des mesures d'encouragement réalisées sur la base de dispositions juridiques nationales ou provinciales. »

La réglementation prévue à l'art. 6 al. 1a de la loi BEinstG contient à l'évidence une obligation *générale* pour l'employeur d'éliminer ou de prévenir les obstacles d'accès pour les personnes handicapées. La relation avec l'art. 7c al. 4 suiv. de la loi BEinstG est, cependant, entièrement ouverte.[32] C'est pourquoi il paraît judicieux de jeter un regard sur l'énonce des faits par rapport à la réglementation prévue à l'art. 7c.

(3) En cas d'inégalité de traitement en raison d'une caractéristique se trouvant en rapport avec un handicap, il ne s'agit pas d'une discrimination si la caractéristique en question constitue, à cause de la nature d'une activité professionnelle déterminée ou des conditions cadre de son exercice une condition professionnelle essentielle et décisive et dans la mesure où il s'agit d'un but légal et d'une exigence adéquate.
(4) Il n'y a pas de discrimination indirecte au sens de l'art. 2 si l'élimination des conditions se trouvant à la base d'un désavantage, et notamment de barrières d'accès, était contraire à la loi ou non exigible compte tenu du caractère disproportionné des charges.
(5) Lors de l'analyse de la question de savoir si des charges sont disproportionnées, il faut notamment tenir compte des éléments suivants:

1. des efforts à fournir pour éliminer les conditions se trouvant à la base du désavantage;

2. de la capacité financière de l'employeur ou, dans les cas décrits à l'art. 7b al. 1 lignes 8 à 10, de celle de l'organisme concerné;

3. des programmes d'encouragement mettant à disposition des moyens financiers publics pour les activités en question ;

4. de la période écoulée entre l'entrée en vigueur de la présente loi fédérale et la

---

[30] P.ex. dans *Mrozynski*, SGB IX Teil 1 § 2 mention marginale 33 suiv.

[31] *Brodil*, dans Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote 63 suiv.

[32] Cf. déjà *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung [Les personnes handicapées dans l'ordre juridique autrichien]; édition bilingue), dans: Nacionalni informativni dnevi 2005 – Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (National Information Days – Non-discrimination and equal rights in legislation for persons with disabilities [Journées d'information nationales – La non-discrimination et l'égalité en droit des personnes handicapées dans la législation], Slovénie 2005) 69 suiv. 151 suiv; *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich – Teil 2: Überblick über die RL, deren Umsetzung bevorsteht, insb die Antidiskriminierungs-RL [La transposition du droit de l'UE en Autriche – Deuxième partie: Aperçu des directives à transposer prochainement, notamment de celle relative à la lutte contre la discrimination], DRdA 2003, 523 (530).

discrimination prétendue.
(6) Au cas où l'élimination des conditions se trouvant à la base d'un désavantage s'avère représenter une charge disproportionnée au sens de l'art. 4, il s'agit d'une discrimination s'il a été négligé de prendre des mesures exigibles afin d'obtenir au moins une nette amélioration de la situation de la personne concernée dans le sens d'un rapprochement maximum à l'égalité de traitement. Dans l'analyse de l'exigibilité, il y a lieu de tenir compte de l'art. 5.
(7) Lors de l'examen de la présence d'une discrimination indirecte par des barrières, il faut également vérifier s'il y a des dispositions juridiques pertinentes sur l'accessibilité applicables au cas sous revue et si, et dans quelle mesure, ces dernières ont été respectées. Sont exempts d'obstacles d'accès les édifices et autres installations, les moyens de transport, les articles techniques d'usage courant, les systèmes d'informatique ainsi que d'autres domaines de vie aménagés, s'ils sont accessibles aux personnes handicapées et utilisables par elles de la manière généralement admise, sans difficultés particulières et, en principe, sans l'aide d'autrui.

L'art 7c représente la règle de droit essentielle concernant la lutte contre la discrimination des personnes handicapées. En présence d'un handicap, il est interdit d'effectuer, en raison de ce handicap, une discrimination indirecte ou directe, un harcèlement ou d'enjoindre à quelqu'un d'effectuer une discrimination. Selon les critères généraux, il s'agit d'une discrimination, également en présence d'un handicap, s'il n'y a pas de *faits justificatifs matériels objectifs*. L'art. 7c al. 1 et 2 de la loi BEinstG correspondent par conséquent à des « structures antidiscriminatoires bien connues ».

En ce qui concerne l'al. 3, il y a lieu de noter qu'un handicap entraîne, de par sa nature, des différences réelles sur le plan des capacités manuelles ou intellectuelles. Ces différences représentent, au moins partiellement, un trait caractéristique d'un handicap. Voilà qui distingue ce domaine bien nettement de l'inégalité de traitement p.ex. en raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou de l'origine ethnique. Par rapport à la structure des dispositions, il faut subdiviser ce problème général en *deux parties*: Tout d'abord, il importe de discuter les cas où la discrimination éventuelle n'est pas en rapport avec des restrictions de l'accès au sens technique. Dans de tels cas, il est typiquement possible d'éviter la discrimination par une décision ou des dispositions autonomes de ce dernier (al. 3). Le deuxième groupe couvre les cas où la restriction de la participation des personnes handicapées ne peut être éliminée qu'au moyen d'interventions techniques au sens plus large (pour l'essentiel l'al. 4 suiv.)

Sur l'art. 7c al. 3:
Il n'y a pas de discrimination lorsqu'un trait caractéristique déterminé constitue une condition professionnelle essentielle et décisive en raison de la nature d'une activité professionnelle déterminée ou des conditions cadre de son exercice. De toute manière, il doit s'agir d'un but légitime et d'une exigence adéquate – au sens de la justification matérielle éprouvée. Conformément aux documents,[33] une telle caractéristique ne peut être considérée comme une condition professionnelle essentielle et décisive pour occuper une position déterminée que lorsqu'il s'agit d'activités fondamentales prévues dans le contrat de travail. Par conséquent, l'image sportive attendue d'un représentant de commerce pour articles de sport ne pourrait (certainement) pas justifier l'exclusion d'une telle position d'un handicapé dans un fauteuil roulant. Il y a là une certaine contradiction avec la jurisprudence de l'OGH (Cour suprême autrichienne) sur la discrimination en raison du sexe: Le refus d'un employeur d'affecter des vendeuses de modes à son service extérieur n'est pas une violation de l'interdiction d'une

[33] 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, p. 14.

discrimination en raison du sexe.[34] Une limitation aux salariés masculins est ainsi à considérer comme une justification objective adéquate.

Il ne fait pas de doute qu'il ne dépend pas de la *détermination* exclusive par l'employeur quant à savoir s'il y a discrimination. A l'extrême, il deviendrait autrement possible de refuser, sur la base d'une justification objective, l'embauchage de personnes fortement transpirantes ou obèses – dans le cas desquelles la conception énoncée ci-dessus du trouble fonctionnel et la restriction de la participation *pourraient* également permettre de conclure à la présence d'un handicap.

Le handicap doit, cependant, exister objectivement. A mon avis, il doit être possible de constater, en termes abstraits, **un quelconque degré d'infirmité ou une incapacité partielle**.[35] Certes, selon l'art. 14 de la loi BEinstG, seule une incapacité partielle d'au moins 50% compte pour la *constatation* du statut favorisé de handicapé. Or, pour ce qui est de l'unité de l'ordre juridique et des considérations systématiques, seul un tel trouble fonctionnel peut donner lieu à un handicap conduisant en outre à une incapacité partielle au sens de la systématique de la loi sur l'embauchage des personnes handicapées ou de domaines de réglementation similaires. A cet égard, les barèmes actuels – qui s'inspirent des systèmes décrivant une incapacité partielle (*Knochen- und Gliedertaxen*) – sont appréciables. Par conséquent, les caractéristiques physiques qui, en fonction de ces critères, ne donnent pas lieu à une incapacité partielle, ne sauraient jamais servir de point de départ pour une discrimination. Les différenciations opérées par les employeurs dans ce domaine ne sont donc pas sujettes à aucun contrôle quant à leur contenu.

Par ailleurs, il y a lieu d'interpréter l'interdiction de la discrimination de façon téléologique. Le point de repère à cet égard sont le terme utilisé de la « condition professionnelle décisive » ainsi que le « *telos* » en matière de droit européen. Sur la base des documents, les critères de différenciation en fonction de caractéristiques physiques ne seront, en fait, admissibles que pour les critères clés du contrat de travail – si bien qu'il importe d'interpréter l'exception prévue à l'art. 7b al. 3 de manière étroite.[36] Par conséquent, l'inégalité de traitement ne doit pas reposer sur *le seul fait du handicap*. Ainsi, une inégalité de traitement en raison de réflexions générales ne se référant pas spécifiquement à l'activité en question est exclue.

A mesure que le handicap devient plus grave, un traitement inégal devient donc, objectivement, de plus en plus justifié. En présence d'un handicap majeur, certaines fonctions physiques ou certaines capacités sont plus faciles à présenter et considérer comme des exigences professionnelles essentielles et décisives. En même temps, ce sont alors les systèmes d'encouragement spécifiques qui jouent leur rôle – p.ex. la suppression du paiement de la taxe compensatrice, etc. Inversement: Moins le handicap est marqué, plus il devient difficile pour l'employeur d'attribuer la différenciation qu'il a faite aux conditions professionnelles essentielles et décisives mentionnées à l'art. 7c al. 3.

---

[34] OGH 12.1.2000, 9 Ob A 318/99a, RdW 2000, 474 – Herrenmodeverkäufer (vendeur de vêtements pour hommes); voir là-dessus *Gerlach*, Gleichbehandlung bei der Begründung des Dienstverhältnisses (L'égalité de traitement à la formation des rapports de service), RdW 2000, 610; *Rauch*, Zum Schadenersatz nach dem GlBG (Sur les dommages-intérêts selon la loi GlBG), ecolex 2000, 441.

[35] *Brodil*, dans: Tomandl/Schrammel, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Interdictions de discriminations aux termes du droit du travail), 63 suiv.

[36] Voir également l'approche allemande, cf. *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81, note marginale 7.

Sur l'art. 7c al. 4 suiv.:
Les réglementations relatives à l'obligation d'éliminer les désavantages au détriment des handicapés soulèvent un pléthore de questions de délimitation bien difficiles. En effet, le droit communautaire oblige l'employeur à prendre les mesures nécessaires – exigibles, appropriées et nécessaires dans le cas concret – pour permettre aux personnes handicapées d'avoir accès à l'emploi et d'exercer leur travail. A cet égard, c'est moins une seule décision volontariste de l'employeur qui joue un rôle que l'élimination technique des obstacles d'accès. Il faut noter dans ce contexte qu'il s'agit là d'un nouveau « domaine » de l'égalité de traitement dans la mesure où l'employeur se voit imposer non seulement des devoirs d'abstention, mais aussi de véritables obligations de faire.[37]

Tout d'abord, il importe de renvoyer à la disposition de l'art. 6 al. 1a. Ce dernier prévoit, tout comme l'art. 7c al. 4 et 5, l'obligation de prévenir les entraves à l'accès ou de les supprimer. Chose intéressante: L'art. 6 al. 1a ordonne, à ce qu'il paraît, une obligation *en principe* à respecter d'aménager les postes de travail au sens large de façon adéquate pour personnes handicapées, les efforts à fournir étant, à ce qu'il paraît, limités vers le haut par des mesures d'encouragement. Par contre, l'art. 7c al. 4 (ou 5) ne parle que de *l'élimination* d'entraves, et, pour ce qui est des mesures d'encouragement et des subventions, il est seulement exigé d'en « tenir compte ».[38]

A cet égard, c'est déjà le terme « *obligation d'élimination* » qui est flou. Il n'est en effet pas du tout clair à quel moment et dans quelle mesure ces obligations de faire existent. Que les employeurs aient à aménager sans barrières notamment l'accès aux lieux de travail avec prévoyance, à moins que les coûts ne soient disproportionnés,[39] paraît démesuré. C'est pourquoi il n'est pas possible de garantir, en cas de nouvelles constructions ou de transformations, l'accessibilité générale pour personnes en chaise roulante, le montage d'éléments tactiles de guidage pour aveugles, etc. Les exigences du droit communautaire et leur transposition prévue à l'échelle nationale se trouvent dans un certain conflit naturel avec le droit de propriété, lui aussi protégé par le droit communautaire ou, en tout cas, par le droit constitutionnel.[40] Par conséquent, il faut absolument peser les soucis des personnes handicapées contre les intérêts des employeurs.[41] Sans que soit concrétisée l'obligation d'égalité de traitement – p.ex. par la candidature ou le placement d'une personne handicapée – l'employeur n'a pas à assurer de prime abord que ses lieux de travail soient aménagés à tous les égards ou bien au maximum du possible en conformité avec les exigences de personnes handicapées. Une telle obligation générale est peut-être, p.ex. aux termes de la loi BGstG, raisonnable pour des locaux publics destinés aux clients. Pour les parties d'un établissement réservées aux employés, cette obligation n'est, cependant, pas à assumer. En fin de compte, la question reste entièrement ouverte quant à savoir dans quelle mesure ou selon

---

[37] Dans l'historie de la création des réglementations, on ne trouve absolument pas de considérations constitutionnelles par rapport à la notion de propriété sous l'angle de l'atteinte implicite à cette dernière. Remarques critiques là-dessus p.ex. de la part de *Winkler*, Die neuen europäischen Gleichbehandlungsregeln (Les nouvelles règles européennes en matière d'égalité de traitement), ZAS 2004, 52 (57).

[38] Les remarques suivantes s'inspirent de *Brodil*, Invalidi v avstrijskem pravnem redu (Menschen mit Behinderungen in der österreichischen Rechtsordnung [Les personnes handicapées dans l'ordre juridique autrichien]; bilingue), dans: Nacionalni informativni dnevi 2005 - Nediskriminacija in enake pravice invalidov v zakonodaij (Journées nationales d'information – la lutte contre la discrimination et pour l'égalité de droits dans la législation relative aux personnes handicapées, Slovénie 2005.

[39] C'est ainsi que s'exprime *Schindler*, DRdA 2003, 523 (530).

[40] P.ex. l'art 5 StGG, l'art 1 1.ZP-EMRK; cf. à cet égard p.ex. *Öhlinger*, Verfassungsrecht (Droit constitutionnel)[5] (2003) 375 suiv.

[41] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX § 81 note marginale 16.

quels critères de qualité un aménagement adapté aux personnes handicapées deviendra un jour nécessaire.

Même si l'art 6 al. 1a parle d'une obligation apparemment « générale », il ne mentionne en même temps que le « cas concret ». Il y a donc lieu de préférer une approche équilibrée, en raison de laquelle un employeur faisant construire ou transformer un lieu de travail est obligé d'assurer un aménagement adapté aux personnes handicapées *pourvu* qu'il y ait des programmes d'encouragement.

L'art. 7c al. 4 et 5 concerne par contre *l'élimination* des conditions se trouvant à la base des désavantages subis par les personnes handicapées. Elle peut être supprimée si elle conduit à des charges disproportionnées. Lors de la constatation, il faut donc viser les efforts correspondants et la capacité financière de l'employeur. De toute façon, l'inexigibilité peut se baser sur la capacité économique de l'entreprise,[42] qui représente sans doute un critère décisif. Cela résulte avec une clarté suffisante du vingt-et-unième considérant de la directive, selon lequel l'effort financier et autre lié à l'élimination ainsi que le niveau des ressources et du chiffre d'affaires total de l'entreprise et de la disponibilité de moyens publics ou d'autres possibilités d'assistance doivent être pris en considération.

Selon les documents législatifs portant sur l'art. 7c, il serait p.ex. inexigible d'intégrer un ascenseur dans une maison où, à un étage supérieur, l'employeur entretient un établissement comportant moins de 5 employés. Cet exemple laisse beaucoup de questions en suspens. De toute façon, il faut tenir compte non seulement de l'exigibilité économique, mais également de la *(im)possibilité juridique* de l'élimination. Cela vaut, par exemple, pour le cas où l'employeur est seulement le locataire de locaux de la société et il n'est pas possible de contraindre le loueur à une transformation adéquate pour personnes handicapées (les questions juridiques concernant le droit au bail ne sont mentionnées ici qu'en passant).

L'inexigibilité est, cependant, également réuni dans le cas où le réaménagement mettrait en danger d'autres emplois ou comporterait également une charge inacceptable pour d'autres salariés.[43] Une demande d'offrir à des personnes handicapées du *travail à temps partiel* n'est pas exigible si, pour ce faire, l'employeur devrait modifier l'organisation du travail d'une manière comportant l'intervention au niveau d'autres contrats de travail.[44] De même, la relation coûts-effets ainsi que la durée probable de la relation de travail avec la personne handicapée sont remarquables.[45] Les limites précises par rapport à l'élimination exigible des obstacles à l'accès des travailleurs handicapés dépendent donc de la nature et de l'étendue du handicap ainsi que des capacités financières de l'employeur et des autres aspects du travail à l'entreprise.

Aux termes de l'al. 6, il faut partir de l'idée d'une discrimination même en présence de charges inacceptables ou disproportionnées, si l'employeur (ou l'organisation) négligent d'établir, par des mesures acceptables, un état de choses constituant une amélioration appréciable de la situation des personnes handicapées au sens d'un *rapprochement maximal à l'égalité de traitement*. Cela devra servir à introduire une procédure à plusieurs étapes pour

---

[42] Cf. al. 5 lignes 1 et 2; voir aussi *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81, note marginale 16.

[43] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81, note marginale 16.

[44] Ainsi p.ex. LAG Schleswig-Holstein, LAGReport 2003, 29, cité dans *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81, note marginale 16.

[45] *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81, note marginale 17.

constater l'inexigibilité.[46] A titre d'exemple, les documents mentionnent le fait qu'il est pratiquement impossible d'aménager un restaurant d'entreprise pour tenir compte des besoins des personnes handicapées. Dans un tel cas, il importe de ne pas permettre à l'employeur d'échapper à une discrimination en ne faisant rien du tout. Il serait plutôt obligé d'offrir diverses mesures acceptables – p.ex. la remise, à titre de remplacement, de tickets-restaurant dans des localités accessibles. Ces obligations – pour ainsi dire subsidiaires – sont de nouveau, conformément à l'art. 7c al. 6, soumises à un contrôle d'exigibilité.

Finalement, en évaluant l'exigibilité, il importe aussi de tenir compte de la possibilité éventuelle de recourir à des programmes d'encouragement sur la base de moyens publics. En outre, il y a une période assez longue entre l'entrée en vigueur de la réglementation et le moment de la (prétendue) discrimination. En examinant l'absence de barrières (techniques), il est essentiel de vérifier dans quelle mesure les normes de construction applicables et d'autres prescriptions juridiques ont été respectées.[47]

4. Résumé

Passons finalement à un résumé. D'emblée, quelques autres questions restées en suspens ici frappent l'esprit. Cela vaut, par exemple, pour le problème d'une éventuelle obligation, avant la conclusion d'un contrat de travail, de s'exprimer conformément à la vérité sur les handicaps existants.[48] Une autre question toute aussi ouverte est celle de savoir dans quelle mesure les handicaps – et il suffit de se rappeler combien les femmes sont défavorisées – joueront un rôle dans le cadre de la protection générale contre le licenciement et, notamment, quelle sera leur importance. De même, l'impact de l'interdiction de la discrimination sur le licenciement reste incertain. Par conséquent, la science du droit devra, et à l'avenir, se pencher sur bien des problèmes de détail.

En ce qui concerne la présente transposition, il y a de toute façon lieu de constater qu'elle est, dans un large mesure, conforme au droit communautaire. En même temps, un problème devenant de plus en plus manifeste depuis un certain temps est le manque de détermination précise des exigences du droit européen, si bien que les législateurs et les tribunaux nationaux se trouvent, en partie, en face de tâches impossibles à résoudre.

---

[46] Cf. 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, p. 14.

[47] Al. 7; comprend p.ex. les réglementations concernant la protection technique des employés ou bien celles du décret relatif à la sécurité sur les lieux de travail (*Arbeitsstättenverordnung*), cf. 836 BlgNR EBzRV XXII. GP, p. 15.

[48] Voir à cet égard p.ex. *Rolfs*, ErfK 580 SGB IX art. 81 note marginale 6; pour une réponse affirmative par rapport à l'ancienne situation juridique BAG 5.10.1995, AP BGB art. 123 n° 40; cf. aussi *Düwell*, BB 2001, 1527ff; le plus récemment *Schaub*, Ist die Frage nach Schwerbehinderung zulässig? (Est-il admissible de poser la question de l'incapacité de travail permanente?) NZA 2003, 299.