

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les handicapés, personnes vulnérables, et les licenciements économiques

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'IRDS

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« Les handicapés, personnes vulnérables, et les licenciements économiques »

par

Jean-Michel LATTES

Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

Chercheur à l'IRDS

Le droit français du handicap est passé, progressivement, d'une logique d'assistance à une logique d'insertion non seulement dans une perspective professionnelle mais aussi au regard de la vie quotidienne et personnelle des personnes handicapées.

De la loi Le Chapelier de juin 1791 indiquant que « *la nation doit fournir (...) des secours aux infirmes* » jusqu'à la loi de juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, il a connu de multiples mutations, l'accumulation progressive de nouveaux textes obéissant à des logiques très différentes voire même divergentes.

La loi du 11 février 2005 pour « *l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* » (N° 2005-102, JO du 12.02.2005) ouvre de nouvelles perspectives juridiques en évoquant les libres choix de vie des personnes handicapées et les moyens juridiques qui en résultent.

La mise en perspective du droit du handicap avec le droit des licenciements économiques permet de s'interroger sur l'efficacité réelle des normes juridiques de protection des personnes handicapées lorsque l'entreprise est fragilisée.

I. L'évolution de la construction du droit français du handicap.

Les lois du 17 avril 1916 et du 30 juin 1923 accordant une priorité d'accès aux emplois du secteur public réservé, du 31 mars 1919 instituant un droit à pension fixé en fonction du taux d'invalidité... vont naître des conséquences de la guerre de 14-18 alors que les préjudices nés du travail sont pris en compte par la loi du 9 avril 1898 sur la base d'une triple notion : l'indemnisation de l'incapacité, la conséquence professionnelle de l'accident et le dédommagement lié au risque professionnel.

L'ordonnance du 4 octobre 1945 instituant la Sécurité sociale confirme les objectifs fixés par le système d'assurance-invalidité de 1930 en affirmant « *la garantie pour les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain* ». L'état d'invalidité est apprécié en tenant compte de la capacité de travail restante, de l'état général, de l'âge et des facultés physiques et mentales de l'assuré ainsi que de ses aptitudes et de sa formation professionnelle.

Si, dans le domaine de la protection sociale, la loi du 30 octobre 1946 transfère aux caisses de sécurité sociale la gestion du risque accident du travail et accentue le rôle de la prévention, le problème de l'insertion n'en demeure pas moins au cœur des problématiques sociales. Ainsi, l'ordonnance du 3 juillet 1945 sur la protection sociale des aveugles organise le placement des intéressés dans des établissements de formation professionnelle. De manière moins spécifique, la loi du 2 août 1945, dite loi Cordonnier, généralise l'aide à la réinsertion des infirmes sur la base d'une aptitude au travail appréciée par la Commission départementale d'orientation des infirmes (CDOI) créée par le décret du 11 juin 1954.

La loi du 23 novembre 1957 (JO 24 nov. 1957, rect. 5 janv. 1958) constitue le premier jalon significatif vers la prise en compte du potentiel professionnel des salariés handicapés dans la société. Ce texte organise une priorité d'embauche au profit des personnes ayant obtenu la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé par la CDOI. L'objectif fixé par la loi est de 10 % de l'effectif de l'entreprise.

L'échec de l'application de la loi de 1957 entraîne la mise en place de celle du 30 juin 1975 dite « *loi d'orientation en faveur des personnes handicapées* » (JO du 1.07.1975, D. 1975. 207, rect. 316). Ce texte s'efforce de développer - pour la première fois - une politique globale en recherchant l'intégration sociale de la personne handicapée quels que soient son âge et son handicap. Les Commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) constituent la clef de voûte du nouveau système.

Le code du travail traduit clairement ces orientations en précisant que « *l'emploi et le reclassement des personnes handicapées constituent un élément de la politique de l'emploi et sont l'objet de concertation notamment avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, les organismes ou associations de handicapés et les organismes ou associations spécialisés* ». L'article ajoute que « *le reclassement des travailleurs handicapés comporte, outre la réadaptation fonctionnelle prévue par les textes en vigueur, complétée éventuellement par un réentraînement à l'effort : l'orientation ; la rééducation ou la formation professionnelle pouvant inclure, le cas échéant, un réentraînement scolaire ; le placement* ».

La loi du 10 juillet 1987 en faveur de « *l'emploi des travailleurs handicapés* » (JO 10 juill. 1987. 7822, D. 1987. 282, Rect. 452) organise la simplification du texte de 1975 pour en renforcer l'efficacité. Une obligation d'emploi de 6 % de salariés handicapés dans les entreprises d'au moins 20 salariés se substitue à l'ancienne obligation d'emploi de 10 % dans les entreprises d'au moins 10 salariés. Le domaine de la politique contractuelle est désormais ouvert aux politiques d'insertion, des accords pouvant être passés tant au niveau d'une branche d'activité qu'à celui d'une entreprise. Un Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés est instauré, son financement étant assuré par les contributions des entreprises. Enfin, l'ensemble du monde du travail est désormais concerné, l'obligation d'emploi s'appliquant à l'administration de l'État, aux collectivités territoriales et aux entreprises publiques ou nationalisées.

Remarque :

Dès 1993, la Cour des comptes mettait en cause ce dispositif en constatant que « l'insertion professionnelle des handicapés adultes reste un objectif imparfaitement atteint, que leur intégration sociale s'inscrit dans un dispositif insuffisamment maîtrisé, et que l'ensemble des politiques prévues en leur faveur reposent sur des moyens inadaptés tant au plan administratif qu'au plan financier ».

D'autres textes, en apparence généralistes, participent cependant à l'amélioration de l'accès à l'emploi des personnes handicapées. C'est le cas de la loi du 12 juillet 1990 (n° 90-602, D. 1990. 321) relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, et de la loi du 13 juillet 1991 (L. n° 91-663, D. et ALD 1991. 339) destinée à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public (CCH, art. R. 111-19 à R. 111-19-11).

La loi du 16 novembre 2001 (n° 2001-1066, D. 2001. 3411) relative à « *la lutte contre les discriminations* » renforce la position de la personne handicapée subissant une discrimination apparente en imposant à l'employeur « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (C. trav., art. L. 122-45 nouv.) et

en facilitant les recours des organisations syndicales dans ce domaine (C. trav., art. L. 122-45-1). Par ailleurs, la proposition de loi sur les exploitations agricoles (n° 2850) prévoit de modifier le contenu de l'article L. 331-3 du code rural pour favoriser l'installation ou le maintien d'agriculteurs handicapés par l'instauration d'une discrimination positive.

La loi dite « *de modernisation sociale* » du 17 janvier 2002 (n° 2002-73, JO 18 janv.) affiche les objectifs de protéger, d'adapter et de préserver l'emploi. Concernant les handicapés, les mesures prises poursuivent des desseins diversifiés. Les plus importantes cherchent à renforcer leur insertion et leur emploi dans l'entreprise. D'autres visent à garantir l'équilibre financier des ateliers protégés en leur accordant une prise en charge par l'État d'une partie des rémunérations accessoires dues aux handicapés en sus de leur garantie de ressources.

II . Le droit positif du handicap.

La loi du 11 février 2005 (Loi n°2005-102 du 11.02.2005, *J.O.* du 12.02.2005) entraîne une importante évolution juridique du droit français du handicap. Cette loi dite loi pour « *l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* » est organisée autour de quatre principes fondamentaux: libre choix de vie - compensation personnalisée des conséquences du handicap - participation à la vie sociale - simplification des démarches des personnes handicapées. « *Le droit à la compensation* » constitue le cœur même de la loi nouvelle et les 3 autres thèmes qui la composent peuvent, sans difficulté, y être rattachés.

Remarque :

Rarement pris en compte en droit français, en particulier, dans les textes antérieurs relatifs au handicap, ce droit amène à s'interroger sur son effectivité juridique. Il n'est pas rare, en effet, que la vocation d'un texte soit essentiellement symbolique et l'affirmation d'un principe n'implique pas, nécessairement, son efficacité juridique.

L'apparition de la notion de compensation dans le droit du handicap n'est pas sans lien avec le célèbre arrêt Perruche du 17 novembre 2000 (Ass. Plén. C. cass. du 17.11.2000, D. 2001, p.332, note D. Mazeaud – JCP 2000, II, 10438) dont on retrouve les conséquences dans les lois du 17 janvier 2002 sur la modernisation sociale (Loi n° 2002-73) et du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé (Loi n° 2002-303). L'arrêt Perruche permettait l'ouverture de recours en réparation du seul fait du handicap. La loi de 2002 déconnecte le handicap de naissance du droit commun de la responsabilité en soulignant que la compensation du handicap relève de la solidarité nationale. Les 2 textes évoquent, cependant, la reconnaissance du droit à la compensation du handicap et à sa mise en œuvre avec le soutien de la solidarité nationale mais, cela, sans précision quant au contenu réel de ce droit.

La définition du handicap donnée par la loi nouvelle (« *Constitue un handicap (...)* toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ») conduit à s'interroger sur l'envergure et sur le contenu du droit à la compensation au regard des textes antérieurs et de leurs enjeux respectifs. Une lecture juridique des apports du nouveau texte peut laisser supposer qu'il est de nature à permettre aux personnes handicapées d'accéder aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens et cela par le moyen de la solidarité nationale. On est alors amené à constater que les problèmes qui restent à résoudre demeurent nombreux

malgré l'apport incontestable de cette nouvelle réglementation. La définition même de la compensation, comme ses enjeux et ses effets devront nécessairement résulter de l'analyse que les juges en feront lors des premiers recours faisant suite à l'application de la loi de 2005.

1. La notion de compensation dans la loi de 2005.

La loi du 11 février 2005 évoque l'idée en vertu de laquelle il convient d'apporter à chaque personne handicapée « *la réponse appropriée à ses besoins spécifiques* » en cumulant à cette fin, à la fois, des prestations en nature ou en espèce et des services d'accompagnement à la vie en milieu ordinaire ou en établissement. La compensation peut alors entraîner la mobilisation de toutes les aides nécessaires : aides humaines ou techniques, aides à l'aménagement du logement, aides « *aux aidants* » ou tout autre type d'aides.

La loi va au-delà des textes antérieurs en exigeant l'adaptation de la compensation à l'ensemble des conséquences du handicap, non seulement sur le plan fonctionnel mais aussi par le moyen de la prise en compte des aptitudes et des capacités des personnes handicapées ainsi que leurs aspirations personnelles et celles de leurs familles. C'est à une lecture pragmatique des situations de handicap que nous invite le législateur. Au-delà des grands principes, la mise en œuvre d'une véritable compensation passe nécessairement par la prise en compte de multiples problématiques particulières qu'il convient de traiter au quotidien.

2. Une lecture large des objectifs du texte.

La loi propose, à priori, une lecture large de ces objectifs en intégrant dans sa prise en charge toutes les catégories de handicaps et leurs conséquences (types de déficiences, âge, modes de vie...). Cette ouverture est essentielle. Il convient, en effet, de parler des handicaps et non du handicap. Les situations sont plurielles, elles ne peuvent recevoir un traitement homogène. Dans le même esprit, les besoins susceptibles d'être couverts sont largement entendus: accueil petite enfance, scolarité, aménagements du domicile ou du lieu de travail en vue d'une autonomie la plus importante possible, aménagement voire développement de l'offre de services à la personne en particulier en vue d'alléger les tâches dévolues à l'entourage de la personne handicapée, ...

Cette liste n'est pas fermée, le mot « *notamment* » utilisé dans le texte ouvrant la possibilité d'aller au-delà de cette énumération en vue de prendre en compte les besoins et les aspirations de la personne handicapée tels qu'elle les exprime dans son projet de vie. Il est possible de considérer que la nouvelle loi assure la traduction de choix clairs dans leur réalité juridique. Au-delà des principes, la loi se penche sur des réalités incontournables qui ne peuvent évoluer que si les réponses juridiques qu'elle apporte sont, à la fois, adaptées et adaptables.

Des ambiguïtés demeurent cependant et il reviendra à la jurisprudence de dégager des orientations compatibles avec les effets d'annonces. Le rôle du juge n'est pas neutre. Il lui appartient dans sa lecture de la loi nouvelle de traduire les orientations données par le Parlement. Il se doit, de fait, de lever d'éventuelles difficultés en faisant prévaloir l'idée même de compensation.

3. Une prestation dite « de compensation ».

Sous réserve de respecter des conditions classiques dans ce type de contexte (limite d'âge, critères de détermination du handicap, nature et importance des besoins de la personne...), cette prestation a pour finalité de couvrir le besoin d'aides humaines et le besoin d'aides techniques. C'est une véritable unification que tente de réaliser la loi en ouvrant de nouvelles voies destinées à corriger les lacunes des dispositifs en place. La lecture globale des besoins des personnes handicapées permet de lier des dispositifs qui, séparés, perdent de leur efficacité.

Les comparaisons avec d'autres spécialités juridiques permettent cependant de mesurer les incertitudes qui demeurent. La compensation « *absolue* » semble illusoire et c'est plutôt vers une compensation par « *équivalence* », voire forfaitaire, qu'il convient de s'orienter. L'enjeu majeur porte plus aujourd'hui sur la couverture d'un ensemble de besoins que sur la couverture absolue de besoins matériels. La personne handicapée doit s'insérer dans la société entendue dans sa globalité et non par simple référence à des droits isolés et appliqués sans continuité.

Cette prestation est complétée par une garantie de ressources composée de l'allocation aux adultes handicapés (A.A.H.) et par un complément de ressources. Pour les Centres d'Aides par le Travail (CAT), les travailleurs handicapés ont droit à une rémunération garantie versée par l'établissement qui reçoit, de son côté, une aide au poste financée par l'Etat. Cette disposition permet à l'établissement de ne pas se focaliser uniquement sur un objectif de rentabilité et de « compenser » les contraintes de productivité pouvant découler d'un handicap.

C. La recherche de l'accessibilité.

La loi intègre de manière large cette notion d'accessibilité en considérant qu'elle doit prendre en compte de multiples aspects: scolarité et enseignement supérieur, emploi, travail adapté et travail protégé, bâtiments, transports et nouvelles technologies... Toutes les phases de la vie de la personne handicapée ont vocation à être « *compensées* » en matière d'accessibilité. Cela porte, en particulier, sur le droit pour l'enfant d'accéder à la scolarisation en milieu scolaire, sur l'accès à tout type de formation avec - à cette fin - le droit d'être évalué par une équipe pluridisciplinaire, la transformation des ateliers protégés en entreprises adaptées, la mise en place d'un contrat de soutien et d'aide par le travail, ...

La personne handicapée doit pouvoir accéder à tous les bâtiments recevant du public et évoluer de manière continue, sans rupture, dans les différentes phases d'un déplacement : aménagements de voiries, accès aux gares, usage des transports en commun... Le texte fixe des délais de mise en accessibilité pour garantir l'effectivité de ces mesures. Il s'agit, en quelque sorte, de compenser les obstacles susceptibles de limiter les droits citoyens comme les choix de vie de la personne handicapée.

III. Un bilan mitigé.

Au moment où l'application de la loi de 2005 va lourdement pénaliser les entreprises de plus de 20 salariés n'ayant rien fait en faveur de l'emploi des personnes handicapées, il est utile de tenter de faire un état des lieux de la situation pour en mesurer les perspectives d'évolutions.

A. Le bilan.

A quelques semaines de la mise en place de pénalités renforcées, les chiffres collectés par l'Agefiph (Organisme collecteur) traduisent, à la fois, des progrès et des manques. Le chiffre des entreprises susceptibles d'être sanctionnées car n'ayant rien fait d'autre que de payer la contribution serait passé de 23 000 il y a un an à 5900 cette année.

Ce chiffre à priori encourageant est à rapprocher de celui du taux d'emploi des personnes handicapées qui demeure, de son côté, de 2,8% pour un taux exigé de 6%. Par ailleurs, le taux de chômage des personnes handicapées demeure bien supérieur à la moyenne des salariés, soit de 19,3% avec une hausse constatée de 8,8% en 2008.

De fait, plusieurs constats sont à faire dans le rapprochement de ces chiffres. Les entreprises ont plutôt fait le choix du recours à la sous-traitance auprès du secteur protégé ou d'entreprises adaptées, moyen le plus simple pour éviter la pénalité. Il n'y a pas eu de fait de recrutements significatifs alors que cela aurait du constituer la voie naturelle permettant d'éviter la taxation. En outre, le plan de crise lancé par l'Agefiph pour limiter les effets de la crise (135 millions sur 2 ans) n'a pas véritablement permis de compenser les effets négatifs de la conjoncture actuelle.

B. Les perspectives.

Le renforcement des pénalités organisé dès le vote de la loi de 2005 sera applicable au 1^{er} Janvier 2010. A cette date, les entreprises de plus de 20 salariés se verront appliquer une surpénalité de l'ordre de 13 500 euros par travailleur handicapé manquant à leur effectif. L'impact de ce couperet financier correspondant au paiement d'un Smic annuel demeure cependant à mesurer.

Un certain nombre de problèmes récurrents n'ont que peu évolués depuis 2005 : faibles qualifications des personnes handicapées, manque d'information en particulier des PME,

Le rôle de l'Agefiph mise en cause par la Cour des comptes en 2007 comme la gestion du Fiphp (fonction publique) demeurent sujets de débats et des progrès demeurent possibles.