

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b>	<b>21</b>
§I – Présentation du sujet de la thèse	22
A. De l'exclusion de fait à l'inclusion par le droit	22
1. L'inclusion et la responsabilité des pouvoirs publics	26
2. De l'État à l'entreprise : la responsabilité sociale de l'entreprise dans l'inclusion	26
a) <i>La traduction endogène de la responsabilité de l'entreprise</i>	27
b) <i>La traduction exogène de la responsabilité de l'entreprise : l'inclusion saisie par le droit des droits humains</i>	28
B. Les défis juridiques de la responsabilité de l'entreprise	31
1. Les défis conceptuels : l'annonce d'une traduction laborieuse	31
a) <i>Des obligations au contenu et contours incertains</i>	31
b) <i>Le handicap : un motif de discrimination dont les contours sont difficiles à cerner</i>	32
2. L'inclusion face aux enjeux économiques	35
a) <i>Le droit antidiscriminatoire face aux enjeux économiques</i>	35
b) <i>Le droit antidiscriminatoire face à la fragilisation du droit du travail</i>	37
§II – Méthodologie de la thèse	38
A. Une approche positive	39
1. L'approche comparée	39
2. L'approche intégrée	41
B. Une approche « en contexte » des droits sélectionnés ( <i>Law in Context</i> )	41
<b>Chapitre 1 Le contexte d'opération de la responsabilité</b>	<b>44</b>
Section I – Le contexte conceptuel : la responsabilité dans la langue antidiscriminatoire	47
§I – L'interdiction des discriminations : le tronc commun	48
A. L'interdiction des discriminations directes	48
1. La définition du concept	48
2. Les conditions de la discrimination directe	49
a) <i>La preuve d'une distinction directement fondée sur le handicap</i>	50
b) <i>La recherche du comparateur</i>	54
B. L'interdiction du harcèlement	56
1. La définition du concept	56
2. Les conditions du concept	57
a) <i>L'exigence d'un comparateur ?</i>	57

b)	<i>Le harcèlement en pratique : l'atteinte à la dignité d'une personne et la création d'un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant</i>	57
C.	L'interdiction des discriminations indirectes	58
1.	La définition du concept	58
2.	Les conditions de la discrimination indirecte	59
	60	
§II	– Les traductions « positives » de l'égalité : la spécificité du handicap	63
A.	L'action positive individuelle : une consécration étendue de l'obligation d'aménagement raisonnable	63
B.	L'obligation positive « collective »	67
	Conclusions de la section I	73
	Section II – Le contexte économique de la responsabilité : les coûts et bénéfices de l'inclusion des travailleurs handicapés	73
§I	– La responsabilité et les intérêts économiques de l'entreprise : les clés de voûte de l'inclusion	75
A.	L'analyse économique : le cadre théorique de référence utile au droit	75
1.	L'école néoclassique	76
2.	L'école Behavioral Law and Economics	78
3.	L'école institutionnaliste	78
B.	Le schéma conflictuel : le droit antidiscriminatoire à l'épreuve des intérêts économiques	79
1.	L'économie sous son angle distributif : le « transfert » des coûts de l'inclusion du public vers le privé	80
a)	<i>Le vœu politique de transfert des responsabilités</i>	80
b)	<i>Les leviers du transfert des responsabilités</i>	81
2.	L'économie et sa vocation explicative : les réticences de l'entreprise à l'inclusion	84
a)	<i>L'opposition frontale : la résistance au droit antidiscriminatoire</i>	84
b)	<i>La toile de fond : la crainte de l'entreprise quant aux conséquences du droit</i>	86
3.	Une typologie économique des coûts transférés : l'étape de l'identification	88
a)	<i>Les coûts durs (hard costs) de la lutte contre les discriminations</i>	89
b)	<i>Les coûts souples (soft costs) de la lutte contre les discriminations</i>	93
C.	Le cadre de résolution du conflit	99
1.	La nuance des conséquences économiques	99
2.	La piste de l'équilibre	100
a)	<i>Les paramètres de l'équilibre</i>	100
b)	<i>L'équilibre et le retour de balancier</i>	104

3.	La piste des gains de l'inclusion	106
a)	<i>Les gains sociaux pour les personnes handicapées</i>	107
b)	<i>Les gains sociétaux</i>	107
c)	<i>Les gains pour l'entreprise</i>	108
4.	La piste synergique : le soutien étatique de la responsabilité de l'entreprise	113
a)	<i>Le rôle public de soutien de l'entreprise pour l'aménagement</i>	114
b)	<i>L'appui institutionnel du soutien : le renouvellement du rôle de l'État</i>	115
§II – L'interaction dans un espace commun : entre économie inclusive et économies parallèles		117
A.	L'approche structurelle de l'emploi des personnes handicapées	118
1.	Les origines de l'emploi spécialisé	118
a)	<i>L'emploi protégé en Europe : une traduction de l'assistance sociale</i>	118
b)	<i>L'emploi spécialisé aux Etats-Unis : le résultat d'une exemption accordée par l'État</i>	119
2.	Les traits saillants de l'emploi spécialisé/protégé	120
3.	Les traductions pratiques de l'emploi spécialisé	122
a)	<i>Les structures éloignées du marché ordinaire</i>	122
b)	<i>L'emploi spécialisé et l'entreprenariat social</i>	126
B.	L'approche de l'accompagnement vers le milieu ordinaire	128
1.	Les tenants de l'emploi accompagné : entre objectif juridique et opportunités économiques 129	
a)	<i>L'emploi accompagné : une mise en contexte</i>	129
b)	<i>L'emploi accompagné comme obligation juridique</i>	134
2.	La mesure du dépassement : quel basculement de l'emploi protégé vers l'emploi accompagné ?	142
a)	<i>De l'(in-)opportunité sociale de mettre fin à l'emploi protégé : l'hypothèse de coexistence</i>	142
b)	<i>Les dynamiques concurrentes dans un système de coexistence</i>	145
Conclusions de la Section II		150
Section III – L'inclusion des travailleurs handicapés et ses rapports avec le droit du travail		151
§I – La relation de travail et ses encadrements conventionnels : quels appuis pour l'inclusion des travailleurs handicapés ?		152
A.	Le contrat de travail : une précondition de la protection anti-discriminatoire	153
1.	Les formats d'emploi défavorables à l'inclusion	154
2.	Le droit antidiscriminatoire et le contrat de travail : le risque du « hors-cadre »	156
a)	<i>La mise en contexte de la problématique</i>	157
b)	<i>La lutte antidiscriminatoire : victime collatérale du brouillage des frontières ?</i>	161

c)	<i>Le droit à l'épreuve des relations triangulaires : les cas de l'agence de placement et de l'économie sur demande</i>	170
B.	L'inclusion et la convention collective : entre synergies et conflits	178
1.	Une mise en contexte : la place des partenaires sociaux dans les droits étudiés	179
2.	La convention collective et l'inclusion des travailleurs handicapés : les rapports synergiques	182
a)	<i>La voie indirecte</i>	182
b)	<i>La voie directe : la négociation pour l'inclusion</i>	183
3.	La convention collective et l'inclusion des travailleurs handicapés : le potentiel conflictuel	188
§II – L'encadrement substantiel : le droit antidiscriminatoire et le licenciement		189
A.	Protection contre le licenciement et lutte antidiscriminatoire : la liaison originelle	191
1.	Une mise en contexte euro-américaine : des attachements inversés à la protection contre le licenciement	191
a)	<i>Le « contexte » américain : un attachement modeste</i>	191
b)	<i>Le contexte européen : un attachement assumé</i>	194
2.	L'encadrement du licenciement et son importance pour le droit antidiscriminatoire	196
a)	<i>L'encadrement du licenciement : l'inclusion par le maintien dans l'emploi</i>	197
b)	<i>L'encadrement du licenciement : l'exclusion par les freins à l'accès dans l'emploi</i>	198
B.	Le droit antidiscriminatoire et le droit du licenciement : des croisements multiples	198
1.	La teneur de la protection contre le licenciement : l'amorce des droits sociaux fondamentaux	199
2.	L'applicabilité fuyante de la protection contre le licenciement : quels liens avec le droit antidiscriminatoire ?	200
a)	<i>La protection à géométrie variable selon le statut du travailleur</i>	200
b)	<i>La mise entre parenthèses contextuelle de la protection</i>	200
3.	Le droit antidiscriminatoire et le droit du licenciement applicable : entre appuis et fragilités	203
a)	<i>Le licenciement pour un motif inhérent au handicap du salarié</i>	204
b)	<i>Le licenciement pour motif économique et le handicap</i>	218
Conclusions de la Section III		224
<b>Conclusions du Chapitre 1</b>		<b>225</b>
1.	Une large palette d'obligations antidiscriminatoires alimentant la responsabilité de l'entreprise	225
2.	Des enjeux économiques multiples	226

3.	Droit antidiscriminatoire et droit du travail : entre appuis mutuels et conflits	227
<b>Chapitre 2</b>		<b>230</b>
<b>L'opérabilité catégorielle de la responsabilité : l'identification de la personne en situation de handicap</b>		<b>230</b>
1.	Le handicap : un « motif » juridique de discrimination	230
2.	Le handicap : un « motif » de discrimination singulier	231
Section I - L'élaboration du concept de handicap		237
§I - Le handicap au prisme de ses modèles		238
A.	Le modèle médical	238
1.	Le handicap : l'aboutissement d'une chaîne de causalité médicale	238
2.	La clarification du concept de handicap par le modèle médical	241
B.	Le contre-modèle : l'approche sociale du handicap	242
1.	La causalité renouvelée : le rôle des facteurs extrinsèques à l'individu	243
a)	<i>Les barrières sociales comme causes exclusives du handicap</i>	243
b)	<i>Le modèle social nuancé</i>	247
2.	Une référence limitée pour le concept juridique de handicap	249
a)	<i>Le modèle social comme outil politique</i>	249
b)	<i>Éléments utiles à une identification du concept juridique de handicap</i>	250
C.	Une tentative de compromis : le modèle biopsychosocial	252
1.	Un modèle médical réformé	252
2.	La clarification du concept de handicap	254
D.	La synthèse des modèles de handicap	255
§II - Des modèles vers la définition juridique : les rapprochements entre handicap et état de santé		257
A.	Le handicap dans le langage des droits fondamentaux	257
1.	L'antécédent au droit antidiscriminatoire : le concept de handicap et le droit de la sécurité sociale	258
2.	Le schisme annoncé : de l'assistance sociale à la lutte contre les discriminations	259
a)	<i>L'annonce d'une nouvelle philosophie pour le concept de handicap</i>	259
b)	<i>Les traductions du concept de handicap et leurs interprètes</i>	260
B.	Focus sur le handicap en droit de l'Union : du modèle médical au modèle social	277
1.	L'amorce médicale : l'arrêt Chacón Navas	277
2.	La discrimination par association : l'arrêt Coleman	279
a)	<i>Une solution ambitieuse : la protection des aidants contre la discrimination et le harcèlement</i>	

b)	<i>La portée modeste de l'arrêt Coleman</i>	281
c)	<i>Les droits des aidants dans le giron national</i>	283
d)	<i>Le « come-back » de l'UE pour une protection des aidants</i>	284
3.	Le pas vers le modèle social : la reconnaissance du rôle de l'environnement dans le handicap - l'arrêt <i>HK Danmark</i>	285
C.	Les mouvements d'élargissement du concept juridique de handicap	289
1.	L'être humain appréhendé dans son état de santé global : du physique vers le mental	289
a)	<i>L'état de santé saisi largement en amont</i>	289
b)	<i>L'état de santé plus délicat à saisir en aval</i>	293
2.	La perméabilité croissante de la frontière entre la maladie et le handicap	297
a)	<i>La distanciation initiale du « handicap » de la « maladie » : l'arrêt Chacón Navas</i>	298
b)	<i>Le rapprochement assumé mais mesuré : l'arrêt HK Danmark et ses prolongements</i>	299
c)	<i>L'inclusion contestée des maladies qui seraient « provoquées »</i>	301
Conclusions de la Section I		
Section II – De l'élaboration à la mise en œuvre : quels rapprochements entre le handicap et l'état de santé ?		321
§I - Les liens ambigus entre le handicap protégé et l'inaptitude non protégée		322
§II - Le handicap « réel » : un concept aux filtres multiples		324
A.	La contrainte « contextuelle » : le handicap comme limitation liée à la capacité de travail	325
1.	La dimension contextuelle du handicap	325
2.	Les effets de la dimension contextuelle du handicap	326
a)	<i>La manifestation professionnelle de la limitation : le droit de l'UE</i>	327
b)	<i>En droits américain et britannique : entre manifestation professionnelle et extra-professionnelle</i>	334
B.	La contrainte temporelle : la limitation « durable »	340
1.	En droit national	340
2.	En droit supranational	341
a)	<i>La décision S.C. c/ Brésil du comité onusien</i>	341
b)	<i>Dans la jurisprudence de la CJUE : de l'arrêt HK Danmark à l'arrêt Daouidi</i>	342
C.	La contrainte du degré de la limitation : l'effet de seuil sous tension	350
1.	Des seuils variables de la limitation	351
a)	<i>L'approche restrictive</i>	351
b)	<i>L'approche extensive</i>	356
2.	La condition de limitation confrontée au handicap « maîtrisé »	357

a)	<i>L'évitement inclusif : l'arrêt Glatzel de la CJUE</i>	357
b)	<i>En droit britannique</i>	358
c)	<i>En droit américain</i>	359
§III - Le handicap sans limitation fonctionnelle : du handicap réel au handicap perçu		362
A.	Le handicap sans limitation fonctionnelle en droit : une réceptivité variable	362
1.	Le handicap perçu en droit américain : un concept aux facettes multiples	363
a)	<i>L'influx législatif</i>	363
b)	<i>Le reflux jurisprudentiel : l'autre face du trio Sutton</i>	366
c)	<i>La correction législative</i>	366
2.	En Europe : l'émergence annoncée du handicap sans limitation fonctionnelle ?	367
a)	<i>La jurisprudence de la CJUE : une question évoquée, une réponse en suspens</i>	367
b)	<i>En droit français : un oubli compensé par le motif « état de santé » ?</i>	370
c)	<i>En droit britannique : de l'association à la perception</i>	370
B.	Les usages du concept de handicap perçu	372
1.	L'évaluation de l'aptitude par le chargé de recrutement	373
2.	L'examen médical d'embauche à l'épreuve du droit antidiscriminatoire	374
3.	La stigmatisation par les collègues en raison de la maladie	379
C.	La portée de la protection à raison du handicap perçu	381
1.	L'identification d'un comparateur	381
2.	Le handicap perçu et le risque de l'infini : le juge à l'heure des choix	382
a)	<i>L'ambition crainte : du handicap à l'état de santé</i>	383
b)	<i>La distinction conceptuelle : la restriction du handicap perçu à l'interdiction de la discrimination</i>	383
c)	<i>La sélectivité des atteintes médicales</i>	385
<b>Conclusions du chapitre 2</b>		<b>386</b>
1.	Le handicap comme motif antidiscriminatoire : des basculements multiples	387
2.	L'étendue renouvelée : l'intersection croissante entre le handicap et l'état de santé	388
3.	La toile de fond : les juges face à des vents contraires	390
<b>Chapitre 3</b>		<b>394</b>
<b>La responsabilité de l'entreprise : la quête d'opérationnalité</b>		<b>394</b>
Section I – La dimension matérielle de la responsabilité : la transformation inclusive de l'environnement lié au travail		396
§I - L'accessibilité de l'espace physique lié au travail		404

A.	Le sens de l'accessibilité : de l'approche réactive à l'approche anticipative	405
1.	La réponse réactive aux défauts d'accessibilité : un outil perfectible	405
a)	<i>L'obligation d'aménagement de l'employeur comme remède disponible</i>	405
b)	<i>L'aménagement raisonnable comme remède perfectible</i>	408
2.	L'accessibilité anticipée : une réponse à valeurs ajoutée	410
a)	<i>L'accessibilité du lieu de travail : entre saisie directe et recherche d'interfaces</i>	410
b)	<i>L'accessibilité des transports : entre actions parallèles et conjointes des acteurs publics et privés</i>	416
3.	L'accessibilité comme norme substantielle : quelle contenu pour l'obligation anticipative ? 421	
a)	<i>De la fabrique technique de l'accessibilité</i>	421
a)	<i>De l'approche technique à l'approche principielle</i>	426
B.	La réalisation de l'accessibilité : les méthodologies disponibles	437
1.	Hors des transports : entre flexibilité sanctionnée et supervision publique	437
a)	<i>Les méthodologies à disposition des acteurs du cercle restreint</i>	437
b)	<i>L'élargissement du cercle de la responsabilité : un supplément d'anticipation</i>	447
2.	La mise en accessibilité des transports : entre réalisation administrative et contentieuse	448
	§II - L'accessibilité de l'outil de travail	452
A.	La technique : quel référentiel disponible pour le droit ?	455
1.	La distinction structurelle : les « technologies d'assistance » et les « technologies génériques »	455
a)	<i>L'assistance technologique</i>	455
b)	<i>Des outils à l'usage de tous : l'accessibilité des technologies « génériques »</i>	457
2.	Les défis techniques de l'accessibilité	457
B.	L'intégration de la technique en droit : entre réaction et anticipation de l'accessibilité	461
1.	L'obligation réactive d'aménagement raisonnable	461
2.	L'approche anticipative de l'accessibilité de l'outil de travail	466
a)	<i>Les voies indirectes : le droit des marchés publics et l'accès égal aux services</i>	466
b)	<i>La voie de la réglementation directe</i>	471
C.	La technique intégrée au droit à l'épreuve de la contrainte économique	477
1.	Le respect des exigences d'accessibilité : de la résistance à l'adhésion	478
a)	<i>Les résistances d'ordre économique</i>	478
b)	<i>Les réponses aux résistances économiques</i>	479
2.	Les méthodes de réalisation de l'accessibilité de l'outil de travail dans l'entreprise	482

a)	<i>Les outils exogènes</i>	482
b)	<i>L'action endogène</i>	486
	Conclusions de la Section I	488
	Section II – La dimension relationnelle de la responsabilité : l'inclusion face aux attentes de l'entreprise	490
	§I - Les attentes de l'entreprise et le droit à l'égal accès des personnes handicapées au travail	490
A.	La contextualisation : les droits fondamentaux face aux enjeux du recrutement	491
1.	Les enjeux économiques du recrutement	492
a)	<i>Les critères de recrutement et poids des enjeux économiques</i>	493
a)	<i>Les méthodes de sélection à l'épreuve du droit de l'égalité</i>	503
2.	Au-delà du « strictement économique » : la protection de la santé et la sécurité comme rempart potentiel au recrutement	506
B.	L'aptitude du candidat : la différenciation entre le volet « médical » et le volet « professionnel » de l'évaluation	507
1.	Le principe de différenciation entre l'évaluation de l'aptitude professionnelle <i>stricto sensu</i> et de l'évaluation médicale	508
a)	<i>Les évaluations différenciées des aptitudes</i>	508
b)	<i>Les critères de disjonction</i>	511
2.	De la force du principe : une disjonction parfois sujette à tempéraments	512
a)	<i>Le droit français garant de l'hermétisme entre les deux évaluations</i>	512
b)	<i>Le droit américain et britannique : des évaluations perméables</i>	512
3.	L'enchevêtrement entre le médical et le professionnel : le cas des tests de personnalité (l'affaire <i>Karraker</i> )	513
C.	Le contenu et les limites des responsabilités disjointes	514
1.	Les responsabilités relatives à l'évaluation professionnelle	514
a)	<i>Les responsabilités relatives aux critères de recrutement</i>	515
b)	<i>Les méthodes de recrutement</i>	524
c)	Au-delà de l'approche contentieuse des outils antidiscriminatoires	528
2.	Les responsabilités relatives à l'évaluation médicale	530
a)	<i>Le premier pilier : les conditions matérielles de validité</i>	531
b)	<i>Le second pilier : les conditions procédurales de validité</i>	538
3.	Au-delà de la disjonction : les situations de « partage des responsabilités »	541
a)	<i>Le partage des responsabilités entre le médecin et l'employeur</i>	542
b)	<i>L'implication du candidat à l'emploi : de la protection à la responsabilisation</i>	544
	§II - L'égalité face aux attentes de l'entreprise envers le travailleur en emploi	553

A.	Les sens du concept d'« aménagement » : entre « flexibilité » de la méthode et « adaptation » des exigences de l'entreprise	553
1.	Une liste ambitieuse	554
2.	Une liste duale	555
a)	<i>Les aménagements pour la flexibilité au travail</i>	556
b)	<i>Les aménagements vecteurs d'adaptation du travail</i>	558
c)	<i>L'ambition nuancée : des limites organisationnelles de la responsabilité aux fonctions essentielles du travailleur ?</i>	559
B.	L'aménagement dans son acception de « flexibilité des conditions de travail »	560
1.	Les facteurs de réception des dispositifs de flexibilité	560
2.	La flexibilité, dispositif en conflit avec la norme organisationnelle	562
C.	L'aménagement dans son acception « d'adaptation » : des réceptions contrastées	568
1.	L'adaptation du travail : des mécanismes divergents	569
a)	<i>L'aménagement sous l'angle de la protection santé-travail : le cas du droit français</i>	569
b)	<i>L'aménagement raisonnable à la lumière de l'égalité</i>	571
2.	L'adaptation des exigences de l'entreprise face à l'absence du travailleur	581
a)	<i>L'instauration d'un filet de sécurité pendant l'absence de l'employé</i>	582
b)	<i>L'aménagement des exigences de l'entreprise pour favoriser le retour du travailleur absent</i>	596
3.	Le reclassement vers un autre emploi : de l'égalité substantielle au retour de l'égalité formelle	600
a)	<i>L'aménagement du « transfert » saisi par la voie du droit du travail : le cas du droit français</i>	600
b)	<i>L'aménagement du reclassement en droit antidiscriminatoire : instrument vecteur ou en conflit avec l'égalité ?</i>	604
	Conclusions de la section II	612
	<b>Conclusions du Chapitre 3</b>	<b>613</b>
1.	La prégnance de l'enjeu économique et l'inclusion des travailleurs handicapés	613
2.	Une opérationnalité juridique à géométrie variable	613
	<b>CONCLUSIONS GÉNÉRALES</b>	<b>614</b>
A.	L'objectif d'inclusion : de la politique publique à la politique (soutenue) de l'entreprise	615
1.	La responsabilité de l'entreprise et son riche répertoire antidiscriminatoire prônant l'adaptation à la diversité	615
2.	La responsabilité de l'entreprise et le « droit au travail » en milieu ordinaire	616
3.	Les supports de la responsabilité de l'entreprise	617
4.	Le rôle de l'État à l'égard de la responsabilité de l'entreprise	618

a)	<i>Les modes de soutien de la responsabilité de l'entreprise</i>	618
b)	<i>Les fragilités des responsabilités</i>	619
B.	Les métamorphoses du concept de handicap en droit antidiscriminatoire	620
C.	Les contributions variables du droit antidiscriminatoire à l'inclusion	623
1.	Le versant matériel de l'inclusion : des horizons normatifs en voie de consolidation	623
2.	L'aspect relationnel de l'emploi : un référentiel plus complexe à identifier	624