

**Didier Benoit (IRTS Lorraine)**

**Le statut de travailleur handicapé en question dans le droit européen : avancée sociale ou nouvelle affirmation libérale des politiques sociales européennes ?**

Toute personne travaillant, au sens du droit des nations membres, a droit à la reconnaissance d'un statut de travailleur ainsi que les droits afférents. Cette évidence ne semble pas s'imposer à tous. A tout principe, il y a des exceptions. Un usager d'un ESAT<sup>1</sup> saisit le Tribunal d'instance d'Avignon pour obtenir le paiement de son indemnité compensatrice de congés payés non pris au titre de la période de référence, basant son argumentaire sur le droit communautaire européen<sup>2</sup>. Sa demande est rejetée en 1<sup>ère</sup> instance ainsi qu'en appel. Saisie, la Chambre Sociale de la Cour de cassation sursoit à statuer au motif qu'il existe une indécision sur la qualité de « travailleur » des personnes handicapées travaillant en ESAT. Plutôt que de statuer, la Cour saisit la Cour de Justice de l'Union Européenne de la question préjudicielle<sup>3</sup> suivante : un usager travaillant en ESAT est-il en fait un travailleur au sens du droit communautaire ? Derrière la simplicité de cette question, se cache une véritable révolution qui concerne une certaine vision ou conception du travail social et de l'action sociale en particulier. La vision traditionnelle du travail social repose sur une logique de protection de l'usager, protection jugée nécessaire car l'usager est considéré comme vulnérable. Or, malgré cette volonté, le travail social est aujourd'hui en tension. Cette tension naît de l'Europe. Celle-ci n'a de cesse en effet de se concevoir comme un marché. Rien ne doit entraver cette « valeur » suprême. Toutes les institutions européennes concentrent leurs efforts sur cet objectif principal, voir exclusif. Du marché doit découler toute la conception organique de l'Europe. L'affirmation du marché passe par celle d'un individu de conception libérale, pleinement responsable et non-discriminé. De là naît une tension entre une tradition de protection de l'individu jugé vulnérable ou limité dans ses capacités et l'affirmation de l'individu et de sa responsabilité dans une logique libérale de gestion de ce secteur. Ce libéralisme gestionnaire et la primauté de l'individu s'imposent aujourd'hui comme la marque de fabrique de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Celle-ci bouscule bien des cultures nationales. Le cas d'espèce exposé ne fait qu'illustrer cette tension.

Après un examen au fond de la situation juridique, nous sommes amenés à nous interroger sur le bien fondé d'une logique de protection qui recourt à un dispositif dérogatoire au droit commun. Cette logique interroge le fondement même de la protection de l'usager. Le droit est-il un droit de l'usager ou un droit sur l'usager ? Cette question porte à l'examen de la réalité protectrice d'un droit

---

<sup>1</sup> ESAT, établissement et service d'aide par le travail

<sup>2</sup> Le traité de Lisbonne apporte un changement notable de vocabulaire. En effet, si l'expression "droit communautaire", utilisée auparavant, devrait rester dans l'usage, le droit positif ne retient désormais que le vocable "européen" ou "droit de l'Union européenne". La reconnaissance à l'Union de la personnalité juridique et la suppression par le traité de Lisbonne des piliers renvoyant aux différentes communautés expliquent ce changement.

<sup>3</sup> Problème juridique particulier qui peut être d'ordre administratif, civil ou pénal, qui doit être résolu par la juridiction normalement compétente avant que la juridiction saisie d'un litige dont la solution dépend de celle qui sera donnée à ce problème particulier, puisse statuer au fond. Elle est posée par voie d'exception et peut même en certains cas être soulevée d'office par le juge. Il peut également s'agir d'une question posée par le juge national au juge européen de la C.J.U.E, lorsque le droit communautaire pose des problèmes d'interprétation dans un pays de la Communauté.

dérogatoire au droit commun. De même, on ne peut que s'interroger sur la philosophie des politiques sociales européennes, sur leur réalité aussi bien dans leur contenu autant que dans leur application. Enfin, il nous faut entrevoir la sortie de cette situation de tension en cherchant à réinventer un droit protecteur de l'usager non contradictoire avec le respect de la liberté de celui-ci. Toute la question est de savoir jusqu'où définir sa part d'acteur et son niveau de responsabilité, jusqu'où le faire entrer dans la « norme » générale du citoyen et travailleur ?

### **L'examen au fond de la situation juridique des personnes travaillant en ESAT**

L'examen au fond de la situation juridique de la personne travaillant en ESAT nous conduit à apprécier le régime juridique qui lui est applicable. Nous envisagerons ensuite cette situation au regard du droit communautaire.

Selon les dispositions de l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles, les établissements et services d'aide par le travail accueillent des personnes handicapées dont la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) prévue à l'article L. 146-9 du CASF a constaté que les capacités de travail ne leur permettent, momentanément ou durablement, à temps plein ou à temps partiel, ni de travailler dans une entreprise ordinaire ou dans une entreprise adaptée ou pour le compte d'un centre de distribution de travail à domicile, ni d'exercer une activité professionnelle indépendante. Ils leur offrent des possibilités d'activités diverses à caractère professionnel, ainsi qu'un soutien médico-social et éducatif, en vue de favoriser leur épanouissement personnel et social.

Les personnes handicapées placées en centre d'aide par le travail<sup>4</sup>, à la différence de celles exerçant en atelier protégé, n'ont pas le statut de salarié et ne sont pas liées par un contrat de travail avec ces établissements.<sup>5</sup>

De plus, seules sont applicables à ces personnes les règles issues du code du travail relatives à l'hygiène et à la sécurité, la médecine du travail.<sup>6</sup> En l'état du droit applicable à l'espèce, aucune disposition ne prévoyait l'ouverture de droit à congés payés.

De même, selon l'arrêt du 22 février 2007<sup>7</sup> du Conseil d'Etat, si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général<sup>8</sup>, il résulte toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires (interprétation

---

<sup>4</sup> Centre d'aide par le travail (CAT), ancienne appellation des ESAT.

<sup>5</sup> L'admission en ESAT ne relève pas d'un recrutement au sens propre du terme, comme le rappelle la Circulaire 60 AS du 8 décembre 1978 « il n'y a pas de contrat de travail ni d'embauche au sens où l'entend le code du travail ». Il s'agit, en effet, d'une admission prononcée suite à une décision de la MDPH.

<sup>6</sup> Le Décret n° 77-1546 du 31 décembre 1977 relatif aux centres d'aide par le travail prévoit une soumission partielle des ESAT au code du travail. En effet, le droit du travail s'applique aux ESAT uniquement s'agissant des questions relatives à l'hygiène et la sécurité et à la médecine du travail.

<sup>7</sup> Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, Section, 264541, 22 février 2007, A, M. Stirn, pdt., Mme Lambolez, rapp., Mlle Vérot, c. du g.

<sup>8</sup> L'article L. 311-1 du CASF caractérise et décline les principales missions mises en œuvre par les institutions gestionnaires d'établissements et services. Le législateur a tout d'abord qualifié ces missions de « missions d'intérêt général et d'utilité sociale ». Il n'a pas retenu la notion de service public. Ce choix repose sur deux motifs principaux. Le premier résulte de la proportion « public/privé » qui n'est pas le même dans le champ hospitalier et dans le secteur social et médico-social. La seconde raison expliquant que la notion d'un service public social et médico-social n'ait pas été retenue est une raison de fond : la nature des obligations du service hospitalier n'est pas exportable en l'état dans le champ social. Voir Jean-François Bauduret et Marcel Jaeger, « Réinventer l'action sociale et médico-sociale, histoire d'une refondation » Dunod, 2002, p. 76-77.

téléologique<sup>9</sup>), que le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public.<sup>10</sup>

Il ne faut pas oublier que la jurisprudence en France est liée à l'application de la loi du 2 janvier 2002. Pour la loi, l'ESAT entre dans la catégorie des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS), interdisant un contrat de travail entre l'organisme gestionnaire et le travailleur handicapé, mais prévoyant plutôt un contrat de soutien et d'aide.<sup>11</sup>

En résumé, pour le droit positif français :

- Le travailleur en ESAT a un **statut d'usager** d'établissement médico-social et non de salarié. En effet, il n'est pas lié à l'établissement par un contrat de travail mais par un contrat de soutien et d'aide par le travail

En conséquence :

- il bénéficie des droits reconnus aux usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux
- il bénéficie des droits spécifiques à sa situation (rémunération, rémunération garantie, droit à congé, droit à la formation et à la VAE, mise à disposition d'une entreprise, embauche en milieu ordinaire)
- il ne relève pas du code du travail (sauf en ce qui concerne les règles d'hygiène, de sécurité et de médecine du travail)

Nous sommes bien en présence d'un **droit qui déroge au droit commun** pour lequel, sous une justification de protection et de la prise en compte de réalités de manques ou d'incapacités voir d'impossibilités qui justement définissent le handicap et qui, en conséquence, justifie la protection ou une aide spécifique, la personne handicapée travaillant en ESAT est considérée comme un simple usager du secteur social et médico-social et bénéficie, à ce titre, d'une protection de droit liée à l'émblématique vitrine du fameux droit des usagers énoncée par cette loi et tant référée par les professionnels du secteur pour une réalité qui reste, dans bien des cas, à démontrer. Ceci est d'autant plus regrettable, comme l'a bien démontré Michel Husson, que l'individualisation à outrance du droit du travail qui se trouve par le statut du travailleur handicapé individualisé au point de devenir un droit d'exception où le contrat d'aide et de soutien supplée au contrat de travail, participe de la désagrégation générale du compromis social qu'incarne le modèle salarial. De même, justifier d'un droit dérogatoire pour mieux protéger. Mais, qu'est-ce que vouloir protéger ? La protection procède

---

<sup>9</sup> Cette méthode d'interprétation consiste à interpréter la règle de droit en fonction de la volonté du législateur. La volonté du législateur peut être découverte en recherchant le but poursuivi, la finalité, la *ratio legis*.

<sup>10</sup> Cette mission est réaffirmée par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale

<sup>11</sup> Décret 2006-1752 du 23 décembre 2006 sur l'Annexe 3-9 du CASF. Compte-tenu de la diversité et de la complémentarité des prestations de service qui constituent la prise en charge, prestations essentiellement intellectuelles d'aide à la personne, le contrat de soutien et d'aide doit, comme de manière générale tout contrat de séjour en établissement ou service social ou médico-social, être qualifié de contrat d'entreprise au sens de l'article 1720 du Code civil. Cette qualification a pour conséquence, compte-tenu de la prépondérance des prestations immatérielles, de retenir une responsabilité contractuelle majoritairement placée sous le signe de l'obligation de moyens, ce que confire régulièrement la jurisprudence. Voir O. Poinso, « Le contrat de soutien et d'aide par le travail », Chroniques, Revue droit et santé n° 17, mai 2007.

d'une relation asymétrique, bornée par le pouvoir du protecteur. Ce déséquilibre place le protégé sous tutelle et ne lui confère qu'une citoyenneté diminuée. La protection est une forme de colonialisme d'un pouvoir professionnel, technique voir techniciste, où la question des bienfaits de la protection s'impose comme une évidence sociale incontestable. La protection est hélas conçue comme un dogme en France et non comme une approche objectivée de l'individu. Elle consacre plus un système qu'elle ne protège réellement celui-ci. Exclure du droit commun des catégories de publics, n'est-ce pas prendre le risque de les exclure du capital social collectif que représente en l'espèce le droit du travail. Au sens de Pierre Bourdieu, on pourrait considérer que le droit du travail constitue une forme de capital social collectif apportant une protection améliorée aux agents du champ économique. Dans ce contexte, le non accès des personnes handicapées à ce capital procède à la fois d'une violence symbolique qui vient confirmer la domination et un facteur de non mobilité dans le champ du travail particulièrement problématique.

Le droit communautaire aura, très certainement, une toute autre manière de traiter le cas d'espèce qui nous intéresse. Celui-ci ne se réfère pas aux notions de mission d'intérêt général, ni de mission de service public<sup>12</sup>. Il présente une application différente pour les structures de travail protégé, parlant d'une nécessaire « *absence de discrimination au travail (qui) doit se traduire, y compris en établissement, par une égalité de droit avec les salariés* ». La solution viendra d'un positionnement clair de la CJUE, fidèle à sa jurisprudence, qui ne manquera pas d'arguer de sa lutte contre les discriminations et l'égalité de traitement pour reconnaître le statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT. Comme le rappellent Jean-Claude Barbier et Fabrice Colomb, « l'idéologie économique de marché tient dans l'extension des dispositions anti-discrimination qui sont intrinsèquement liées à la fois aux libertés économiques et aux droits fondamentaux. »<sup>13</sup> Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion de discrimination et de l'importance qu'elle joue dans l'édification d'un droit social européen.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de «travailleur» au sens de l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne revêt une portée autonome et ne doit pas être interprétée de manière restrictive. Il faut ainsi considérer comme «travailleur» toute personne qui exerce des activités **réelles et effectives**<sup>14</sup>, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement **marginales et accessoires**. La caractéristique de la relation de travail est, selon cette jurisprudence, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain

---

<sup>12</sup> Le droit communautaire ne fait pas de distinction, comme en France, entre les personnes travaillant en ESAT, les personnes travaillant en milieu protégé et un statut de travailleur handicapé reconnu comme tel par la législation française

<sup>13</sup> Jean-Claude Barbier et Fabrice Colomb, « Protection sociale et droits sociaux entre menace et opportunités : le droit européen comme dieu Janus », Revue française des affaires sociales, La Documentation française, 2012/1, n°1, pages 16 – 41. L'article est consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2012-1-page-16.htm>

<sup>14</sup> La CJUE ne définit pas la notion d'activité réelle et effective. On ne peut que se référer à quelques rares jurisprudences en la matière. Par exemple, il a été jugé qu'une activité réelle et effective ne saurait perdre cette qualification du seul fait que l'intéressé fait appel à des prestations sociales prélevées sur les fonds publics pour compléter son salaire à concurrence du minimum de moyens d'existence

temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération.<sup>15</sup>

En résumé, la Cour de Justice de l'Union européenne entend par « travailleur » toute personne qui entreprend un travail réel et effectif, sous la direction d'une autre personne, travail pour lequel elle est rémunérée.<sup>16</sup> Hélas, le « *travail réel et effectif* » n'est pas définie ou seulement par sa quasi inexistence d'activité ou du fait qu'il peut être complété financièrement par une prestation sociale, non pas par l'employeur ou l'entreprise. En fait, chacun ne peut qu'interpréter à sa guise le « réel » et « l'effectif » en y mettant ce qu'il veut en terme de quantitatif ou qualitatif. Tout se passe comme si on occultait le handicap réel du sujet travaillant et que l'on ne considère que la volonté de « l'intégrer », de ne pas le « discriminer », de « l'inclure » comme on dit aujourd'hui. Mais quelle est l'entreprise qui peut échapper à la « rentabilité », à « l'efficacité » ou « l'efficience », à la « production » bien définie et repérée, à la « productivité » ? On veut certes « reconnaître » et « non discriminer » mais jusqu'où peut-on admettre un « travail réel et effectif » accompagné d'un salaire normal de travailleur avec tous les droits se rapportant à ce statut. Ainsi, le raisonnement de la Cour ne portera pas sur la qualité de l'individu, mais sur la réalité et l'effectivité de son activité de travail. Cette approche de la notion de travail doit conduire la Cour à la reconnaissance du statut de travailleur. Les ESAT n'ayant que des activités réelles et effectives de part leurs activités productives, donnent bien un travail réel et effectif aux personnes handicapées.

L'examen du droit positif français et du droit communautaire nous interroge sur le sens comme sur les objectifs que l'on veut bien faire jouer au droit. En effet, tous deux d'inspiration libérale, ces régimes conduisent à des reconnaissances statutaires différentes impliquant des régimes juridiques différents. D'une part, le droit positif français se réfère aux droits de l'homme, source qui justifierai un régime particulier de protection<sup>17</sup> de personnes jugées vulnérables par un régime juridique dérogatoire. Ce

---

<sup>15</sup> Arrêts du 3 juillet 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Rec. p. 2121, points 16 et 17; du 23 mars 2004, Collins, C-138/02, Rec. p. I-2703, point 26, du 7 septembre 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, point 15, et du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10, point 23

<sup>16</sup> En l'espèce, le requérant semble fondé à revendiquer ses indemnités compensatrices de congés payés au titre de l'article 7 de la Directive 2003/88/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 novembre 2003 : *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales*, et de l'article 31 paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) : *Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'une période annuelle de congés payés*. La jurisprudence de la cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) pour qui le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme *un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé* et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, cette directive ayant été codifiée par la directive 2003/88 (CJUE arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10, point 23). Ainsi, le droit au congé annuel payé revêt, en sa qualité de principe du droit social de l'Union, non seulement une importance particulière, mais qu'il est aussi expressément consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, du Traité sur l'Union européenne reconnaît la même valeur juridique que les traités (arrêts KHS, précité, point 37, du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10, point 40 et du 21 février 2013, Maestre García, point 17).

<sup>17</sup> Pour intégrer un ESAT, les travailleurs handicapés, comme pour n'importe quel autre établissement et service médico-social, doivent être orientés par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) : **logique d'évaluation/orientation/admission**. L'admission peut être prononcée dès l'âge de 20 ans, exceptionnellement à l'âge de 16 ans (capacité de travail inférieur au tiers de celle d'une personne valide), un

régime se révèle être aussi dans l'ambiguïté car tout en refusant le statut de travailleur, il n'en donne pas moins quelques droits attachés à cet état. D'autre part, le droit communautaire se doit de traduire l'objectif principal de l'Union européenne<sup>18</sup>, l'instauration d'un marché commun. Ce marché implique une libre circulation des personnes. Or, pour faciliter celle-ci, il est nécessaire d'unifier les régimes juridiques des états membres, ce que ne manque pas de faire la CJUE par une **interprétation** des textes et notions toujours **très extensive**.

### **La reconnaissance par la CJUE du statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT**

La reconnaissance par la CJUE du statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT implique une inscription de ces personnes dans le droit commun national. Les éléments afférents à une relation de travail seraient présents : procédure de recrutement, convention collective (rémunération, congés ...), contrat de travail, rémunération selon une grille indiciaire, modalités de gestion du personnel, évaluation (entretien annuel ...), expression et représentation des salariés (IRP, CE, syndicat), droit disciplinaire, licenciement, rupture conventionnelle, démission, recours devant les juridictions compétentes ... Cet évolution du statut serait d'autant plus opportun que les ESAT sont déjà inscrits dans une logique d'entreprise pour ne pas dire qu'ils sont de fait des entreprises. Ils sont inscrits dans une logique de marché. Certains embauchent des commerciaux pour conquérir des marchés et tenter de pérenniser l'activité économique. Ils sont obligés à satisfaire à une rentabilité de leurs activités de production ou de service. Là est le vrai problème. Satisfaire à des critères de rentabilité ou de productivité exclut tout travailleur qui ne peut entrer dans ce schéma, à moins que l'entreprise d'admette des personnes qui, nécessairement, vont entraver sa bonne marche et sa capacité à produire de manière rentable, c'est-à-dire, de faire des bénéfices ou d'équilibrer son budget sans faire appel à des aides financières compensatoires. Ce contexte de marché n'est pas sans incidence sur la gestion et le management des usagers. La sémantique révèle ici un vrai paradoxe.

La reconnaissance du statut de travailleur impliquera inévitablement une transformation des ESAT. Ces derniers pourront, par exemple, adopter un double statut d'établissements sociaux et médico-sociaux (accompagnement social) et d'entreprise adaptée<sup>19</sup> et le public être sous deux statuts : celui

---

statut d'usager et non de travailleur, un contrat de soutien et d'aide par le travail, prime d'intéressement. L'Allocation Adulte Handicapée peut être cumulée avec la rémunération garantie. L'usager bénéficie des droits salariaux suivants : droit à une **rémunération garantie** fixée en fonction de la durée de l'activité, temps plein ou temps partiel (de 55% à 110% du Smic), droit à une **prime d'intéressement** à l'excédent d'exploitation, durée du travail de **35 heures hebdomadaires**. Enfin, la personne travaillant en ESAT bénéficie également de **congés rémunérés (2,5 jours par mois) et d'absences pour maladie**, pour événements familiaux ou encore de congés liés à la maternité et à l'éducation des enfants

<sup>18</sup> L'Union européenne a d'autres objectifs qui apparaissent comme secondaires ou tout au moins qui doivent s'inscrire comme des axes ou moyens d'instauration et de développement du marché : la cohésion économique et sociale, l'égalité entre hommes et femmes, la protection environnementale et sociale, le développement dans le domaine de la science et de la technologie, y compris la découverte de l'espace.

<sup>19</sup> La loi 2005-102 du 11 février 2005 (art. 38) considère les entreprises adaptées (anciennement ateliers protégés) comme des entreprises de travail en milieu ordinaire où les conditions de travail sont adaptées aux possibilités de travail de personnes à efficience réduite. Elles leur offrent aussi des conditions d'évolution de leur projet professionnel et une possibilité de mobilité professionnelle vers d'autres entreprises. Depuis 2006, 85% des structures créées ont choisi une forme juridique commerciale (Sarl, SAS, SA ou Scop). A l'inverse, 75% des EA créées avant 2006 ont une forme associative. Elles font partie du milieu ordinaire.

de travailleur pour l'activité de production ou de service, et celui d'utilisateur pour les prestations d'accompagnement social. Ils pourront devenir des entreprises adaptées. Selon leur transformation juridique, ils s'inscriront plus communément dans le champ de l'économie sociale et solidaire (scop, association employeur ...) et non plus dans celui du milieu protégé. Le coût du travail sera transformé. Se posera la question du financement d'une quote-part des emplois par l'ARS et à terme par les Conseils généraux. Les ESAT devront ou pourront-ils garder les prestations d'accompagnement social ? (coût d'une équipe sociale intégré dans le prix du marché ...). Il y a forcément, une originalité de l'ESAT à préserver quant à son rôle d'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées, au prix d'une organisation et d'un fonctionnement profondément remaniés. Mais, quelle différence alors avec le milieu ordinaire ? Qu'est-ce qui justifiera la classification milieu ordinaire, milieu protégé ? Quelque soit le statut, toutes ces structures relèvent d'une activité commerciale pour un travail productif effectif, pour un public dont les frontières sont très étanches et pourrait figurer tant en ESAT qu'en EA, voir être pris en charge par le milieu ordinaire, avec obligation pour les EA et les ESAT d'un accompagnement social de la personne handicapée. Une entreprise du milieu ordinaire peut également assurer un suivi social si elle le souhaite. Le suivi social n'est pas exclusif du milieu protégé. Mais, inévitablement se fera le tri entre les personnes dont le handicap permettra de s'inscrire dans un travail «réel et effectif », disons ceux qui participeront à la rentabilité et à la productivité de l'entreprise, donc à sa survie financière, et les autres personnes empêchées par leur handicap d'être productifs et adaptés au travail ou aux missions de l'entreprise. On peut certes inventer des types de production, des formes de travail, des modes d'accompagnement, de gestion et d'animation et de conditions de travail ainsi que des méthodes et formations pour faire évoluer tout le monde, ce qui se fait certainement déjà dans les ESAT, mais il y a des limites dans ce qui peut être transformé ou adapté. Il reste qu'aujourd'hui, il est admirable de voir la transformation de ces secteurs et les innovations et initiatives, prises parfois par des handicapés eux-mêmes, pour entreprendre des activités de travail ou de loisirs jusqu'ici réservées aux «normaux». Mais dans tous les cas d'évolution des activités, de changements de statuts, de salaires, de droits, la question sera toujours : qui paye ? Pour quelles productions ? Avec quels aides ou non, quels acteurs, quels travailleurs ?

La reconnaissance du statut de travailleur peut conduire aussi à un renforcement des droits des usagers, par la présence de nouveaux acteurs du droit du travail en ESAT (syndicats). Nous disons bien « peut ». Tout dépendra de l'intérêt réel que les syndicats porteront à cette catégorie de travailleurs et de l'accueil qui leur sera réservé. De manière générale, nous pensons que s'instaurera une meilleure dynamique de la revendication et de l'application des droits. Dans tous les cas, il se développera une nouvelle culture du droit en ESAT (revendication, judiciarisation des rapports entre salariés et employeurs, et par effet redondant une meilleure effectivité du droit des usagers).

Cette adoption pourra peser sur les ESAT eux-mêmes par une organisation de travail plus judiciarisé notamment dans les rapports entre salariés et employeurs. Mais, au-delà, le risque d'une véritable révolution du fonctionnement actuel des ESAT n'est pas à craindre. Il s'agira plutôt d'une simple adaptation. Quant au risque de voir les ESAT verser essentiellement sur un versant professionnel au détriment de l'accompagnement social, ce risque est déjà présent et depuis longtemps. La loi du 11 février 2005 est bien venue rappeler l'obligation pour les ESAT de satisfaire à un suivi social pour les usagers, preuve que celui-ci se trouvait négligé. De même, le risque de voir les ESAT privilégier l'embauche de personnes handicapées en mesure de satisfaire à des critères de rentabilité au travail

est une réalité peu avouée. L'interrogation concerne plutôt le volant social de la prise en charge de l'utilisateur. Comment l'accompagnement social peut s'insérer dans ce type de rapports économique ? Comment peut-il ou doit-il être financé ? Doit-il devenir, lui aussi, une activité rentable, en autofinancement ? Le coût d'une équipe sociale pourra toujours être intégré dans le prix du marché, avec le risque de plomber la capacité concurrentielle de l'institution.

L'adoption du statut de travailleur interrogera les statuts de l'utilisateur et de l'institution. Les ESAT pourront avoir un double statut d'établissements sociaux et médico-sociaux (accompagnement social) et d'entreprise adaptée<sup>20</sup>. Ils pourront devenir des entreprises adaptées. Selon leur transformation juridique, ils s'inscriront plus communément dans le champ de l'économie sociale et solidaire (scoop, association employeur ...) et non plus dans celui du milieu protégé. Le coût du travail sera transformé. Se posera la question du financement d'une quote-part des emplois par l'ARS et à terme par les Conseils généraux. Dans tous les cas, quelques soient les modalités d'évolution des ESAT, une originalité de ceux-ci est à préserver quant à leur rôle d'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées. Les questions seront aussi de savoir quelle différence alors avec le milieu ordinaire ? Qu'est-ce qui justifie la classification milieu ordinaire, milieu protégé ?<sup>21</sup> On ne pourra éviter de préciser le handicap et les limites imposées par celui-ci. Mais, on peut aussi s'attendre à ce que des évaluations permanentes soient faites pour mesurer à nouveau le handicap et son évolution, car c'est toujours le coût de l'aide apportée à l'utilisateur par le contribuable qui se posera. Quant au public, il pourra être sous deux statuts conjoints : celui de travailleur pour l'activité de production ou de service, et celui d'utilisateur pour les prestations d'accompagnement social ou simplement de travailleur bénéficiant de prestations sociales.

Il faut être conscient que l'ensemble des politiques européennes sont mues par un objectif d'insertion des personnes handicapées en milieu ordinaire. Ces publics doivent à terme pouvoir s'insérer sur le marché du travail comme tout travailleur. Cela semble illusoire, mais c'est une logique affirmée. Cela correspond à la mise en œuvre de politiques volontariste prônant le concept d'inclusion, visant à réduire de façon notable l'application du concept d'invalidité et ses variables.

### **En quoi le statut d'utilisateur serait-il plus protecteur que le statut de travailleur ?**

En quoi les ESAT sont garants du respect du droit des usagers ?<sup>22</sup> Dit autrement, en quoi le statut d'utilisateur du secteur social et médico-social protège-t-il mieux l'utilisateur de l'ESAT qu'un statut de travailleur ? Cette question s'inscrit dans un contexte d'autant plus délicat que le travail protégé dont les ESAT sont les principaux acteurs, est interrogé par les limites de sa propre cohérence. Comment résoudre le paradoxe entre l'objectif à terme d'une réinsertion professionnelle et l'impératif de la rentabilité économique ? Comment dépasser l'ambiguïté d'une situation de travail sensiblement

---

<sup>20</sup> La personne handicapée travaillant en entreprise adaptée a le statut de travailleur.

<sup>21</sup> Cette question est d'autant plus pertinente que, depuis la loi du 11 février 2005, les ateliers protégés sont transformés en Entreprises Adaptées (EA). Ils quittent le champ du secteur protégé pour rejoindre le milieu ordinaire du travail. Le secteur protégé est aujourd'hui composé uniquement des établissements médico-sociaux qui se présentent sous la nouvelle dénomination ESAT. Voir lettre de cadrage accompagnement travailleurs en ESAT. « L'adaptation de l'accompagnement des travailleurs d'ESAT à leurs besoins et attentes », ANESM.

<sup>22</sup> Il ne faut pas oublier que l'appellation ESAT (loi du 11 février 2005) est née en pleine polémique sur le rôle des CAT qui avaient été mis en cause par l'ouvrage de P. Gobry, L'enquête interdite. Handicapés : le scandale humain et financier, coll. Documents, éditions du Cherche-Midi, novembre 2002. L'ouvrage brocardait un système dont certains acteurs tiraient profit au détriment des usagers de ces structures.



comparable à celle d'un travailleur ordinaire sans faire application du droit du travail ? En quoi les ESAT répondent vraiment aux besoins sociaux et professionnels des personnes accueillies, les activités sociales et professionnelles des ESAT étant consacrées par ailleurs par un double financement : un budget principal d'action sociale et un budget annexe pour l'activité de production ? De même, quelle logique y a-t-il à faire financer le travail protégé par l'aide sociale d'Etat quand, dans le même temps, l'accompagnement des travailleurs handicapés relève de la compétence des conseils généraux au titre de l'aide sociale départementale.<sup>23</sup> Cette question renvoie à la fois à la conception de ces droits tel qu'énoncée dans la loi du 2 janvier 2002 et à celle de leur effectivité. L'utilisateur est protégé, doit obtenir une aide appropriée à ses besoins et doit, en plus, être en mesure d'exercer sa citoyenneté par **l'exercice de droits fondamentaux**, issus de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, repris dans le préambule de la constitution qui nous gouverne actuellement, complété du préambule de la constitution du 27 octobre 1946. L'utilisateur est placé au cœur du dispositif de sa prise en charge. La loi dispose, dans son article L 311-3 du CASF, d'une série de sept droits qui sont le libre choix des prestations et du lieu de vie, une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité, la confidentialité, l'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge, une information sur ses droits fondamentaux, une participation direction à son projet d'accompagnement.<sup>24</sup> Il ne faut pas oublier que le droit des usagers connaît pour limite « le bon fonctionnement de l'institution ». Notion sibylline s'il en est qui permet à toute institution d'arguer de son bon fonctionnement pour apporter toute limite au droit qu'elle jugera utile.

Tel qu'énoncés, ces droits sont des droits purement déclaratifs énoncés sous forme de principe. Toute l'ambition de ces droits est d'en définir le contenu sur lequel reposera leur véritable effectivité. Ainsi, les professionnels du travail social, en fonction des réalités et contraintes opérées dans leurs propres institutions et services devront s'investir dans une fonction de « législateur » pour définir de manière précise en quoi consiste la mise en œuvre de ces droits et selon quelles modalités. Les usagers ou leur ayant-droits peuvent être associés à cette définition sans que cela soit une obligation. L'initiative appartient à chaque acteur institutionnel ou professionnel. Il est facilement repérable que cette

---

<sup>23</sup> O. Poinot, « Travailler en ESAT après le 11 février 2005 », Cahiers de l'Actif n° 404/405, p. 41 à 56 ; note ou Cass. Soc., 6 février 2013, n° 11-14424, RGDM n° 47, juin 2013, rubrique « droit des institutions sociales et médico-sociales », point 3.2.1.

<sup>24</sup> Article L 311-3 du CASF : L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés : 1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité, 2° Sous réserve des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et des nécessités liées à la protection des mineurs en danger et des majeurs protégés, le libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes soit dans le cadre d'un service à son domicile, soit dans le cadre d'une admission au sein d'un établissement spécialisé, 3° Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché, 4° La confidentialité des informations la concernant, 5° L'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge, sauf dispositions législatives contraires, 6° Une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition, 7° La participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne.

approche du droit comporte une part discrétionnaire, s'inscrivant de fait dans une relation de pouvoir asymétrique entre le professionnel, l'utilisateur et l'institution. Or, le droit n'a de sens que si sa fonction d'équité est garantie. Il ne peut vraiment se révéler dans le cadre trop intime de l'institution sans courir le risque d'une conception trop formelle.

Au-delà de l'établissement de son contenu qui relève de fait d'une certaine insécurité juridique, le droit des usagers présente d'autres faiblesses en comparaison aux règles de droit commun. Nous venons de voir la question de l'insécurité de la définition du contenu du droit. Reste la question de leur défense. De facto, la loi place cette défense dans un procédé de conciliation assuré par une personne qualifiée qui a le rôle d'un conciliateur ou d'un médiateur.<sup>25</sup> Ce n'est que dans l'hypothèse où la médiation n'aboutit pas, que l'utilisateur a la possibilité de saisir la juridiction compétente. Il est hélas facile de constater que la revendication de son droit par l'utilisateur reste marginale. Nombre d'utilisateurs, souvent pour des raisons de dépendance et de méconnaissance, ne sont pas en mesure de revendiquer. De plus, de quelle indépendance réelle relève le médiateur quand sa nomination dépend des autorités tarifaires, Etat et département ?

Il est clair que le droit des usagers reste un droit intrinsèque à l'institution ce qui ne fait qu'amplifier son caractère discrétionnaire. Ce droit reste trop intimiste au secteur social et médico-social et à ses acteurs. Certes, il a le mérite d'exister et de pouvoir être revendiqué à tout moment. Son effectivité repose sur une évolution des cultures professionnelles et du rapport au droit de ces mêmes professionnels. Il faut dire que les travailleurs sociaux ont toujours eu un rapport de défiance au droit, culture qui évolue aujourd'hui vers une meilleure intégration des normes dans les réflexions et pratiques professionnelles.

Comme nous l'avons déjà énoncé, le droit des usagers est un droit dérogatoire au droit commun. Il est dérogatoire du droit commun au sens où son contenu peut-être différencié du droit commun. C'est un droit exercé dans un cadre contraint qui se différencie d'un exercice dans un milieu ordinaire. Pour le droit commun, les normes énoncées le sont par le législateur, investi de la légitimité électorale. La norme fait l'objet d'un débat démocratique au sein d'une assemblée et est adoptée par une majorité politique représentative du peuple. Elle fait l'objet d'une parution officielle rendant public son contenu du fait que « nul n'est censé ignorer la loi ». Dès lors applicable, tout manquement, inobservation, violation est traité devant les juridictions compétentes et sanctionné comme il se doit selon la loi. C'est là un principe de sécurité juridique. L'équité du droit se trouve garantie par une indépendance entre les autorités d'édition de la norme et celle du jugement. Il n'y a pas d'interaction entre le justiciable et l'autorité d'édition et de jugement. Ce qui n'est pas le cas pour le droit des usagers puisque celui-ci est en partie défini par ceux qui sont amenés à l'appliquer et le respecter. Revenons à notre cas d'espèce. Si la personne travaillant en ESAT revendique un droit à congé, ce n'est pas en vertu du droit des usagers mais bien du droit commun. Elle se revendique de fait comme travailleur et exige à ce titre le respect de tous droits afférents. Cette démarche est dès plus pertinente car elle démontre que tout usager peut se référer au droit commun indépendamment d'un droit d'exception. N'est-ce pas là la

---

<sup>25</sup> Décret n°2003-1094 du 14 novembre 2003 relatif à la personne qualifiée mentionnée à l'article L 311-5 du code de l'action sociale et des familles. Tout usager, ou son représentant légal, d'un service ou d'un établissement social ou médico-social, peut avoir recours gratuitement à une personne qualifiée pour faire valoir ses droits.

véritable démonstration de la qualité de citoyen de l'utilisateur, qualité tant exprimée et revendiquée par la même loi du 2 janvier 2002. La pertinence du droit doit se travailler sur les questions d'accès (information, compréhension) et de garantie de capacité (recours au droit) et non sur des principes dérogatoires qui ne consistent qu'en un accommodement du droit commun. Là est la véritable garantie d'un statut de citoyen. Le plus grand des respects que le législateur puisse avoir de la qualité de citoyen est d'éviter de décliner cette notion en différents degrés et ainsi de catégoriser le droit selon la nature des publics. Cet enjeu est d'autant plus important que les EST soient confrontés à une diversification toujours plus grande de leurs publics. Traditionnellement, le public des CAT était marqué par une déficience mentale. Celui des ESAT évolue vers une proportion toujours plus importante de publics en souffrance psychique. Cette évolution s'explique par un contexte économique ne favorisant pas l'insertion professionnelle des personnes souffrant de ce type d'handicap et par une sectorisation « cache misère » du secteur psychiatrique.<sup>26</sup>

Nous venons de considérer le droit des usagers comme un droit dérogatoire qui, s'il représente un progrès dans l'inscription du droit dans les pratiques professionnelles, n'en reste pas moins un droit spécifique. Son caractère autonome ne semble pas offrir les meilleures garanties d'un respect équitable. La relation de pouvoir dans laquelle il s'inscrit, reste au désavantage de l'utilisateur. Peut-il en être autrement dans un cadre où se pose aussi la question de l'identification du besoin de l'utilisateur et de son traitement, où la confusion peut exister entre la demande de l'utilisateur et le besoin réel de celui-ci identifié par des professionnels. Le contenu du droit des usagers ne peut se construire qu'en référence au droit commun. Au final c'est bien au droit commun d'assurer l'effectivité du droit des usagers, tout au moins dans son contenu. Il s'agit bien pour les usagers de saisir les juridictions de droit commun, comme la loi leur en offre la possibilité, pour gommer, tant que faire se peut, toutes différences qui pourraient être faites dans l'application du droit. Le droit des usagers s'en trouvera beaucoup mieux légitimé que par une instance de médiation désignée par les instances administratives et dont l'indépendance n'est pas au mieux garantie.

### **Un droit de l'utilisateur ou un droit sur l'utilisateur : entre protection et réelle citoyenneté**

Le droit de l'utilisateur est au cœur d'une tension entre une tradition de protection et l'affirmation de l'individu comme être responsable et de la logique libérale de gestion du secteur social et médico-social avec son corollaire la marchandisation du même secteur. D'où une question centrale du devenir des droits de l'individu du secteur social et médico-social : comment réinventer un droit protecteur non contradictoire avec la liberté de l'utilisateur ? Le droit de l'utilisateur repose sur les principes suivants : citoyenneté, individualisation de l'accompagnement, libre consentement, participation, liberté, responsabilisation et responsabilité (qu'est-ce qu'être responsable dans un système libéral ? Je suis responsable de la transgression d'une norme, de mon comportement, de mon attitude, donc je suis aussi responsable de ce qui m'arrive et de l'état dans lequel je suis et/ou je reste). Qu'est-ce qu'être responsable pour un sujet handicapé, physiquement comme mentalement ? Être responsable, c'est d'abord « répondre » de ses actes. Encore faut-il en avoir la pleine conscience, la maturité ou avoir accédé à la connaissance, aux savoirs ...

---

<sup>26</sup> Entre 2001 et 2006, alors que la population déficiente intellectuelle baissait dans les effectifs de l'ESAT de 7,2 points, la population caractérisée par un handicap psychique croissait de 24,8 points.

Le droit sur l'usager suppose le maintien des logiques suivantes : institutionnalisation, pouvoir sur l'usager (relation asymétrique ...), non consentement, dépendance, protection comme système dépossédant l'usager de sa propre initiative, de son individualité. Il renvoie à la tradition de protection basée sur une catégorisation instituée de publics (handicapées, personnes âgées, mineurs ...). Il suppose la généralisation de concepts comme ceux de vulnérabilité, hors norme, dépendance ... comme si être un usager du secteur social et médico-social voulait forcément dire être vulnérable, hors norme, dépendant ...

Entre droit de l'usager et droit sur l'usager : une zone grise. Celle de l'exercice du droit selon une capacité juridique variable de l'individu, mais toujours tendu vers un respect du droit dont le contenu serait adapté à l'individu et négocié avec l'institution. Il s'agirait de droits individualisés et adaptés aux particularités de la vulnérabilité de la personne (citoyenneté, consentement ...) et garantis et assumés par l'institution. Nous avons là un espace d'expression de la force imaginante du droit<sup>27</sup>. Inspirés des droits de l'homme, soumis et cantonnés par les logiques gestionnaires qui inspirent le secteur social et médico-social, le droit des usagers énoncé en principe, par principe devrions nous dire, ne donne à voir que concepts flous, valeurs conflictuelles ou normes ineffectives, alors que s'estompe le relativisme de la jurisprudence nationale sous les coups de butoir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Ainsi se dessinent des croisements d'intérêts (usager, professionnels, institutions, tutelles...) dans un cadre gestionnaire contraint qui ne concourt pas forcément à un respect et à une effectivité clairement assumée du droit. Ainsi, le droit de l'usager ne peut se construire que par petites touches contraintes par les contradictions des logiques de prise en charge. Il est dépendant d'une réelle motivation d'acteurs comme de la passivité, l'évitement voir la négation d'autres acteurs. En conséquence, il se doit de quitter la voie de l'universalisme pour s'orienter vers un recentrage même sur l'individualité de la personne et de ses capacités, à définir et assumer ses choix, ainsi que sa situation.

L'Europe est divisée sur la question de l'emploi et de la formation des personnes handicapées. On peut établir une typologie des pays suivante. Le premier groupe est constitué par les pays de tradition anglo-saxonne qui insistent sur la non-discrimination mais qui refusent tout interventionnisme étatique. Il s'agit d'inciter à l'intégration des personnes handicapées en prenant le problème en amont (presque pas d'établissements spécialisés), en professionnalisant au maximum le secteur protégé (ce qui le fait presque disparaître) et en interdisant les quotas (Royaume-Uni, Finlande ...). Le deuxième groupe est étatique donc favorable aux quotas, aux ateliers protégés peu professionnalisant et aux établissements scolaires spécialisés. Ce groupe qui a longtemps constitué la norme européenne tend aujourd'hui à disparaître (France, Allemagne, Espagne ...). Enfin, le troisième groupe est constitué par la majorité des pays européens qui naviguent entre ces deux modèles (Danemark, Luxembourg ...). Les politiques sociales européennes relèvent de véritables paradoxes. On peut noter des avancées certaines comme la libre circulation des travailleurs, la reconnaissance des qualifications professionnelles, la coordination des régimes de sécurité sociale, les plans européens pour la mobilité de l'emploi, un droit au travail orienté dans deux directions : les conditions de travail, qu'il s'agisse du travail à mi-temps, du travail à durée déterminée ou du détachement des travailleurs et l'information et la consultation

---

<sup>27</sup> « Les forces imaginantes du droit » traduisent la conviction, nourrie par l'analyse de la mutation historique en cours, que le droit a la capacité, véritablement créatrice, de surmonter les contradictions. À la lecture, pourtant, on peut se demander si la logique des marchés ne va pas bien plus vite que la progression des ordres juridiques, au niveau mondial comme au niveau européen, et si les rapports de force n'imposent pas, dans bien des domaines, un droit mis au service des logiques de puissance.

des travailleurs, notamment dans le cas de licenciements collectifs ou de reprises d'entreprises. L'Europe est aussi très attachée au concept de flexisécurité : celui-ci allierait, d'une part, fluidité du marché du travail et, d'autre part, sécurité de revenu et protection sociale. Le principe sous-jacent est celui d'une gestion partagée des risques, ceux-ci ne pouvant être assumés uniquement par le travailleur individuel. Au-delà de ces aspects, l'Union européenne a mis en place un acquis considérable en matière de santé et de sécurité au travail. La lutte contre les discriminations au travail (embauche, qualification, rémunération ...) relève par ailleurs d'un principe de l'égalité de traitement inextinguible.<sup>28</sup> Si l'Europe ne prévoit pas d'harmonisation des règles de protection sociale, elle vise à faire converger les politiques nationales dans le sens d'une amélioration des conditions d'entrée sur le marché du travail, condamnant tout obstacle à ce qu'elle nomme « l'inclusion sociale »<sup>29</sup>. Mais, l'Europe sociale c'est aussi une politique européenne de plus en plus contraignante sur le marché de l'emploi : flexibilité du travail, remise en cause des systèmes d'assurances chômage, des législations de protection de l'emploi, aux arrangements de la durée du travail, aux mécanismes de fixation des salaires, à la compétitivité ...

Les politiques sociales nationales sont progressivement « rognées » par la logique de marché affirmée par l'Europe : une logique de marché pour un modèle économique unique et une uniformisation progressive des législations sociales des pays membres. L'Europe sociale, c'est aussi une définition unique du concept de travailleur entraînant une normalisation du contrat de travail et des droits afférents et une fragilisation du statut de salarié (montée de la précarité, remise en cause du salariat) qui va de pair avec une libéralisation du marché du travail.

Le domaine des politiques sociales européennes est l'objet de vives tensions entre les tenants de la préservation des particularités nationales (associations à but non lucratif, syndicats, gestionnaire de la protection sociale) et ceux qui revendiquent la protection sociale comme relevant de droit

---

<sup>28</sup> Longtemps axée sur la reconnaissance et la protection des droits des personnes handicapées, la politique européenne s'oriente vers le refus de toutes les discriminations et favoriser l'égalité des chances. Ce changement d'orientation est initié, en 1997, par le traité d'Amsterdam qui contient une clause explicite de non discrimination en raison des handicaps. Adoptée le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'UE interdit toute discrimination fondée sur le handicap (article 21). De même, elle reconnaît le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et professionnelle et à la participation à la vie de la communauté (article 26). Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1er décembre 2009, attribue la même valeur juridique à la Charte qu'aux traités (article 6 du traité sur l'UE). Pour renforcer les droits des personnes handicapées, l'Union européenne a ratifié le 5 janvier 2011 la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (CNUDPH). Plus spécifiquement, les principaux objectifs de la directive 2000/78/CE incitent les Etats membres à respecter un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail des personnes handicapées. La Commission européenne a renouvelé son engagement à travers une stratégie sur 10 ans qui encourage l'égalité des chances pour les personnes en situation de handicap. La « Stratégie handicap 2010-2020 » couvre de nombreux domaines. Son programme porte sur le renouvellement des compétences et des emplois en mettant à la disposition des Etats membres des analyses, des orientations politiques, des informations et d'autres formes d'aide.

<sup>29</sup> Ce terme d'inclusion n'est pas neutre car il est le contraire « d'exclusion » soulignant par là même la volonté de ne pas exclure ou de mettre fin à l'exclusion ou de la mise à l'écart de la vie sociale du handicapé ... rappelés ici, malgré les avancées à poursuivre, les progrès considérables dans le sens de l'acceptation des handicaps et des institutions quand on revoit ce qui se passait et se disait sur les « inadaptés », « anormaux » et autres « débiles » dans les années 1950 à 1970.

fondamentaux, catégorie de droits qui se distingue de la catégorie classique de la protection sociale ou des services sociaux<sup>30</sup>. Les lobbyings sont très présents en la matière. La perspective de la reconnaissance du statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT ne constitue pas une surprise. Elle consacrerait l'approche de certains lobbies tel que l'European association of services providers for persons with disabilities (EASPD) dont l'Interest group on occupational services (IGOS), à propos des sheltered occupational services, préconisait dans son rapport de 2011 l'alignement des travailleurs du secteur protégé sur les droits des travailleurs des salariés du secteur ouvert. Par ailleurs, il faut rappeler que la notion de droit à compensation, cardinale dans la loi de 2005, est issue de celle d'aménagement raisonnable au sens du droit international et de la jurisprudence communautaire et qu'il s'agit en réalité, non d'un fondement ou d'un principe mais d'une conséquence ou d'une propriété de l'objectif de non discrimination, objectif qui appelle à combattre la discrimination au travail à raison du handicap.<sup>31</sup> Là est tout le sens des politiques sociales européennes. Leur objectif premier n'est pas d'affirmer une politique sociale, au sens où nous pouvons l'entendre en France<sup>32</sup>, mais de rendre coûte que coûte plus fluide le marché du travail. Le social n'est qu'un succédané au service du marché.

### **Réinventer un droit protecteur non contradictoire avec la liberté de l'individu**

Réinventer un droit protecteur non contradictoire avec la liberté de l'individu, c'est s'interroger sur la conception philosophique de l'individu libéral dans notre société, sur une conception de la liberté (elle ne peut pas s'exercer de la même manière pour tout le monde), sur la notion de consentement éclairé (que recouvre cette notion ? Quel sens prend il au regard du handicap de l'individu ? Comment doit-il s'exercer selon les différentes circonstances ? Qui doit consentir et comment ?), sur une conception de la solidarité qui ne prend sens qu'au regard du respect des individus (abandon d'une approche absolue et dogmatique, voir idéologique du concept de solidarité ... pour une approche plus relativiste faisant place aux particularités). L'action sociale ne relève pas d'absolus. Ce n'est pas parce qu'un individu bénéficie de l'action sociale qu'il est un être hors norme, vulnérable, transgresseur. Il n'a pas à faire l'objet d'empathie mais d'une véritable considération, celle qui est dû à tout citoyen. Il revendique une liberté avec pour corollaire la responsabilité, car être libre c'est avant tout être responsable des conséquences de ses actes, positifs comme négatifs.

Toutefois, il nous paraît illusoire de placer de fait la personne handicapée sur le même niveau, en tant que personne accomplissant un travail, une tâche ou une mission, que le «travailleur» ordinaire non handicapé. Il n'est pas possible non plus d'exiger de la personne handicapée ce qu'on attend du travailleur ordinaire, sauf si la personne présente un handicap très léger ou passager, ce qui ne semble

---

<sup>30</sup> Roman D., « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social, in Roman D. (dir.), Droits des pauvres, pauvres droits, recherche sur la justiciabilité des droits sociaux,, Paris, EHESP CREDOF, p. 1 à 40.

<sup>31</sup> Voir supra l'article d'Olivier Poinot.

<sup>32</sup> Ce champ correspond, dans leur ordre d'apparition, aux politiques du travail (conditions de travail et relations collectives entre employeurs et salariés), à la protection sociale (aide sociale, politiques d'assurances puis de sécurité sociale, vieillesse, santé, famille, indemnisation du chômage), aux politiques de la formation professionnelle et de l'emploi, ainsi qu'à différentes politiques dites plus récentes: revenu minimum et politiques locales d'insertion qui lui sont liées, intégration des immigrés, politique de la ville.» (JOIN-LAMBERT M-T, Politiques sociales, Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994).

pas être le cas des populations accueillies en ESAT. Sous des dehors positifs et valorisants : reconnaissance, considération de la personne handicapée, respect, non discrimination, ayant accès aux mêmes droits et libertés que tous les citoyens, égalité en droits et en conditions de travail etc... on laisse entendre que le progrès pour le handicapé, c'est d'obtenir le même statut que celui de travailleur ordinaire avec les droits et *la liberté* y afférents. La liberté, le libéralisme ... être « libre », mais qu'est-ce donc ? La devise « Liberté-Egalité-Fraternité » définie comme principe de la République Française s'érigerai face aux droits de l'Homme, aux conventions européennes, à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ? Nos sociétés occidentales sont en perpétuelle recherche d'un idéal de liberté. Celle-ci va jusqu'à être fantasmée comme un absolu pour ne plus vivre les contraintes, les inégalités et autres normes et impositions enfermantes des sociétés passées, régies par des pouvoirs autoritaires, par des dogmes et des idéologies discriminantes et sectaires. Le XXème siècle fut celui des idéologies avec les désastres humains qui en découlèrent. On est passé d'une société de conception pyramidale et dirigée par un « chef » qu'il soit autoritaire et charismatique, à une société plus horizontale où la démocratie s'exerce au plus près du citoyen et où les pouvoirs sont davantage partagés. Que de référence aujourd'hui, par exemple, à la démocratie participative, sans que l'on sache vraiment quelles formes instituées elle peut prendre. Et de l'accès à la *liberté du peuple*, dimension d'abord collective, on est arrivé à l'exaltation de la *liberté individuelle*, du droit de chaque individu à exister pleinement et à disposer de lui-même, ce qui ne manque pas de faire reculer la perception de l'autre et la dimension collective de toute organisation. **Qui dit goûter de la « liberté » est-ce vivre sans contraintes ni entraves, vieilles anciennes soixante-huitarde ?** S'il y a un domaine où la liberté n'est pas donnée ni d'emblée acquise, c'est bien celui du travail et notamment le travail rémunéré et salarié. C'est le domaine des obligations et des contraintes mais qui apporte une contrepartie : un salaire et des droits, mais aussi des satisfactions liées au travail choisi : des relations plus étendues que celles familiales, acquisition de savoirs et d'expériences ...

Le travail est une valeur dans nos sociétés modernes, d'autant plus marquée en période de chômage de masse. Il est un facteur de réussite et de valorisation personnelle et d'ouverture à autrui et au monde. Si les travailleurs ont connu au cours des siècles passés et même jusque dans les années 1960 des conditions de travail peu protectrices et très contraignantes tant au niveau du temps de travail qu'au niveau des salaires, des progrès et des avancées indéniables ont eu lieu depuis les dernières décennies concernant leurs droits et leur condition de travail. Il faut cependant relativiser cette appréciation, car aujourd'hui, la chute de la croissance économique a créé un phénomène de chômage de masse pérenne. L'absence de travail donc de salaires concourt à la perte d'identité sociale qui leur est liée. Les individus ne sont plus reconnus comme acteur et producteur de la société dans laquelle ils vivent. Perdant leur dignité d'homme et de citoyen, n'étant plus intégrés dans un ensemble où travaillant, ils étaient utiles aux autres et à la collectivité. Le travail et l'emploi salarié permet, en effet, de structurer l'échange entre l'individu et la société, de le reconnaître et lui donner une place. Et n'entrevoir que l'apport d'une allocation (RSA) sans qu'il soit requis, en retour au corps social, une activité ou travail, c'est participer à l'exclusion même de l'individu qui, dès lors, n'est plus dans un système d'échanges avec autrui et n'est plus reconnu comme acteur utile. Ceux qui ont gardé leur emploi sont certes mieux placés mais la conjoncture économique actuelle les amènent à vivre des conditions de travail où la productivité et la compétence exigée est de plus en plus forte en raison de la mondialisation des marchés et de la concurrence qui en découle. Et la sélection des candidats est de plus en plus sévère.

Les députés allemands viennent d'approuver l'introduction d'un salaire minimum imposé. Le niveau choisi pour ce salaire se situe dans la moyenne des autres pays développés. Il est de 8,50 euros brut de l'heure et entrera en vigueur le 1er janvier 2015. Mais il faudra attendre 2017 pour qu'il s'applique à tous, et encore, toute une série d'exceptions a été prévue. Ce niveau allemand est inférieur au Smic français (9,53 euros) mais supérieur à son équivalent britannique (6,31 livres soit 7,91 euros). Si nous parlons de l'évolution historique du travail et de la situation économique actuelle au niveau de la France et de l'Europe, c'est pour insister sur le fait qu'il y a déjà aujourd'hui cette réalité d'un grand nombre de travailleurs « ordinaires » en recherche de travail et que les embauches qui ne sont pas monnaie courante, exigent des qualités et qualifications de plus en plus marquées, du fait même de la concurrence, des progrès technologiques et de la raréfaction de l'offre de travail. Qu'est-ce qui peut faire alors dans ce contexte qu'un employeur embauche un travailleur handicapé ? Un faible salaire attribué ? Au moins le Smig ?...mais pour un plein temps. Un travail très partiel ? Avec donc un moindre salaire ? Un complément ajouté par le contribuable, Etat ou collectivité territoriale ? L'obligation d'emploi de personne handicapée faite par la loi ?

Il faut revenir à la définition du travail et à son cadre. Nous ne pensons pas qu'on puisse parler de droit protecteur pour l'usager comme si c'était une caractéristique pour cette catégorie de personnes travaillant en ESAT. En effet, le droit du travail habituel inclut toujours la nécessité de l'accomplissement d'un travail et la protection de la personne du fait de son travail. On attend tous que le travail qui protège soit celui qui permet à l'homme d'être digne, en toute situation de travail, que chaque personne, handicapée ou non, puisse avoir accès à une protection suffisante du fait de son travail quelle que soit la forme. Par ailleurs, n'oublions pas que dans tout contrat de travail ordinaire, il y a le lien de subordination à l'égard de l'employeur, que l'exécution d'un travail est sous l'autorité de l'employeur qui a pouvoir de donner des ordres, des directives, du contrôle de l'exécution et le pouvoir de sanctionner les manquements. Le cadre de travail du travailleur est donc bien calé. Tout travail et les droits afférents ont une contrepartie, celle d'exécuter le travail ou la mission définie par l'entreprise employeuse et de produire un résultat certain et mesurable ou d'atteindre des objectifs donnés. Dans le cas où les personnes travaillant en ESAT accèderaient au statut de travailleur, seraient-elles exonérées de tout ce cadre législatif et de ces contraintes ? Dans le même temps, refuser l'accès au cadre protecteur du droit du travail au prétexte que le travail des personnes handicapées serait « adapté » ou « protégé » relève d'un déni de compétences sociales autant qu'un refus de la part sociale du problème. En effet, le rapport salarial est bien un rapport social, une convention où le droit vient équilibrer et réguler une inégalité de type capitalistique. Dans ce contexte, maintenir le travailleur handicapé hors du salariat revient à assimiler au sens où l'entendait Serge EBERSOLD l'handicapé et l'inemployable, procédant par une forme de naturalisation de l'inéligibilité du travailleur handicapé et à son désencastrement statutaire.<sup>33</sup>

L'acquisition du statut de travailleur pour les personnes handicapées ira de pair avec l'obligation d'aménagements particuliers des conditions de travail. Il s'agira toujours de tenir compte des capacités physiques et intellectuelles de ces personnes. On ne peut pas envisager que ces personnes handicapées puissent acquérir pleinement le statut de travailleur salarié avec tous les droits y afférents dans une entreprise ordinaire, si l'on exige de ceux-ci les mêmes productions et comportements que les travailleurs ordinaires, ainsi que les mêmes niveaux de responsabilités ce qui

---

<sup>33</sup> Ebersold Serge, « La naissance de l'inemployabilité ou l'insertion au risque de l'exclusion », coll. Le sens social, Presses universitaires de Rennes, 2001, 208 pages.



suppose maturité, autonomie, discernement, formation. Peuvent-ils avoir un statut particulier tout en ayant pleinement le statut de travailleur ordinaire ? N'y a-t-il pas là le risque de se contenter de véritables fixions juridiques dont le droit serait afficher comme principe mais non comme une réalité effective.

Les ESAT seront toujours utiles et nécessaires. Il s'agit là d'un cadre de travail qui reste et restera particulier tout en participant au monde du travail et de la production. Cela d'autant plus que les productions et travaux entrepris seront utiles et indispensables à l'ensemble de la société, d'où leur reconnaissance comme de réels acteurs dans un champ d'échange avec le corps social. On peut penser aussi que les ESAT risquent, pour être rentable ou fonctionner dans le marché, de ne plus accueillir que des handicapés capables de travailler de manière plus efficace et productive, surtout si le marché exige qu'ils produisent plus et mieux ou autrement. Mais ceux-là pourront-ils pour autant accéder au statut de travailleur ? Les ESAT deviendraient alors des entreprises ordinaires les salariés seraient pris sous contrat et l'encadrement, avec un seul statut et formation de travailleur social, serait-il adapté ou admis dans ce nouveau cadre d'entreprise ? Ou alors, les ESAT n'accueilleraient que les plus handicapés qui n'auraient pas la capacité d'accéder au statut de travailleur et resteraient des usagers avec leur statut actuel. Ou aura t-on dans les ESAT des travailleurs avec contrat et des usagers bénéficiant de soutiens particuliers? Nous pensons finalement que la réalité du marché du travail actuel ne permettra pas de si tôt l'embauche en grand nombre de personnes handicapées sous le statut et les droits du travailleur ordinaire. Beaucoup resteront dans des structures adaptées. La reconnaissance du statut de travailleur doit jouer pleinement pour les ESAT comme un acteur de la réintroduction de la personne handicapée dans le compromis social du travail. Le compromis social pour la personne handicapée doit se construire en référence à une capacité juridique négociée selon les actes exercés. Ainsi, l'indépendance et la liberté de la personne handicapée, impliquant sa reconnaissance, engage à une individualisation qui oblige à sortir d'un droit d'exception pour un retour à l'exercice commun des fondamentaux de la citoyenneté. Quel défi pour ces acteurs !

Peut-on échapper à une différenciation faite entre la personne handicapée et celle ne présentant pas de handicap ? Prendre en compte les différences et les inégalités de capacités et d'aptitudes des individus, est-ce discriminer ? Le droit est-il là pour effacer toutes différences ? Certes, tout doit être fait pour que chacun puisse développer au maximum ses possibilités et sa personnalité et à être considéré et reconnu dans sa dignité, mais à vouloir l'égalité de tous et l'accès de tous au travail sans différencier les personnes ou prendre en compte les fragilités ou handicaps, ne risque-t-on pas de seconder l'adaptation du monde du travail aux personnes surtout si elles sont handicapées, et à leur permettre de trouver réellement leur place dans la vie. Et il ne faut surtout pas oublier que les droits qui sont attribués à tout travailleur sont la contrepartie d'obligations à l'égard de l'entreprise qui l'emploie. Si ces obligations ou ces devoirs ne sont pas appliqués ou partiellement exécutés, le travailleur peut-il néanmoins conserver son statut et faire valoir ses droits ? Dans tous les cas, tout travailleur ou personne au travail ou hors du circuit du travail reste un citoyen avec les droits y afférents.