

Département fédéral de l'intérieur DFI
Inselgasse 1
3003 Berne
ebgb@gs-edi.admin.ch

Berne, le 15 mars 2024

Ce texte est traduit par DeepL Pro. La prise de position en langue allemande fait foi

Prise de position sur l'avant-projet de révision partielle de la LHand

Mesdames et Messieurs

Nous vous remercions de nous avoir donné la possibilité de prendre position sur la présente consultation. ARTISET et l'association de branche INSOS s'engagent depuis longtemps en faveur de l'égalité des personnes en situation de handicap par le biais de requêtes, d'entretiens et de courriers. Nous saisissons donc volontiers l'occasion de vous expliquer notre point de vue sur la révision partielle de la loi sur l'égalité des personnes en situation de handicap.

Dans leur prise de position, ARTISET et l'association de branche INSOS se concentrent sur les nouvelles réglementations proposées concernant les relations de travail et les prestations de services.

En résumé

- L'intention du Conseil fédéral de réduire, par le biais de la révision partielle de la LHand, les inégalités dont souffrent les personnes en situation de handicap au quotidien, tout en améliorant globalement les bases d'une vie autodéterminée et égalitaire, est en tout cas à saluer.
- En interdisant la discrimination et en réduisant les inégalités dans le monde du travail, le Conseil fédéral veut supprimer les obstacles. Mais il devrait en outre s'agir de promouvoir des emplois pour les personnes en situation de handicap sur le marché du travail général et de leur apporter le soutien nécessaire. Cet aspect n'est pas pris en compte dans l'avant-projet. Il est impératif d'y apporter des améliorations.
- En l'absence d'un soutien d'accompagnement à l'interface entre le marché général et le marché complémentaire de l'emploi, les possibilités d'efficacité du concept prévu d'aménagements raisonnables pour le marché général de l'emploi sont limitées.
- Pour un grand nombre de membres de l'association de branche INSOS, l'intégration professionnelle représente depuis des années l'un des thèmes et champs d'activité importants de leurs entreprises. L'aménagement de l'interface entre le marché du travail général et le marché du travail complémentaire est décisif pour la réussite de l'intégration professionnelle. Le projet de loi doit prévoir des mesures de soutien pour permettre aux personnes en situation de handicap d'accéder au marché du travail général. Mais aussi des prestations de soutien pour les employeurs, afin que l'embauche de personnes en situation de handicap devienne attractive pour eux. - Des approches pragmatiques de promotion de l'intégration professionnelle existent déjà, comme le montre l'exemple des cantons BS/BL.

ARTISET

Zieglerstrasse 53, 3007 Berne
T +41 31 385 33 33
info@artiset.ch, artiset.ch

Fédération des prestataires de services
pour personnes ayant besoin de soutien

Situation de départ

La loi sur l'égalité des personnes handicapées est entrée en vigueur il y a 20 ans. Le Conseil fédéral veut maintenant procéder à une révision partielle. Le projet vise une interdiction explicite de la discrimination dans les rapports de travail ainsi que dans les prestations destinées au public. Ce ne sont pas des mesures contraignantes générales concernant des faits particuliers qui doivent garantir l'application. Le Conseil fédéral estime que le concept d'aménagements raisonnables, déjà décrit dans les grandes lignes à l'art. 11 al. 1 de la LHand, doit être placé au centre de la révision partielle. Le cœur de ce concept est un processus de négociation entre les personnes en situation de handicap et les employeurs ou les prestataires de services. Des aménagements raisonnables pour chaque cas concret doivent permettre d'éviter ou de supprimer une discrimination ou de réduire les inégalités. Toujours à condition que l'aménagement à réaliser soit approprié et raisonnable dans le cas concret. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, il est possible de faire appel aux tribunaux.

Après l'annonce faite par le Conseil fédéral en mars 2023 au sujet de la politique en faveur des personnes en situation de handicap, selon laquelle les employeurs devraient être tenus de prendre des mesures raisonnables pour permettre aux collaborateurs handicapés d'exercer une activité professionnelle dans des conditions d'égalité, la voie choisie est surprenante. De manière générale, on s'attendait plutôt à des directives claires allant jusqu'à une réglementation des quotas qu'à un concept d'aménagements raisonnables au cas par cas.

Appréciation des grandes lignes du projet

Selon le Conseil fédéral, l'**objectif de la LHand** est de promouvoir la participation des personnes en situation de handicap à la vie sociale. Jusqu'à présent, elle prévoyait surtout des mesures d'accessibilité des infrastructures. «En ce qui concerne l'égalité des chances dans le travail et le recours aux prestations, la LHand met aujourd'hui presque exclusivement les collectivités publiques à contribution». (Explications, p. 8).

L'égalité des chances n'est pas un élément central du projet de loi. Selon l'avant-projet, la Confédération, en tant qu'employeur, doit désormais veiller de manière plus contraignante à l'égalité des chances des personnes en situation de handicap dans ses rapports de travail ou garantir un environnement de travail inclusif. Mais selon le projet de loi, cela ne s'applique pas aux employeurs privés.

Objectif de l'avant-projet de loi. «L'avant-projet renonce à introduire une obligation correspondante pour les employeurs privés. L'avant-projet s'inspire de l'extension de l'interdiction de la discrimination et prévoit une obligation de procéder à des aménagements raisonnables pour éliminer les inégalités dans les cas individuels». (Explications, p.13).

L'approche proposée est encore compliquée par le fait qu'un éventuel aménagement raisonnable n'est pas en soi acceptable pour tous les employeurs ou prestataires de services et ne doit donc pas nécessairement s'appliquer à tous. Cela peut varier d'un cas à l'autre, en fonction de la mise en balance des intérêts.

On ne comprend pas pourquoi le Conseil fédéral n'introduit pas dans l'avant-projet d'approches relatives aux exigences d'un environnement de travail inclusif ou de prestations de services accessibles. Il délègue le champ de la recherche de solutions aux personnes en situation de handicap et aux organisations d'une part, et à l'économie d'autre part. Si aucun point de vue commun ne peut être développé entre les protagonistes, il est possible de faire appel à la justice pour évaluer les discriminations, les désavantages et l'acceptabilité ou l'adéquation des aménagements visant à les supprimer.

ARTISET et INSOS sont sceptiques quant à la capacité du concept d'aménagement raisonnable, combiné à une analyse au cas par cas tenant compte en particulier des intérêts légitimes de l'économie à ne pas être surchargée, à promouvoir durablement l'égalité des personnes en situation de handicap.

Le cœur du projet de loi: l'aménagement raisonnable. Le Conseil fédéral décrit ainsi les tenants et aboutissants du concept : «(...) [sont] exigés les aménagements raisonnables dont le refus aurait des effets comparables à ceux d'une discrimination, compte tenu du grand avantage qu'en retirent les bénéficiaires et de la charge raisonnable qu'ils représentent pour les personnes tenues de les fournir. (...) Si les aménagements requis représentent une charge déraisonnable ou inéquitable, il ne s'agit pas d'une discrimination si l'employeur ou l'entreprise concernée renonce à les mettre en œuvre». (Explications, p. 21) - Le fait de ne pas mettre en œuvre un aménagement raisonnable peut donc en principe être assimilé à une discrimination, mais uniquement dans le cas où cet aménagement est raisonnable pour l'entreprise concernée. Si l'aménagement n'est pas raisonnable, le refus de mettre en œuvre un aménagement visant à supprimer un désavantage est autorisé.

Selon les explications du Conseil fédéral, la prise d'aménagements raisonnables constitue une invitation pour les personnes en situation de handicap à identifier des mesures avec les responsables d'une inégalité et à améliorer la situation insatisfaisante à un coût raisonnable. Selon le Conseil fédéral, les entreprises auraient ainsi la possibilité de mieux se positionner pour recruter et promouvoir leurs collaborateurs ainsi que pour développer et entretenir leur clientèle.

Selon l'avant-projet, l'obligation de prendre des mesures appropriées doit également être comprise en référence à la protection de la santé des travailleurs définie dans la loi sur le travail et qui s'impose aux employeurs. Avec toutefois une différence non négligeable, car ce sont les inspections cantonales du travail qui sont compétentes pour l'application et la mise en œuvre de la protection de la santé prévue par la loi selon le droit du travail, alors que pour la mise en œuvre des réglementations prévues par LHand, les travailleurs en situation de handicap et les employeurs sont (doivent être) directement opposés.

Le principe de proportionnalité. Le concept d'aménagement raisonnable est étroitement lié à ce principe ancré dans la Constitution fédérale. Selon l'avant-projet, l'obligation de prendre un aménagement raisonnable - in concreto : des mesures appropriées pour réduire une inégalité - n'existe que si ces mesures peuvent être raisonnablement exigées de l'employeur ou du prestataire de services. En d'autres termes, «il convient de mettre en balance, au cas par cas, l'intérêt de l'employé handicapé et celui de l'employeur. Il convient notamment de tenir compte des intérêts et des possibilités économiques et organisationnelles de l'employeur concerné». (Explications, p. 13)

Distinction entre les aménagements raisonnables et les mesures de promotion de l'intégration professionnelle. La distinction mise en avant par le Conseil fédéral entre les aménagements raisonnables visant à réduire les inégalités sur le lieu de travail et la promotion de l'intégration professionnelle des personnes en situation de handicap crée une séparation artificielle entre deux paramètres directement liés de l'intégration professionnelle. L'explication avancée dans les explications, selon laquelle il s'agirait à un niveau de mesures individuelles en faveur des personnes ayant droit à l'AI, tandis qu'à l'autre niveau, l'accent serait mis sur la réduction des désavantages dans l'environnement de travail et qu'il n'y aurait donc pas d'approche intégrée, semble construite.

En se limitant à des aménagements raisonnables de l'environnement de travail et en les séparant des mesures d'intégration professionnelle, le projet de loi ne permet pas au Conseil fédéral d'abaisser le seuil d'une intégration professionnelle renforcée sur le marché du travail général. Les personnes en situation de handicap sur le marché du travail complémentaire ne peuvent guère bénéficier d'aménagements raisonnables visant à améliorer l'environnement de travail sur le marché du travail général sans embauche directe, ni même exiger de tels aménagements.

Le concept d'aménagement raisonnable sera le moins utile pour les personnes en situation de handicap qui sont actuellement exclues du marché du travail. Les employeurs ne feront que réfléchir au moment de recruter de la main-d'œuvre. Une question hérétique s'impose : Pourquoi une entreprise devrait-elle engager des personnes en situation de handicap sans mesures d'accompagnement si cela peut entraîner des difficultés ?

ARTISET et INSOS ne comprennent pas pourquoi deux conditions générales interdépendantes doivent être considérées isolément. Un renforcement des efforts visant à interdire la discrimination et à éliminer les inégalités sur le lieu de travail nécessite impérativement un lien direct avec la promotion de l'intégration professionnelle des personnes en situation de handicap. ARTISET et INSOS proposent donc l'introduction d'un article d'encouragement dans la LHand (voir explications ci-dessous). Il est également envisageable de lier la révision partielle de la LHand à un renforcement de l'encouragement de l'intégration professionnelle dans la LAI.

Remarques sur certains articles de l'avant-projet (aLHand)

Adaptations terminologiques. Il convient de saluer le fait que le terme "handicapé" soit remplacé par celui de "personne en situation de handicap". En allemand, il convient d'utiliser systématiquement la forme "Mensch mit Behinderung". De même, le terme italien "persona in situazione di handicap" doit être utilisé : Ces termes doivent par conséquent également être utilisés dans les titres de loi en DE/FR/IT.

Définition de la discrimination et différence avec le désavantage. Dans l'avant-projet, la discrimination est au centre des préoccupations. Il manque toutefois une définition de ce qu'il faut entendre exactement par ce terme et comment il se distingue de la notion d'inégalité. Seul l'art. 2, let. d de l'actuelle LHand fait une approximation de la notion de discrimination. Il serait judicieux de combler cette lacune à l'art. 2 LHand en s'appuyant sur la définition de l'art. 2 de la CDPH. - Dans le présent projet de loi, une distinction est faite entre discrimination directe et indirecte, sans qu'il existe une définition fondamentale de la discrimination. Cela conduit à une insécurité juridique supplémentaire.

Art. 1, al. 2 aLHand: Le renforcement de l'objectif de la loi par les ajouts proposés (participation à la vie sociale sur un pied d'égalité, libre choix de la forme de logement, accès aux prestations) est à saluer.

Art. 2, al. 1, aLHand: L'adaptation de la définition de la personne en situation de handicap à la définition de la CDPH est logique. Ainsi, des formes de handicap qui n'étaient pas prises en compte jusqu'à présent sont explicitement mentionnées. L'ajout du membre de phrase «en raison de barrières existantes» désigne clairement la responsabilité de la société dans l'élimination de ces obstacles à la participation à la communauté, ce qui est à saluer.

Art. 2, al. 6 aLHand: Cette nouvelle disposition décrit la notion «d'aménagements raisonnables», qui ne doivent pas représenter une charge déraisonnable. Mais elle crée moins de clarté que d'insécurité juridique. La réglementation contient des notions juridiques indéterminées, dont la signification et la

portée ne pourront sans doute être déterminées par la suite que par une interprétation judiciaire. On ne sait pas quelle dynamique et quels effets seront produits par cette notion juridique floue.

Art. 3, let. g aLHand: La proposition d'étendre la LHand à tous les rapports de travail publics et privés est conforme à la CDPH et logique.

Art. 5, al. 1^{bis} aLHand: Il faut saluer le fait que la Confédération et les cantons doivent associer les personnes en situation de handicap à la définition des mesures. Mais en ajoutant que cette participation doit se faire sous une forme appropriée, on relativise aussitôt la participation des personnes en situation de handicap.

Art. 6 et 6a, respectivement al. 1 aLHand: Les caractéristiques de la discrimination directe et indirecte formulées dans les explications à la page 24 sont compréhensibles à première vue. Toutefois, l'avant-projet ne contient pas de définition fondamentale de la discrimination comme base de cette distinction conceptuelle.

Art. 6a, al. 2 aLHand: Les exemples d'aménagements raisonnables cités dans les explications à la page 25 suggèrent des activités possibles, mais sont en même temps relativisés par l'obligation de rendre ces aménagements raisonnables pour les employeurs. De plus, les aménagements raisonnables ne doivent pas se faire au détriment de l'égalité de traitement des autres travailleurs. Car cela serait également disproportionné. Ces incertitudes juridiques conduiront rapidement à des litiges qui occuperont la justice. Et un autre élément entre en jeu, qui complique encore le concept d'aménagement raisonnable. «Le refus de prendre un aménagement raisonnable dans un cas concret peut constituer une discrimination. En revanche, ce refus peut être justifié si les aménagements nécessaires entraînent une charge disproportionnée». (Explications, p. 25). La mise en œuvre d'un aménagement raisonnable doit être considérée au cas par cas, son refus peut constituer une discrimination au cas par cas, mais pas dans tous les cas. Cela rend difficile la compréhension de ce qui constitue et implique une discrimination. Une évaluation judiciaire est d'autant plus probable.

Art. 8a aLHand: Les al. 3 et 4 de l'art. 8 (concernant les services) sont identiques aux al. 1 et 4 de l'art. 8a (concernant les relations de travail). Les deux articles décrivent les droits qui peuvent être invoqués en cas de discrimination. Il existe quatre possibilités d'actions en justice : Action en cessation, action en suppression, action en constatation et action en dommages et intérêts. Ces possibilités correspondent aux mêmes droits juridiques que ceux qui découlent de la protection de la personnalité et de la loi sur l'égalité (LEg). L'alinéa 2 s'inspire également de la LEg, tandis que l'alinéa 3, issu de l'art. 8a aLHand, se fonde sur l'art. 336a CO. Cette distinction est logique.

Art. 9 aLHand: Cet article contient une actualisation du droit de recours actuel. S'inspirant de l'art. 89 CPC et de son projet de révision actuel, il est logique de l'adapter. Toutefois, le droit de recours des organisations se réfère exclusivement à une atteinte à la personnalité d'une personne concernée. Dans les faits, les possibilités d'intervention contre des inégalités qui ne touchent pas directement la personnalité d'une personne en situation de handicap sont ainsi supprimées.

Art. 9a aLHand: Les dispositions procédurales relatives à l'art. 6a aLHand s'appuient sur les prescriptions de la LEg. En toute logique,

Art. 9b aLHand: Sur le modèle de l'art. 6 de la LEg, un allègement de la charge de la preuve doit également être introduit dans l'aLHand. En dérogation à la règle générale du fardeau de la preuve selon l'art. 8 CC, il suffit de rendre vraisemblable une discrimination ou un désavantage pour qu'une telle discrimination ou un tel désavantage soit admis. Il incombe donc à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas de discrimination ou d'inégalité. Cet article revêt une grande importance dans la mesure où il permet d'appliquer l'allègement de la charge de la preuve de la même manière que pour les questions d'égalité

entre les sexes dans la LEg. Les employeurs et employeuses sont ainsi davantage tenus de se pencher sur les inégalités de traitement entre collaborateurs et collaboratrices dans leur entreprise.

Art. 10, al. 1 aLHand: L'extension de la gratuité de la procédure aux litiges relatifs à l'art. 8a aLHand est logique.

Art. 11, al. 2 aLHand: La suppression de la limitation actuelle d'une éventuelle indemnisation est logique afin de ne pas chiffrer indirectement la valeur d'un aménagement raisonnable en désignant un plafond à l'avance.

Art. 12a, al. 1 et 2 aLHand: Ce nouvel article de loi doit être inséré dans la section 3 de la LHand sous le titre "Proportionnalité". Il traite de la pesée des intérêts à laquelle un tribunal doit procéder lorsqu'un prestataire de services ou un employeur refuse de prendre des mesures d'aménagement raisonnables conformément aux art. 6 et 6a aLHand. Les critères invoqués sont la taille et les possibilités financières d'une entreprise, l'existence d'une solution de remplacement appropriée et l'atteinte et la liberté de tiers. Les critères mentionnés ne doivent toutefois pas être compris de manière exhaustive, selon les explications de la page 31. D'autres facteurs peuvent être pris en compte. En outre, il n'est pas précisé si les critères mentionnés doivent être pris en compte de manière alternative ou cumulative lors de l'examen de la proportionnalité. A la p. 31 des explications, il est décrit en introduction que les critères ne doivent pas être compris comme cumulatifs, pour être relativisé quelques lignes plus bas, à savoir que les trois critères doivent être pris en compte. Ces imprécisions rendront difficile la réalisation d'un examen de la proportionnalité d'un aménagement raisonnable ou de son refus "justifié".

Art. 13 al. 1 et 1^{bis} aLHand: La forme plus affirmative de l'octroi de l'égalité des chances pour les personnes en situation de handicap à la Confédération en tant qu'employeur par rapport à la réglementation légale actuelle est à saluer. Les rapports de travail de droit privé ne sont pas concernés. Conformément au concept des dispositions générales visant à éliminer les inégalités, il ne serait pas déplacé de mentionner dans un nouvel al. 1^{er} que ce concept doit, dans la mesure du possible, également être appliqué en ce qui concerne l'octroi de l'égalité des chances.

Adapter l'art. 17 existant dans LHand:

Il est indispensable de renforcer le lien entre l'élimination des inégalités et l'interdiction de la discrimination dans les rapports de travail et la promotion de l'intégration professionnelle si l'on veut renforcer l'intégration professionnelle des personnes en situation de handicap sur le marché du travail ordinaire. Cet état de fait doit être pris en compte dans aLHand en initiant un programme d'impulsion. Pour ce faire, une nouvelle formulation de l'art. 17 existant est nécessaire :

Nouveau : Art. 17 Programme d'impulsion pour l'intégration dans la vie active

"¹ Le Conseil fédéral met en œuvre un programme d'impulsion limité dans le temps afin d'expérimenter des systèmes d'incitation à l'emploi de personnes en situation de handicap sur le marché du travail ordinaire. A cet effet, il prévoit notamment des contributions à l'investissement pour le coaching des employeurs, l'introduction du concept d'action Supported Employment, la création ou l'aménagement de postes de travail accessibles ainsi que le soutien personnel et technique nécessaire.

"² Le Conseil fédéral évalue le programme d'impulsion. Au plus tard après x années, il soumet au Parlement, sur la base de ce programme, des mesures permanentes visant à renforcer l'intégration des personnes en situation de handicap dans le marché du travail ordinaire".

Une alternative consisterait à régler un tel programme d'impulsion dans les dispositions transitoires. Il est en outre possible, dans le cadre de la révision partielle de la LHand et dans l'optique d'une approche globale, de procéder également à des adaptations dans la LAI afin d'encourager l'intégration dans le marché du travail général et de promouvoir ainsi un marché du travail inclusif.

Comme nous l'avons mentionné en introduction, ARTISET et INSOS saluent l'intention du Conseil fédéral de réduire, par le biais de la révision partielle de la LHand, les inégalités dont souffrent les personnes en situation de handicap dans leur vie quotidienne. Des compléments ciblés visant à encourager l'intégration professionnelle sur le marché du travail général dans la LHand peuvent permettre de se rapprocher de cet objectif qui mérite d'être soutenu.

Nous vous remercions par avance de bien vouloir tenir compte de notre requête.

Salutations amicales



Daniel Höchli
Directeur général d'ARTISET



Rahel Stuker
Directrice d'INSOS