

Article par [Ronan Bernard-Menoret](#)

Chronique classée dans [Dossier](#), [Droit social](#)

Appartient au dossier : ["Colloque "Droit et handicap" - 12 mars 2015 - Université de La Réunion"](#)

RDLF 2016, chron. n°24

Mot(s)-clef(s): [Handicap](#), [Inaptitude physique](#), [Insertion](#), [Reclassement](#)

*Si le droit de la sécurité sociale tente de compenser le handicap afin de maintenir la personne dans une situation la plus proche possible d'une vie quotidienne normale, le droit du travail s'efforce depuis longtemps d'améliorer l'insertion professionnelle sans réellement y parvenir. Si le maintien dans l'emploi a pu bénéficier de l'obligation de reclassement mise à la charge de l'employeur, l'accès reste encore inférieur à la moitié de l'objectif de 6% d'emplois. Seul un effort conséquent sur la formation et la qualification permettra d'espérer un changement.*

**Ronan BERNARD-MENORET, Maître de conférences en droit privé, HDR, Université de La Réunion**

L'un des objectifs de la Loi de 2005 était d'améliorer l'accès et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées. Améliorer, car cet objectif d'insertion professionnelle des personnes handicapées existait déjà avant la Loi de 2005. D'ailleurs, les questions de santé dont fait partie le handicap sont à l'origine du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, qui forment le droit social. Ceci pourrait conduire à de longs développements. Aussi nous attacherons nous à la situation des seules personnes handicapées et ce au regard de cet objectif au double aspect qu'est l'insertion professionnelle. Aussi devenons exclure le droit de la sécurité sociale dont l'objectif, plus général, consiste à faciliter la vie quotidienne de la personne handicapée, quand bien même cette facilitation contribue évidemment à la possibilité pour elle d'exercer une activité professionnelle. Ainsi, La personne handicapée qui emploie une aide à domicile peut bénéficier d'une exonération de cotisations et d'une réduction d'impôt sur le revenu. Elle peut également bénéficier de l'allocation aux adultes handicapés (AAH). Celle-ci est ouverte à tout personne d'au moins 20 ans et résident en métropole ou dans un département d'outre-mer, si lui est reconnu un taux d'incapacité permanente d'au moins 80% ou compris entre 50 et 80% avec une restriction substantielle et durable d'accès à l'emploi. La condition d'âge est abaissée à 16 ans si la personne ne réunit plus les conditions pour ouvrir droit aux allocations familiales. Mais les avantages vieillesse ou invalidité ou encore les rentes d'accident du travail se déduisent de l'AAH. Ce qui n'est pas le cas des autres ressources personnelles de la personne handicapée. L'allocation est versée par la caisse d'allocation familiale et se monte à 800,45 € par mois.

En outre, il est possible, et c'est une création de la loi de 2005, de bénéficier d'un prestation de compensation du handicap (PCH) pour les personnes de moins de 60 ans ayant une difficulté absolue dans la réalisation d'une activité de la vie quotidienne ou une difficulté grave pour au moins deux activités. Le but est de prendre en charge des services d'aides pour la personne handicapée. La prise en charge se fait entre 80 et 100% des frais avec des plafonds horaires de prix. Par ailleurs, l'aide cesse à partir de 75 ans ce qui fait l'objet d'une critique. D'ailleurs, globalement, la logique de limites d'âges doit être critiquée puisque le but est de simplifier l'aide aux personnes ce qui ne s'arrête pas à un âge donné. Par ailleurs, si le dispositif a pu améliorer la couverture des besoins, il s'avère particulièrement onéreux.

La logique à l'égard des proches est semblable. Il s'agit d'offrir un accompagnement financier progressif en fonction de la charge supportée par les proches. Ce à quoi s'ajoute des dispositions devant faciliter le soutien par les proches. A ce titre, l'on trouve le congé de présence parentale, le congé de soutien familial ou, comme indiqué précédemment, l'aménagement des horaires de travail. En outre, on peut relever l'affiliation gratuite à l'assurance vieillesse et/ou une majoration de leur durée d'assurance vieillesse pour les proches ayant la charge d'une personne ayant un taux d'incapacité d'au moins 80% et d'un départ à taux plein à 65 ans s'ils ont élevé un enfant handicapé.

Surtout on relèvera la complexité du dispositif d'allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH) qui fonctionne sur un taux de base de 129,99 € par mois et connaît 6 catégories complémentaires en fonction de la charge supportée pour atteindre une aide maximale de 1103,08 €. Ceci pouvant se cumuler avec la prestation de compensation et à laquelle peut encore s'ajouter une majoration spécifique pour parent isolé d'enfant handicapé d'un montant de 434,64 €. Heureusement, les services publics ont mis en place une information internet mais il faut reconnaître que l'ensemble du dispositif ne brille pas par sa lisibilité.

On constate donc les efforts faits, même si le dispositif peut être amélioré, pour accompagner la personne handicapée et ses proches dans la recherche de la conservation d'une vie quotidienne normale et de l'exercice d'activité notamment

professionnelles.

Reste la question de l'accès propre dit à l'emploi. Deux situations se distinguent nettement. D'une part celle de l'insertion et d'autre part celle du maintien dans l'emploi. La distinction ne tient pas seulement à la différence d'objectifs, d'ailleurs ceux-ci sont complémentaires. Elle tient d'abord à une différence de fondement juridique, l'insertion se faisant par l'obligation de la loi et le maintien par l'effet de la jurisprudence. Elle tient, ensuite et surtout, par la différence de philosophie des employeurs à l'égard des personnes handicapées selon qu'elles soient à la recherche d'un emploi ou qu'elles fassent déjà partie de l'entreprise. A l'égard des premières, l'employeur se montre réticent ce qui justifie le recours à une contrainte légale mais cette même contrainte vient également renforcer les réticences des employeurs. A l'égard des secondes, il ne s'agit plus de candidats et donc d'inconnus mais de membres du personnel, de personnes formées aux us de l'entreprise. Ceci modifie profondément la motivation de l'employeur.

Dès lors, on constatera l'insuffisance des mesures devant conduire à l'accès à l'emploi (I) alors que le maintien dans l'emploi bénéficie pour des raisons tant juridiques que d'intérêt de l'entreprise d'une situation plus favorable (II), ce qui conduit à mettre l'accent sur la qualification comme clef de l'insertion professionnelle (III).

## **I - SANCTIONS ET INCITATIONS, INSUFFISANTES À PERMETTRE L'ACCÈS À L'EMPLOI**

Le législateur a cherché à promouvoir l'accès à l'emploi tant par des dispositions sanctionnatrices (A) que par des mesures d'incitations (B). Pourtant, l'on doit constater le bilan mitigé de ce dispositif en matière d'accès aux entreprises privées, nécessitant la mise en place de structures dédiées (C).

### **A – Les sanctions**

Toutes les entreprises ou établissements, c'est à dire entité disposant de la faculté d'embaucher ou de licencier, employant au moins 20 salariés au 31 décembre de l'année sont tenues d'embaucher 6% de personnes handicapées. La règle des 6% donne lieu, pour sa bonne application, à un arrondi à l'entier supérieur. Notons que les personnes morales de droit public connaissent aussi une obligation d'embauche mais à l'égard de règles qui leur sont propres. A leur égard la loi de 2005 a étendu la participation financière en cas de non atteinte de l'objectif ce qui a contribué au développement de l'emploi depuis la loi. En effet, entre 2005 et 2012, il a pu être constaté un doublement des embauches dans les administrations et le taux d'emploi est parvenu à 4,2% en moyenne <sup>1</sup>.

Qui sont les bénéficiaires de cette obligation et quelles en sont les modalités ? Les bénéficiaires s'entendent, principalement : Des travailleurs reconnus handicapés par la CDAPH, des victimes d'AT ou de MP ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10%, des titulaires d'une pension d'invalidité lorsque cette invalidité réduit d'au moins deux tiers les capacités de travail.

A noter que le salarié bénéficiaire n'a pas l'obligation d'informer son employeur de cette qualité mais il bénéficie de ses droits attachés à sa situation de travailleur handicapé bien qu'il n'ait pas informé son employeur.

Quant aux modalités, il s'agit évidemment de l'embauche de personnes bénéficiaires, c'est le but du dispositif mais également, d'accueil de stagiaires (stages d'au moins 40 heures et donnant lieu à la conclusion d'une convention) ou d'achat de prestations de service au secteur adapté ou protégé (entreprises adaptées, centres de distribution de travail à domicile (CDTD), ou encore établissements ou services d'aide par le travail (ESAT). Le recours à ces formules ne peut complètement satisfaire à l'obligation d'embauche. Autrement dit, l'obligation des 6% ne pourra être remplie par ces seules modalités. Enfin, l'employeur peut verser une contribution annuelle à l'AGEFIPH (au plus tard le 1<sup>er</sup> mars de l'année suivante) ou encore appliquer un accord collectif prévoyant un programme d'action en faveur des personnes handicapées.

La difficulté de ce dispositif tient au fait que des modalités de natures différentes doivent permettre de parvenir au taux d'obligation d'emploi. Ainsi, pour vérifier si l'employeur a respecté ce taux, il faut déjà apprécier le temps d'emploi de bénéficiaires (ont-ils travaillés sur toute l'année civile ? était-ce à temps plein ?). Ensuite, et surtout, il faut pouvoir traduire des prestations de service ou la mise en œuvre d'un accord en temps de travail.

Le mécanisme est complexe mais l'idée est de transformer le coût pour l'entreprise en valeur de smic horaire ce qui permet alors d'obtenir une valeur en temps de travail et donc en emploi, puisque 1600 fois le smic horaire représente un temps plein annuel.

A noter que le Comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, est consulté sur toutes les mesures prises en vue de

faciliter le travail des personnes handicapées et notamment en ce qui concerne l'embauche, les contrat de sous-traitance ou encore la mise à disposition de travailleurs handicapés par une entreprise adaptée.

Cette obligation n'a que peu d'impact et ne participe davantage à la lourdeur des obligations sociales, actuellement en discussion, qu'à l'insertion des personnes handicapées.

Si le taux n'est pas atteint, la contribution AGEFIPH s'applique pour la part manquante en la multipliant à un nombre de smic horaires variant selon la taille de l'entreprise (400 smic pour les entreprises entre 20 et 199 salariés, puis 500 jusqu'à 749 salariés, puis 600 fois). Pour les entreprises n'ayant occupé aucun bénéficiaire, une sur-contribution de 1500 fois le smic horaire est due.

Voici pour l'aspect contraignant de l'obligation. Mais le législateur a également cherché à motiver les entreprises par des aides financières.

## B – Les incitations

Ainsi, l'AGEFIPH propose divers mécanismes auxquels s'ajoutent des aides légales. Il s'agit d'abord de la prime spécifique d'apprentissage représentant 520 fois le smic horaire (payée par moitié à la fin des deux premières années d'apprentissage). Il s'agit, ensuite de l'aide à l'emploi pour les personnes atteintes d'un lourd handicap et s'élevant annuellement à 450 smic. L'aide peut être doublée si les charges induites par le handicap sont particulièrement élevées.

## C – Un bilan mitigé

Au résultat, contrainte et aides ne sont pas parvenus à atteindre l'objectif. Le taux d'emploi, s'il s'est amélioré, est encore à 3,1%<sup>2</sup> donc très éloigné de l'objectif des 6%. Si l'on observe que l'obligation remonte à la loi d'orientation du 30 juin 1975 renforcée par la loi du 10 juillet 1987, on mesure la faiblesse du résultat, surtout en comparaison des établissements publics qui ne sont soumis à un dispositif contraignant que depuis la loi de 2005. Le point positif vient de l'amélioration du taux d'emploi c'est la baisse du nombre d'entreprises n'employant pas de personnes handicapées qui est à relever. En effet, depuis 2005, le pourcentage des entreprises n'employant aucune personne handicapée est passé de 35 à 11%. Mais ne faut-il pas y voir une action minimale des employeurs dans le seul but d'éviter la sur-contribution en cas d'absence totale de personnes handicapées dans les effectifs ? Mais peut-être est-ce également la conséquence d'une amélioration de la situation sur le terrain du maintien dans l'emploi de personnes devenues handicapées (V. II) ?

Sur la possibilité d'atteindre l'objectif, la situation de chômage structurel et le manque de qualification des personnes handicapées ne permettent pas d'être optimiste.

En complément de ces dispositifs, des structures spécialement orientées vers le public bénéficiaire ont donc été reconduites avec des changements de dénominations. Si tous les employeurs sont visés par l'obligation d'embauche, des formes particulières que sont les entreprises adaptées et les centres de distribution de travail à domicile ont été mises en place. Elles doivent recevoir au moins 80% de travailleurs handicapés et conclure avec le préfet un contrat d'objectif triennal valant agrément. Ceci leur permet de bénéficier d'aides spécifiques. D'une part, elles perçoivent une aide par personne employée, dite aide au poste, se montant à 80% du smic correspondant à la durée de travail (dans la limite de la durée légale). D'autre part, elles perçoivent une subvention visant au suivi social et à la formation de l'individu. Celle-ci comporte une part fixe de 900 € par travailleur concerné et une part variable définie dans le contrat d'objectif. Elles peuvent également bénéficier des aides prévues pour les employeurs en général, sans toutefois les cumuler avec l'aide au poste.

Autre spécificité, le salarié démissionnaire bénéficie pendant un délai d'un an d'une priorité de réembauche, s'il a démissionné pour une entreprise ordinaire. L'on retrouve ici le mécanisme mis en place dans le cadre des licenciements économiques. L'esprit en est toutefois différent puisqu'il s'agit ici de garantir un retour à l'emploi pour celui qui tenterait sa chance en milieu ordinaire. Cette disposition est certainement nécessaire et elle illustre les difficultés rencontrées par les personnes handicapées pour s'insérer en milieu ordinaire malgré le dispositif de contrainte légale et surtout pour s'y maintenir. En effet, l'un des principaux problèmes de l'insertion tient au manque de qualification des bénéficiaires ceci nuit à l'embauche mais aussi très vite au maintien dans l'emploi.

C'est un autre aspect du droit du travail à destination des personnes handicapées que l'insertion, celui du maintien dans l'emploi.

## II - UN MAINTIEN DANS L'EMPLOI DOUBLEMENT FAVORISÉ

Tant l'accent mis sur l'obligation de reclassement par la jurisprudence (A) que la recherche de l'intérêt de l'entreprise (B) plaident en faveur du maintien des personnes handicapées dans l'emploi.

### A – Un maintien judiciairement favorisé

En situation d'emploi, le salarié handicapé est presque un salarié comme les autres. C'est un salarié comme les autres car il dispose des mêmes droits et obligations que les autres salariés, qu'il ne doit subir aucun traitement discriminant en raison de son handicap. Presque, car il bénéficie de certaines mesures liées à son handicap comme le fait que son poste de travail doit être adapté ainsi que les sanitaires et le lieu de restauration s'il en existe un. En outre, il peut bénéficier d'aménagement d'horaires. Ceci vaut également pour ses proches et les aidants familiaux. A l'inverse, le fait d'avoir été embauché dans le cadre de l'obligation d'emploi ne lui permet pas de bénéficier des dispositions conventionnelles en cas de rechute sauf si la convention elle-même le prévoit ou que son affection soit consolidée.

Mais finalement, la situation du salarié handicapé est-elle si différente de celle du salarié ordinaire ? L'obligation de sécurité de résultat pesant sur l'employeur l'oblige à prendre toutes les mesures en vue de garantir la santé de ses salariés et finalement à offrir des postes de travail les plus adaptés face aux risques pour la santé.

Mais le point marquant au regard du maintien dans l'emploi découle de la jurisprudence en matière d'inaptitude. Celle-ci ne vise pas spécialement les personnes handicapées. Il s'agit de traiter toutes les situations d'inaptitudes mais de ce fait elle englobe la situation des personnes qui deviendraient handicapées en cours d'exécution du contrat de travail. L'article L 1226-2 du Code du travail est à l'origine des obligations pesant sur l'employeur. Ainsi dispose-t-il que : « Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail. »

La loi interdit donc de licencier un salarié en raison de son handicap mais permet le licenciement s'il est devenu inapte à son poste et que son reclassement est impossible. Or, la Cour de cassation est venue mettre en lumière que le motif n'est pas l'inaptitude, même à tout poste dans l'entreprise mais l'impossibilité de reclassement. Ainsi dans une première jurisprudence du 18 juillet 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation indiquait qu'en l'absence de proposition de la part du médecin du travail, l'employeur devait solliciter son avis. Surtout, par un arrêt du 7 juillet 2004, la même juridiction est venue clairement affirmer que « l'avis du médecin du travail déclarant l'intéressé inapte à tout emploi dans l'entreprise, auquel doit être assimilé l'avis d'inaptitude à tout travail, ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement ». Or, en pratique, les employeurs tiraient précédemment comme conséquence de l'avis d'inaptitude à tout poste, la rupture du contrat. Désormais, la rupture allait se fonder sur l'impossibilité de reclasser le salarié, obligation à la charge de l'employeur.

L'employeur doit donc chercher les adaptations possibles du poste du salarié inapte mais également les postes qu'il pourrait, en considération de ses compétences, pourvoir et ce en liaison avec la médecine du travail. C'est alors l'implication de la médecine du travail plus que la volonté de l'employeur qui est déterminante dans le maintien dans l'emploi de la personne devenue handicapée.

Ceci a profondément modifié la pratique au sein des entreprises en les amenant à considérer qu'un salarié atteint d'une inaptitude physique pouvait toujours avoir sa place dans l'effectif et ceci sous la menace de voir le licenciement prononcé sanctionné.

### B – Un maintien dans l'intérêt de l'entreprise

Au de-là de la rigueur de l'appréciation de la Cour de cassation au regard des recherches de reclassement, un autre aspect plaide en faveur du maintien dans l'emploi. L'employeur a intérêt au maintien du salarié car celui-ci est une ressource pour

l'entreprise. Le poste occupé contribue au fonctionnement de l'entreprise mais surtout la connaissance de l'entreprise par le salarié représente l'atout majeur. Plus son ancienneté dans la structure est importante, plus sa connaissance du fonctionnement, de la clientèle, des fournisseurs, des dossiers, des règles administratives ou juridiques applicables est élevée et fait de lui une personne contribuant à la fluidité de fonctionnement de l'entreprise. Son remplacement non programmé pénalise l'entreprise et doit motiver l'employeur à l'éviter.

Evidemment, cette situation est liée à l'ancienneté du salarié mais également à la technicité du poste occupé, sans qu'il soit besoin d'envisager un très haut niveau de qualification. Ce qu'il convient de considérer c'est la nécessité d'une bonne connaissance de l'entreprise ou de ses techniques de production au regard du poste en considération. Plus le salarié représentera un atout pour l'entreprise, plus l'employeur aura intérêt à le conserver et donc à s'efforcer de rechercher activement une adaptation du poste de travail.

Ces éléments nous amènent à conclure que c'est au regard de la plus value qu'apporte le salarié que se détermine le choix d'un employeur tant d'embaucher que de maintenir dans l'emploi celui-ci.

### **III - LA QUALIFICATION, CLEF DE L'INSERTION PROFESSIONNELLE**

Une décision d'embauche ou de maintien dans l'emploi ne se détermine pas par rapport à des mesures contraignantes ou incitatives. Celle-ci est conditionnée par les nécessités de l'entreprise et le choix du candidat se fait au regard de son aptitude à remplir au mieux les finalités du poste. Cette logique ne vise pas uniquement la question du handicap. On peut avoir le même raisonnement pour les emplois aidés. Ceux-ci ne génèrent pas des embauches. Celles-ci sont la conséquence du seul besoin de l'entreprise. En outre, l'employeur n'utilisera de cette option que si elle permet de satisfaire la finalité du poste.

Nous avons pu observer que les obligations d'embauche et les mesures incitatives n'étaient pas parvenues à atteindre l'objectif posé par la loi. Il convient donc de changer d'angle de vue, de prendre en considération ce qui conduit à l'embauche afin de placer les personnes handicapées en situation de répondre aux attentes des employeurs.

C'est donc la question de la qualification qui se trouve au centre de cet enjeu de l'insertion professionnelle. Celle-ci était d'ailleurs un des axes principaux de la loi de 2005 mais il convient de constater, mais c'est l'objet d'une autre contribution, que les efforts sont encore nettement insuffisants.

Ce n'est que lorsque cette dimension aura bénéficié des efforts nécessaires et qu'elle aura permis de fournir une main d'œuvre répondant aux attentes des entreprises que les mesures tant contraignantes qu'incitatives pourront jouer un rôle compensatoire au handicap. L'employeur verra alors d'abord une personne répondant à ses attentes qui, accessoirement, est porteuse d'un handicap, pour lequel il peut être aidé s'il est besoin d'adapter le poste de travail.

Notes:

1. On notera que depuis la proportion continue d'augmenter puisqu'elle atteint désormais 4,9%.
2. Chiffre pour l'année 2011

Ronan Bernard-Menoret, «Handicap et droit social»  
RDLF 2016, chron. n°24 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com))