Travailler en ESAT après le 11 février 2005

Olivier Poinsot

▶ **To cite this version:**

Olivier Poinsot. Travailler en ESAT après le 11 février 2005. Cahiers de l'Actif, 2010, janvier-février 2010 (404/405), pp.41-56. hal-01063840

HAL Id: hal-01063840
https://hal.science/hal-01063840

Submitted on 17 Jul 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Cahiers de l'Actif n° 404-405, p. 41-56

Travailler en ESAT[1] après le 11 février 2005

Olivier POINSOT
Avocat au Barreau de Montpellier
Chargé de cours à l'IAE de Toulouse et à l'EHESP

La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, en se concentrant sur la notion de compensation du handicap dans tous les domaines de la vie, s'est attachée à définir comment compenser les inégalités de situation subies par les personnes handicapées adultes susceptibles d'exercer une activité professionnelle ou de nature professionnelle. Ce faisant, elle s'est également introduite dans un champ que l'on pensait avoir été circonscrit par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale pour réformer le régime juridique des centres d'aide par le travail (CAT). Au résultat, le travailleur handicapé d'ESAT dispose d'un statut et d'un régime d'emploi rénovés dont l'avocat Olivier Poinsot, observateur privilégié du droit des institutions sociales et médico-sociales, se propose de dessiner les contours.

La rénovation du droit matériel applicable aux ESAT a conduit – les professionnels s'en sont déjà largement rendu compte – à certaines modifications et non des moindres, s'agissant par exemple de l'organisation du travail, du financement de l'activité ou encore de la conclusion et de l'animation du lien contractuel avec les personnes handicapées adultes accueillies.

Dans cet ordre il faut bien constater, entre autres évolutions sémantiques, celle qui concerne ces personnes. En effet, à partir de la démarche suivie par le législateur pour fonder le droit à compensation, la conjugaison du statut et du régime juridique de la personne handicapée adulte pouvant exercer une activité de nature professionnelle conduit à parler désormais, non plus des travailleurs handicapés de CAT mais des travailleurs handicapés en ESAT.

[1] Etablissement et services d'aide par le travail

I – LE STATUT DU TRAVAILLEUR HANDICAPE

A l'origine du processus législatif interne se situent les termes de l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), issus de l'article 2 de la loi du 11 février 2005, en vertu desquels *« constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».*

Cette définition fondatrice du nouvel ordre juridique rejoint bien, avec la notion de « droit à compensation », la logique d'« aménagement raisonnable »[2] adoptée par la France dans le sillage du droit international. S'agissant de la question du rapport des personnes handicapées au travail, il n'est pas neutre de constater que cette évolution épouse la vision exprimée par la jurisprudence communautaire en matière de discrimination professionnelle.[3] Dans ce schéma, l'accès possible aux activités professionnelles constitue une modalité de l'accès au travail, considéré lui-même comme une nécessité pour qu'il ne puisse être constaté de discrimination entre les personnes valides et les personnes en situation de handicap.

Car en définitive, c'est l'idée générale du refus de toute discrimination qui irrigue et inspire celles de compensation et d'aménagement raisonnable. La non-discrimination fait partie des principes généraux qui, dans le champ du handicap, sont énoncés à l'article 3 de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées.[4] La non-discrimination fait ensuite, dans le texte conventionnel, l'objet de développements plus précis qui

---

[2] Au sens de l'article 2 de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, signée par la France le 30 mars 2007 et ratifiée le 20 mars 2010 : *« On entend par « aménagement raisonnable » les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales. »*

[3] CJCE, 11 juillet 2006, affaire C.-13-05, *Dalloz* 2006, p. 2801 : *« le handicap doit être entendu comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle. »*

[4] *« Article 3 – Les principes de la présente Convention sont : a) le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes ; b) la non-discrimination ; c) la participation et l'intégration pleines et effectives à la société; d) le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité ; e) l'égalité des chances ; f) l'accessibilité; g) l'égalité entre les hommes et les femmes ; h) le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et i) le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité ».*

déterminent le périmètre des obligations des Etats signataires.[5] Enfin, l'article 27 de la Convention aborde spécialement la question du rapport au travail :

« Article 27 – Travail et emploi – 1. Les États Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à la possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment :

a. interdire la discrimination fondée sur le handicap dans tout ce qui a trait à l'emploi sous toutes ses formes, notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail ;

b. protéger le droit des personnes handicapées à bénéficier, sur la base de l'égalité avec les autres, de conditions de travail justes et favorables, y compris l'égalité des chances et l'égalité de rémunération à travail égal, la sécurité et l'hygiène sur les lieux de travail, la protection contre le harcèlement et des procédures de règlement des griefs ;

c. faire en sorte que les personnes handicapées puissent exercer leurs droits professionnels et syndicaux sur la base de l'égalité avec les autres ;

d. permettre aux personnes handicapées d'avoir effectivement accès aux programmes d'orientation technique et professionnel, aux services de placement et aux services de formation professionnelle et continue offerts à la population en général ;

e. promouvoir les possibilités d'emploi et d'avancement des personnes handicapées sur le marché du travail, ainsi que l'aide à la recherche et à l'obtention d'un emploi, au maintien dans l'emploi et au retour à l'emploi ;

f. promouvoir les possibilités d'exercice d'une activité indépendante, l'esprit d'entreprise, l'organisation de coopératives et la création d'entreprise ;

g. employer des personnes handicapées dans le secteur public ;

h. favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en œuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures ;

---

[5] *« Article 5 – Égalité et non-discrimination – 1°) Les États Parties reconnaissent que toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi. 2°) Les États Parties interdisent toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantissent aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, quel qu'en soit le fondement. 3°) Afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés. 4°) Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention. »*

i. faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées ;

j. favoriser l'acquisition par les personnes handicapées d'une expérience professionnelle sur le marché du travail général ;

k. promouvoir des programmes de réadaptation technique et professionnelle, de maintien dans l'emploi et de retour à l'emploi pour les personnes handicapées.

2. Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées ne soient tenues ni en esclavage ni en servitude, et à ce qu'elles soient protégées, sur la base de l'égalité avec les autres, contre le travail forcé ou obligatoire. »

C'est sur la base de cette logique qu'est construit le dispositif français applicable aux travailleurs handicapés et c'est également cette logique qui justifie que le statut du travailleur handicapé relève, non du droit de l'aide et de l'action sociale mais du droit du travail. La définition juridique du travailleur handicapé est ainsi inscrite à l'article L. 5213-1 du Code du travail : *« Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique »*. La qualité de travailleur handicapé doit faire l'objet d'une reconnaissance administrative[6] par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH), ainsi placée au carrefour du monde du travail et de celui des institutions comme elle l'est pour les enfants et adolescents, aux confins du monde institutionnel et du monde de l'école.

La reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé s'acquiert de deux manières ou selon deux procédés que l'on pourrait qualifier d'inverses l'un à l'autre : soit la personne est reconnue travailleur handicapé et se trouve ensuite orientée par la CDPAH vers l'une des trois pistes que sont l'admission en ESAT, l'accès au monde du travail ou l'entrée dans un centre de rééducation professionnelle, soit elle est directement orientée en ESAT par la Commission et cette orientation vaut alors reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé.

L'orientation en ESAT du travailleur handicapé ne constitue qu'une possibilité parmi d'autres et la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé constitue alors un sésame, une clé qui pourra être introduite dans les serrures du Code du travail, l'ensemble de cette mécanique constituant le dispositif que le droit français met en œuvre pour promouvoir l'emploi des

---

[6] Article L. 5213-2 du Code du travail : *« La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles. Cette reconnaissance s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle. L'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle vaut reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé. »*

personnes handicapées en milieu dit « ouvert ». Ces mécaniques incitatives sont de divers ordres :

- financières : ce sont les aides à l'emploi versées à l'entreprise, en fonction de la lourdeur du handicap, par l'Association pour la gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés (AGEFIPH),[7] les subventions de l'AGEFIPH pour l'aménagement des postes de travail[8] et le droit à perception cumulée d'une aide au titre des contrats aidés (contrat initiative-emploi ou CIE, contrat d'insertion-revenu minimum d'activité ou CI-RMA) et d'une aide à l'emploi[9] ;

- dans l'organisation du travail : c'est bien sûr l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH)[10] mais ce sont aussi les mesures d'adaptation du régime de l'apprentissage professionnel,[11] le suivi particulier par le médecin du travail,[12] le droit à la formation professionnelle,[13] la prise en compte du handicap en cas de licenciement pour inaptitude,[14] la retraite anticipée.[15]

- matérielles : ce sont toutes les obligations liées à l'accessibilité des locaux de l'entreprise et à l'adaptation des postes de travail.[16]

Tous ces dispositifs sont appliqués dans l'entreprise sous le regard des institutions représentatives du personnel qui, en matière d'emploi et de handicap, disposent de compétences propres.[17]

---

[7] Articles L. 5212-9, L. 5213-1, R. 5213-39 à R. 5213-51 du Code du travail

[8] Articles L. 5113-10, R. 5213-32 et R. 5213-38 du Code du travail

[9] Articles L. 5134-20 et s., L. 5134-35 et s., L. 5134-65 et s. et L. 5134-74 et s. du Code du travail ; note de service DGEFP n° 2006-22 du 5 juillet 2006

[10] Articles L. 5212-1 et s. du Code du travail

[11] Articles L. 6222-2 et D. 6222-1 du Code du travail

[12] Articles R. 4624-6, R. 4624-10, R. 4624-13, R. 4624-17, R. 4624-19 et R. 4624-20 du Code du travail

[13] Articles L. 3112-3, L. 6324-1 et s., L. 5211-2 à L. 5211-4 et D. 5211-1 à D. 5211-6 du Code du travail

[14] Article L. 1233-5 du Code du travail

[15] Article L. 351-1-3 du Code de la sécurité sociale

[16] Adaptation des machines et outillages, aménagement des postes de travail, des équipements individuels et des accès (articles L. 5213-6 et R. 4225-6 du Code du travail) ; aménagements d'horaires (article L. 3122-6). Le non respect de ces obligations par l'employeur constitue une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 du Code du travail.

[17] Consultation du comité d'entreprise (CE) et du comité hygiène, sécurité et conditions de travail (CHSCT) sur les modalités d'application de l'OETH et sur les mesures prises par l'employeur en vue de faciliter la mise ou la remise au travail des travailleurs handicapés (art. L. 2323-30) ; communication au CE de la déclaration annuelle d'OETH (art. R. 5212-4) ; consultation du CE et des délégués du personnel (DP) préalablement au dépôt d'une demande d'aide financière pour l'aménagement (art. L. 2323-15, L. 2323-30 et L. 5213-10) ; consultation du CE avant mise à disposition de travailleurs handicapés (art. D. 5213-83) ; consultation annuelle du CE et du CHSCT en cas de conclusion et de mise ne œuvre d'un accord collectif de travail concernant tout programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés (art. L. 5212-8 et L. 2323-20 ; circulaire DRT n° 93-15 du 25 mars 1993).

Le non respect de ces obligations par l'employeur est de nature à constituer une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 du Code du travail, sauf s'il peut être établi que les différences opérées entre salariés « ordinaires » et travailleurs handicapés résultent d'une part d'un constat d'inaptitude du médecin du travail et que, par ailleurs, elle sont objectives, nécessaires et appropriées.[18]

Dans cette perspective brossée par le droit du travail, qui postule la présomption selon laquelle toute personne adulte en situation de handicap doit être actrice de sa vie professionnelle en milieu ordinaire de travail, le statut de travailleur handicapé a un champ d'application qui excède manifestement l'enceinte de l'ESAT. La mission de ce dernier se définit en effet par exclusives : l'article L. 344-2 du CASF dispose que *« les établissements et services d'aide par le travail accueillent des personnes handicapées dont la commission prévue à l'article L. 146-9 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 ».* Et l'article L. 344-2-1 d'ajouter : *« Les établissements et services d'aide par le travail mettent en œuvre ou favorisent l'accès à des actions d'entretien des connaissances, de maintien des acquis scolaires et de formation professionnelle, ainsi que des actions éducatives d'accès à l'autonomie et d'implication dans la vie sociale, au bénéfice des personnes handicapées qu'ils accueillent, dans des conditions fixées par décret. Les modalités de validation des acquis de l'expérience de ces personnes sont fixées par décret ».* C'est pourquoi l'orientation en ESAT répond à des conditions très précises qui relèvent du droit des institutions. L'article R. 243-1 du CASF dispose que *« Sous réserve des dispositions prévues à l'article R. 243-3, la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées oriente vers les établissements et services d'aide par le travail les personnes handicapées ayant une capacité de travail inférieure à un tiers au sens de l'article R. 341-2 du code de la sécurité sociale, mais dont elle estime que l'aptitude potentielle à travailler est suffisante pour justifier leur admission dans ces établissements et services ».* En vertu de l'article R. 243-3, *« La commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées peut décider d'orienter vers les établissements et services d'aide par le travail des personnes handicapées dont la capacité de travail est supérieure ou égale au tiers de la capacité normale lorsque leur besoin d'un ou de plusieurs soutiens médicaux, éducatifs, sociaux, psychologiques, expressément motivés dans la décision, le justifie et ne peut être satisfait par une orientation vers le marché du travail ».* D'un point de vue strictement juridique, ces critères ne sont pas neutres au vu de ce qui précède : dès lors que pourra être constatée une amélioration de la capacité de travail du travailleur handicapé accueilli en ESAT, cette personne devra quitter l'ESAT et être réorientée par la CDAPH soit vers le milieu ordinaire de travail, soit vers un centre de rééducation professionnelle.

A l'issue de cet examen du statut juridique du travailleur handicap et exception faite du fondement juridico-philosophique du statut du travailleur handicapé (la notion de compensation comme modalité de lutte contre la discrimination), il apparaît que la loi nouvelle n'a pas apporté de profonds bouleversements dans l'économie générale du dispositif. Pour autant, il n'était pas inutile de le rappeler pour souligner comment, dans la lignée des évolutions du droit des institutions issue de la loi du 2 janvier 2002, la réponse institutionnelle

---

[18] Articles L. 1133-2 et L. 1133-3 du Code du travail

n'est plus envisagée que comme une modalité parmi d'autres d'un chemin individuel dont l'horizon est l'accession à la vie « normale ». C'est aussi cette perspective, nous nous efforcerons de le démontrer, qui a pu contribuer à justifier l'apparition, après la loi du 11 février 2005, d'un véritable régime d'emploi du travail handicapé en ESAT.

II – LE REGIME D'EMPLOI DU TRAVAILLEUR HANDICAPE EN ESAT

La loi du 11 février 2005 a servi de fondement à plusieurs textes règlementaires d'application [19] qui sont venus, l'un après l'autre, former ensemble un véritable régime juridique spécifique, au bénéfice du travailleur handicapé accueilli en ESAT. Le *corpus* ainsi constitué apparaît comme un succédané du régime d'emploi des salariés des entreprises du milieu ordinaire de travail, alors même que les ESAT ne constituent pas des entreprises au sens du droit du travail [20] et que le contrat de soutien et d'aide par le travail ne saurait être assimilé à un contrat de travail.[21]

[19] Décret n° 2006-703 du 16 juin 2006 relatif aux établissements ou services d'aide par le travail et à la prestation de compensation et modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire) et le code de la sécurité sociale ; décret n° 2006-1752 du 23 décembre 2006 relatif au contrat de soutien et d'aide par le travail et aux ressources des travailleurs des établissements ou services d'aide par le travail ; arrêté du 28 décembre 2006 fixant la base de compensation par l'Etat des cotisations versées au titre des travailleurs handicapés accueillis en établissements et services d'aide par le travail en application du b de l'article R. 243-9 du code de l'action sociale et des familles ; décret n° 2007-874 du 14 mai 2007 portant diverses dispositions relatives aux établissements ou services d'aide par le travail et à l'exercice d'une activité à caractère professionnel en milieu ordinaire de travail par les travailleurs handicapés admis dans ces établissements ou services et modifiant le code de l'action sociale et des familles (partie réglementaire) et le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) ; arrêté du 14 mai 2007 fixant le montant de la compensation par l'Etat des cotisations payées par les établissements et services d'aide par le travail pour l'affiliation des travailleurs handicapés qu'ils accueillent à un régime de prévoyance en application du septième alinéa de l'article R. 243-9 du code de l'action sociale et des familles ; arrêté du 6 juillet 2007 fixant la base de compensation par l'Etat de la participation des établissements et services d'aide par le travail au financement de la formation professionnelle continue ; décret n° 2009-565 du 20 mai 2009 relatif à la formation, à la démarche de reconnaissance des savoir-faire et des compétences et à la validation des acquis de l'expérience des travailleurs handicapés accueillis en établissements ou services d'aide par le travail. Un commentaire de l'essentiel du dispositif a été publié par voie de circulaire administrative (circulaire n° DGAS/3B/2008/259 du 1er août 2008 relative aux établissements et services d'aide par le travail et aux personnes handicapées qui y sont accueillies).

[20] La question de la qualification juridique de l'ESAT s'est posée à propos de la détermination de la juridiction compétente pour connaître des litiges entre établissement et travailleur handicapé. A l'exception de quelques décisions isolées (PAU, Ch. Soc., 22 novembre 2007, Mme Danièle X… c/ ADAPEI des Hautes-Pyrénées, n° 4387/07, cassé par Cass., Soc., 10 décembre 2008, n° 08-40356 et renvoyé devant la Cour d'appel de TOULOUSE ; GRENOBLE, Ch. Soc., 19 mai 2008, M. Ahmed X… c/ ADAPEI des Hautes-Alpes, n° 06/03117), la jurisprudence considère que les ESAT ne sont pas des employeurs au sens du Code du travail et que la juridiction prud'homale n'est donc pas compétente (Cass., Soc., 18 mars 1997, M. X… c/ CAT des Aveugles Civils de la Côte d'Or, n° 94-41716 ; Cass., Soc., 17 décembre 1984, Syndicat Départemental CFDT Santé-Sociaux de la Gironde, n° 84-60368). Cette jurisprudence est conforme à la loi puisqu'aux termes de l'article L. 243-5 du CASF, la rémunération garantie ne constitue pas un salaire.

[21] O. POINSOT, « Le contrat de soutien et d'aide par le travail », *Droit & Santé* n° 17, mai 2007, p. 276-300

1. La rétribution du travail

Du point de vue de la rétribution du travail accompli d'abord, l'article L. 243-4 du CASF oblige l'ESAT à servir au travailleur handicapé, dès le jour de son admission dans l'établissement, une rémunération garantie dont le montant se situe dans une fourchette comprise entre 55 % et 110 % du SMIC sur la base d'un temps plein. Cette rémunération est due alors même que le travailleur handicapé est en période d'essai au sens de l'article R. 243-5 du CASF. La rémunération garantie comporte deux éléments, l'un étant la part financée directement par l'ESAT et qui ne peut être inférieure à 5 % du SMIC, l'autre correspondant à l'aide au poste financée par l'Etat à hauteur d'au moins 50 % du SMIC. Le montant de l'aide au poste est déterminé en fonction de l'importance de la rémunération servie par l'établissement.[22] A ces éléments de rétribution peut s'ajouter une prime d'intéressement dont le montant, au niveau de l'établissement, est plafonné à 10 % du montant de la « masse salariale » correspondant à la part de la rémunération garantie financée directement, et dont la limite est celle du montant de l'excédent d'exploitation constatée lors de l'exercice précédent.[23] Des cotisations sociales sont perçues sur la rémunération garantie dans les conditions prévues à l'article R. 243-9 ; sont toutefois exclues de la compensation par l'aide au poste les cotisations assises sur la prime d'intéressement.[24]

La circulaire du 1er août 2008 tend à considérer que le versement de la rétribution du travail serait subordonné à la conclusion du contrat de soutien et d'aide par le travail. Or une telle interprétation ne semble pas conforme au droit dans la mesure où la conclusion de ce contrat n'est prévue, au visa des articles L. 311-4, D. 311 et D. 311-0-1 du CASF que dans la période du quinzième au trentième jour suivant l'admission ; l'interprétation proposée, sur ce point, ignore le sort du travail accompli par le travailleur handicapé du jour de son admission à celui de la signature de son contrat. Par ailleurs, il faut souligner au vu des évolutions récentes de la jurisprudence judiciaire sur la formation du contrat de séjour entre usager et établissement social ou médico-social que le contrat est en toutes hypothèses formé au jour de l'admission dès lors que celle-ci procède de la volonté de la personne accueillie et non de l'exécution de placement judiciaire.[25]

La circulaire du 1er août 2008[26] s'intéresse également au cas des « stagiaires », personnes handicapées accueillies en observation, notamment dans la perspective d'une réorientation en ESAT. A raison, elle indique que ces personnes n'ont pas droit à la rémunération garantie et ce, pour une raison simple : elles ne sont pas des usagers de l'établissement.

Par ailleurs, l'article R. 243-4 du CASF prévoit, pour le travailleur handicapé en ESAT qui fait l'objet d'une mesure conservatoire de suspension, le droit au maintien de la rémunération

---

[22] Lorsque la part financée directement par l'établissement se situe entre 5 % et 20 % du SMIC, l'aide au poste est de 50 % ; au-delà, le montant de l'aide au poste subit une décote de 0,5 % pour chaque point de hausse de la rémunération directe (articles R. 243-5 et R. 243-6 du CASF).

[23] Article R. 243-6 du CASF

[24] Article R. 243-6 *in fine* du CASF

[25] Cass., Civ. 2, 12 mai 2005, Association Clair Soleil & MAIF, n° 03-17994 ; *Bull. Civ*. 2005, II, n° 121 ; *JCP A* 2006, n° 1201, note O. POINSOT ; Cass., Civ. 2, 24 mai 2006, Association ADIJ & MAIF, n° 04-17495.

[26] Point 2.4

garantie.[27] Pour mémoire, le directeur ou la directrice peut prononcer cette mesure, pour une durée initiale d'un mois maximum, au cas où le comportement d'un travailleur handicapé met gravement en danger sa santé ou sa sécurité, la santé ou la sécurité des autres travailleurs handicapés ou des personnels de l'ESAT ou porte gravement atteinte aux biens de l'ESAT.

Enfin, le nouveau régime prévoit un mécanisme de protection du pouvoir d'achat des travailleurs handicapés en ESAT qui se concrétise par la réalisation d'abattements sur le montant des ressources personnelles prises en compte pour l'attribution de l'allocation adulte handicapé (AAH).[28]

2. La durée de l'activité rétribuée

Le versement d'une rémunération sur la base d'un temps plein suscite immédiatement une interrogation sur la définition de la durée du travail. A cet égard, la présomption de temps plein correspond à une durée légale de 35 heures hebdomadaire,[29] de sorte qu'une proratisation de la rémunération est effectuée si la durée du travail est inférieure à cette durée légale.[30]

Deux précisions doivent être apportées s'agissant de l'organisation du travail. D'une part, l'échelle hebdomadaire de décompte retenue par la réglementation exclut le recours à des organisations du travail procédant par lissage sur le mois ou l'année et ce, alors que certaines activités des ESAT sont pourtant notoirement soumises à un cycle saisonnier (ex. : activités d'entretien des espaces verts). D'autre part, en l'absence de prévisions règlementaires à cet effet, le régime de l'emploi des travailleurs handicapés en ESAT ne permet pas de pratiquer des dépassements de la durée légale ni le versement, en contrepartie de tels dépassements, d'une rémunération majorée comparable aux heures supplémentaires. L'article R. 344-8 du CASF incite à l'intransigeance, même si la circulaire du 1er août 208 semble envisager une possibilité de mesure de la durée du travail au mois[31] : le droit du travail ne s'applique aux ESAT qu'en matière d'hygiène et de sécurité au travail et de médecin du travail.

En toutes hypothèses, il importe de veiller à ce que la définition de la durée du travail soit expressément indiquée dans le règlement de fonctionnement de l'ESAT, à peine de risquer la réalisation de retenues sur le versement de l'aide au poste.[32]

3. La nature de l'activité rétribuée

---

[27] Point 2.5 de la circulaire du 1er août 2008

[28] Article D. 821-10 du Code de la sécurité sociale ; circulaire du 1er août 2008, point 2.2

[29] Article R. 243-5 du CASF renvoyant à l'article L. 3121-10 du Code du travail (ex article L. 212-1 du Code du travail).

[30] Article R. 243-5 du CASF

[31] Point 2.1 de la circulaire, p. 4

[32] Article R. 243-5 du CASF ; note d'information de la DGAS destinée aux responsables des associations gestionnaires et aux directeurs d'ESAT du 11 avril 2008 accompagnant la notice d'utilisation du bordereau mensuel de compensation par l'Etat

Immédiatement après se pose la question de la nature des activités entrant dans le décompte du temps de travail. La lecture de la réglementation comme celle du point 2.1 de la circulaire du 1er août 2008[33] conduit à reconnaître qu'entre dans ce décompte non seulement le temps passé par les travailleurs handicapés à la réalisation de l'activité professionnelle proprement dite mais également celui au cours duquel ils ont bénéficié d'activités de soutien en relation avec cette activité professionnelle. Pour reprendre la terminologie de l'ancienne circulaire n° 60 AS du 8 décembre 1978 relative aux centres d'aide par le travail – aujourd'hui disparue – sont pris en compte pour la détermination de la durée de travail au sens de l'article R. 243-5 du CASF l'activité professionnelle et le temps consacré aux activités antérieurement dites « de soutien de type I ».

4. Des autorisations d'absence assimilables au régime salarial des congés

Les travailleurs handicapés en ESAT bénéficient d'un régime de congés[34] qui, s'il est présenté sous la forme d'un catalogue de cas dans lesquels des autorisations d'absence sont données avec le bénéfice d'un maintien de la rétribution, présente des similitudes très fortes avec le dispositif légal et conventionnel des congés et autorisations d'absence applicable aux salariés. Il n'a échappé à personne que la réglementation sociale et médico-sociale renvoie, pour la définition des cas visés, aux dispositions du Code du travail.[35] Quant aux situations prises en compte, ce sont « des classiques » de la gestion des ressources humaines : congé annuel,[36] absences exceptionnelles pour évènements familiaux,[37] congé de présence parentale,[38] autorisation d'absence pour la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement,[39] congé de paternité,[40] congé de maternité, [41]congé d'adoption,[42] autorisation

[33] *« Pour les travailleurs handicapés accueillis en ESAT, cette durée vise à la fois les activités à caractère professionnel et les activités de soutien qui conditionnent leur exercice. A contrario, cette durée ne vise pas les autres activités de soutien qui peuvent être proposées à ces mêmes travailleurs handicapés. / Cette distinction entre les activités de soutien qui conditionnent l'exercice de l'activité à caractère professionnel (et qui sont rémunérées au même titre et dans les mêmes conditions que l'activité de production elle-même) et les autres activités de soutien (qui ne donnent pas lieu au versement de la rémunération garantie) est prévue par les nouvelles dispositions du CASF issues du décret en Conseil d'Etat du 16 juin 2006 et se substitue à la distinction antérieure entre les activités de soutien de premier type et les activités de soutien de second type telle qu'elle était prévue par la circulaire 60 AS du 8 décembre 1978 relative aux centres d'aide par le travail. »*

[34] Pour un commentaire de ce dispositif : circulaire du 1er août 2008, point 2.3

[35] Les articles L. 344-2-2, R. 243-11 à R. 243-13 du CASF renvoient à plusieurs articles du Code du travail qui, d'ailleurs, sont erronés au regard de la nouvelle numérotation du Code du travail.

[36] Article R. 243-11 du CASF : acquisition de droits à hauteur de 2,5 jours par mois, jouissance du droit de manière fractionnée ou non, possibilité d'ajouter jusqu'à 3 jours mobiles en sus.

[37] Article R. 243-12 du CASF : 4 jours pour le mariage, 3 jours par naissance ou adoption, 2 jours pour le décès d'un proche parent, 1 jour pour le mariage d'un enfant, 1 jour pour le décès d'un ascendant ou d'un collatéral.

[38] Article L. 344-2-3 du CASF

[39] Article R. 243-13 du CASF

[40] Même article

[41] Même article

[42] Même article

d'absence en cas de décès du conjoint suite à un accouchement,[43] congé parental d'éducation, [44] congé de solidarité familiale.[45]

Au-delà du symbole fort donné par ce recours à des références aux dispositions du Code du travail, il faut constater que la démarche entreprise avec les articles R. 243-7 et R. 243-13 du CASF, telle qu'elle est décrite dans la circulaire du 1er août 2008,[46] va au-delà de la simple analogie. En effet, elle fait naître un cumul entre la rémunération garantie des travailleurs handicapés et la perception d'indemnités de sécurité sociale ou de prestations familiales :

- s'agissant du congé de présence parentale, la rémunération garantie est cumulée avec l'allocation journalière de présence parentale (AJPP) versée par la Caisse d'allocations familiales (CAF), alors qu'en droit du travail le salarié ne perçoit plus que cette allocation. Il faut par ailleurs préciser qu'en vertu du 8° de l'article L. 544-9 du Code de la sécurité sociale, l'AJPP n'est pas cumulable avec l'allocation aux adultes handicapés (AAH) ;

- s'agissant du congé de paternité, la rémunération garantie est cumulée avec l'indemnité journalière de repos (IJR) servie par la sécurité sociale au titre du congé paternité, alors même que l'article L. 331-8 du Code de la sécurité sociale dispose que cette indemnité ne peu être servie que *« sous réserve de cesser toute activité salariée ou assimilée »* ;

- s'agissant du congé de maternité, la rémunération garantie est cumulée avec l'IJR servie par la sécurité sociale au titre du congé maternité, alors que l'article L. 331-3 du Code de la sécurité sociale dispose que cette indemnité ne peut être service qu' *« à condition de cesser tout travail salarié durant la période d'indemnisation »* ;

- s'agissant du congé d'adoption, la rémunération garantie est maintenue alors qu'en droit du travail, ce congé résulte pour le salarié une autorisation exceptionnelle d'absence non rémunérée ;
- s'agissant de l'autorisation d'absence pour le père en cas de décès de la mère suite à un accouchement, la rémunération garantie est maintenue alors qu'en droit du travail, ce congé résulte pour le salarié une autorisation exceptionnelle d'absence non rémunérée ;

- s'agissant du congé parental d'éducation ou réduction de la durée de travail à l'expiration du congé de maternité ou d'adoption, la rémunération garantie se cumule avec le complément de libre choix d'activité (CLCA) alors qu'aux termes de l'article L. 531-4 du Code de la sécurité sociale, cette allocation est réservée *« à la personne qui choisit de ne plus exercer d'activité professionnelle »* (taux plein) ou *« à la personne qui exerce une activité ou poursuit une formation professionnelle rémunérée, à temps partiel »* (taux partiel) ;

- s'agissant du congé de solidarité familiale, la rémunération garantie est maintenue alors qu'aux termes de l'article L. 3142-18 du Code du travail, le salarié qui bénéficie de ce

[43] Même article

[44] Même article

[45] Même article

[46] Points 2.3.2. et 2.3.3

congé ne perçoit plus aucun salaire : il *« ne peut exercer aucune autre activité professionnelle ».*

5. Des congés pour maladie

Les travailleurs handicapés en ESAT bénéficient du droit au maintien de la rémunération garantie à compter du troisième jour de maladie et ce, jusqu'au 1 095ème jour.[47] L'établissement est subrogé dans le droit à indemnité journalière de sécurité sociale (IJSS) du travailleur handicapé malade, sous réserve de se signaler à la caisse de sécurité sociale compétente.

6. Un droit à la formation professionnelle continue

Le décret n° 2009-565 du 20 mai 2009 a inséré, aux articles D. 243-14 et suivants du CASF, un régime de droit à la formation professionnelle au bénéfice des travailleurs handicapés en ESAT. Ce régime dont la définition a été amorcée par le nouvel article R. 243-9 du CASF – complété par un arrêté du 6 juillet 2007 – traduit en modalités pratiques le principe institué par l'article 39 de la loi du 11 février 2005 et codifié à l'article L. 344-2-1 du CASF.[48]

Les travailleurs handicapés ont droit à un congé formation pendant lequel ils ont droit maintien de la rémunération garantie.[49] L'exercice de ce droit les conduit à bénéficier d'actions de formation financées par l'organisme paritaire collecteur agréé (OPCA) à partir des cotisations versées par l'ESAT et de la contribution – égale au double de celle de l'établissement – payée par l'Etat. L'assiette des cotisations retenue pour le calcul de la contribution au financement de l'OPCA est celle de la part de la rémunération garantie qui est payée directement par l'ESAT.

A ce droit à congé formation s'ajoute une démarche de reconnaissance des savoir-faire et des compétences des travailleurs handicapés que les ESAT peuvent décider d'animer au titre d'un *« soutien de la validation des acquis de l'expérience »*.[50] Ils ont par ailleurs l'obligation de favoriser l'accès des travailleurs handicapés à la démarche de reconnaissance des savoir-faire et des compétences et à la validation des acquis de l'expérience par des actions de soutien, d'accompagnement et de formation. Enfin, ils peuvent faire évoluer leurs modes d'organisation et leurs pratiques professionnelles afin de contribuer à la réalisation des objectifs de formation professionnelle continue des travailleurs handicapés. Ces actions supposent une formation du personnel d'encadrement mais elles peuvent aussi être conduites par l'intervention d'organismes extérieurs.[51] La démarche de reconnaissance des savoir-faire et des compétences vise à *« permettre aux travailleurs handicapés accueillis en établissement*

[47] Article R. 243-7, alinéa 2 du CASF

[48] « Les établissements et services d'aide par le travail mettent en œuvre ou favorisent l'accès à des actions d'entretien des connaissances, de maintien des acquis scolaires et de formation professionnelle, ainsi que des actions éducatives d'accès à l'autonomie et d'implication dans la vie sociale, au bénéfice des personnes handicapées qu'ils accueillent, dans des conditions fixées par décret. / Les modalités de validation des acquis de l'expérience de ces personnes sont fixées par décret. »

[49] Article D. 243-13 du CASF

[50] Article D. 243-15 du CASF

[51] Articles D. 243-15 à D. 243-17 du CASF

ou service d'aide par le travail d'obtenir tout ou partie d'un diplôme, d'un titre à finalité professionnelle ou d'un certificat de qualification professionnelle, enregistrés dans le répertoire national des certifications professionnelles, dès lors qu'ils peuvent se prévaloir d'une expérience à caractère professionnel d'au moins trois ans en lien avec la certification visée ».[52] Elle doit conduire à une validation des acquis de l'expérience au bénéfice des travailleurs handicapés en ESAT.[53] Les charges exposées par l'ESAT pour la mise en œuvre de cette démarche s'imputent au budget principal d'action sociale.[54]

7. Une possible garantie de prévoyance

Les ESAT ont la possibilité de conclure, au bénéfice des travailleurs handicapés en ESAT, une garantie de prévoyance.[55]

En conclusion, il faut d'abord constater au plan théorique que la philosophie qui préside à la définition des réponses aux besoins des travailleurs handicapés passe par une sorte de retour au droit commun, à rebours de ce à quoi pourrait conduire une reconnaissance trop marquée de la spécificité des ESAT. Le statut même de travailleur handicapé, dans sa généralité, témoigne bien de ce que le salut doit venir d'un accès aussi efficace que possible au secteur du travail ordinaire ; l'intention est noble mais, comme dans d'autres domaines du droit des institutions, elle pourrait tenir pour partie de la fiction ... L'examen du régime d'emploi des travailleurs handicapés en ESAT souligne l'importance de l'analogie faite au monde du travail salarié, bien que cette démarche d'analogie n'ait été que partiellement menée. A cet égard, les travaux conduits par Laurent VISIER, maître de conférences au département des sciences humaines de la Faculté de médecine de MONTPELLIER, dans l'étude « Les relations de travail en milieu protégé » qu'il avait conduite en 1998 pour l'Organisation internationale du travail (OIT) permettent de prendre conscience de ce que le système français est un système mixte ou duel, qui oscille entre les *extrema* du modèle thérapeutique et du modèle salarial. Mais notre système paraît insatisfaisant au regard des principes énoncés par la Convention de l'OIT n° 159 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées de 1983[56] et la Recommandation de l'OIT n° 168 sur la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées de 1983. Ces textes fixent en effet pour objectif aux Etats signataires d'assurer l'égalité de traitement des travailleurs handicapés avec les autres travailleurs. Or force est de constater que la situation actuelle n'assure pas une telle égalité de traitement.

Et au plan pratique, beaucoup des dispositions nouvelles pèchent par défaut de précision, notamment s'agissant de la durée du travail ; sans doute reviendra-t-il à la jurisprudence d'interpréter ces dispositions et, dans cette perspective, il faut s'attendre à ce que le juge raisonne par analogie avec les prévisions du Code du travail. D'autres prescriptions du dispositif nouveau suscitent des interrogations sur leur effective mise en œuvre et leur

[52] Article D. 243-22 du CASF

[53] Article R. 243-23 à R. 243-27 du CASF

[54] Article D. 243-29 du CASF

[55] Articles R. 243-9 du CASF ; point 3.3 de la circulaire du 1er août 2008

[56] ratifiée par la France le 16 mars 1989

efficace concrète, tel le droit à la formation continue en tant qu'il doit aboutir à des reconnaissances de compétence.

A terme, la différence de traitement avec les salariés devrait tendre à diminuer et l'objectif fixé par l'OIT serait en passe d'être atteint; mais le particularisme du travail français « à la française » s'en trouverait alors diminué d'autant. Gageons que cette évolution intègrera de manière satisfaisante les enjeux primordiaux de la reconnaissance des activités, de la décence des revenus, de la sécurité, de l'autonomie de décision et de la dignité sociale des personnes handicapés.[57]

[57] G. ZRIBI, « L'avenir du travail protégé : les ESAT dans le dispositif d'emploi », éd. EHESP, p.109