
Le statut des « travailleurs handicapés » dans le système français de travail protégé : droit protecteur ou sous-salariat protégé ?

Didier BENOIT,

Docteur en droit, enseignant à l'Institut Régional du Travail Social de Lorraine (France),
Responsable de la formation des Directeurs d'établissements sociaux et médico-sociaux.

Résumé :

Les Etablissements et Services d'Aide par le Travail (ESAT) offrent en France des services et des prestations variées, le plus souvent en sous-traitance. Le statut des personnes qui y travaillent, est paradoxal. Alors qu'elles exercent de réelles missions de production, elles ne sont pas considérées comme des salariés mais comme des usagers du service social. Cette mobilisation de la ressource productive handicapée n'organise-t-elle pas une forme de sous-traitance à bas prix dans le champ économique ? Au nom du droit des usagers et du partage solidaire du travail, ne refuse-t-on pas simplement des droits « normaux » à une partie des travailleurs ? Cet article, en s'appuyant sur les disciplines juridiques et sociologiques, propose de problématiser cette question à partir d'une récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne.

Mots-clés : Handicap ; Statut et catégorie sociale et juridique ; Travail ; Emploi ; Europe

Abstract:

In France, the establishments and departments of work assistance (ESAT in French acronyms) offer various services that are usually outsourced. The status of the people working there is paradoxical. Although they perform real tasks of production, they are not considered employees; rather, they are considered users of the social service. This mobilization of the "productive resource of disability" seems to promote a form of cheap outsourcing in the economic field. This raises the question of whether 'normal' rights are actually being refused to some of the workers of this country in the name of users' rights and work sharing. At the crossroads between the legal and sociological disciplines, this article tackles this question, drawing on a recent decision of the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Handicap; Social and Legal Statute; Work; Employment; Europe

1. Introduction

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 s'impose néanmoins pas à tous. Depuis le milieu des années 70, la France s'est dotée d'un dispositif de «travail protégé» en faveur des personnes en situations de handicap, incarné par les établissements et services d'aide par le travail (ESAT). Les ESAT sont des établissements médico-sociaux ayant pour objectif l'insertion sociale et professionnelle des adultes handicapés. Ils sont à ce titre des opérateurs économiques réalisant des activités diverses de production et de services. Cependant, les travailleurs handicapés qui y exercent, ne sont pas soumis au droit du travail. En effet, le travail qu'ils réalisent, relevant de critères de production et de rentabilité, un ESAT tirant environ la moitié de son budget des revenus de vente de biens et de services, est

considéré comme faisant partie d'un dispositif d'accompagnement social, et non comme une activité salariale. Pareillement, la réalité du travail effectué par cette main-d'œuvre interroge la nature des prestations réalisées. Celles-ci sont d'évidence de nature économique et productive. Elles s'inscrivent dans une logique commerciale, régulée par le marché. L'activité d'un ESAT est ainsi subordonnée à sa capacité productive reposant sur le potentiel de rentabilité de sa main d'œuvre. Cette mobilisation non salariale de la force de travail d'une partie de la population en situation de handicap, fut elle considérée comme une aide sociale, ne manque pas d'interroger.

Cette interrogation a trouvé récemment une expression contentieuse¹. Un usager d'un ESAT 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 de l'Union européenne. En l'état du droit applicable à l'espèce, aucune disposition ne prévoyait l'ouverture de droit à congés payés. Sa demande est rejetée en 1^{ère} 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 (CJUE) de la question préjudicielle² suivante : un usager travaillant en ESAT est-il en fait un travailleur au sens du droit communautaire ? En réponse, par un arrêt en date du 26 mars 2015³, la CJUE décide que la notion de 'travailleur', au sens de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprétée en ce sens qu'elle peut englober une personne admise dans un centre d'aide par le travail, tel que celui en cause au principal ». Cette réponse positive interroge la vision traditionnelle du travail social basé sur une logique de protection jugée nécessaire par le caractère vulnérable de l'usager. Le travail social est aujourd'hui en tension. Cette tension naît de l'influence de l'Union européenne et de son orientation libérale. Celle-ci s'est construite à partir de la logique de marché commun⁴ comme moyen d'atteindre des objectifs économiques et sociaux, régulièrement étoffés par la Commission européenne et la CJUE qui, chacune, veille à ce que les produits comme les services⁵ soient applicables à l'ensemble de l'Europe sans distorsion de concurrence. Cette logique d'extension de la notion de marché suppose que tout individu est un être pensant et autonome, libre de ses choix. Cette autonomie rend l'individu pleinement responsable et ne devant faire l'objet d'aucune discrimination. 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 CJUE.

Après un examen au fond des dispositions du droit communautaire et du droit français, nous nous interrogerons sur ce qui fonde 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 du droit des usagers. De même, nous interrogeons également la philosophie des politiques sociales européennes, autant que leur application. Enfin, nous proposerons des pistes de 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 ?

2. L'examen au fond des dispositions du droit communautaire et du droit français

Selon les dispositions de l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), 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. Selon les articles R243-1 et 3, il s'agit des personnes dont la capacité de travail est inférieure à 1/3 de celle d'un travailleur non handicapé et les personnes dont la capacité est supérieure ou égale à 1/3 mais qui ont besoin d'un soutien médical, éducatif, social ou psychologique qui ne peut être satisfait sur le marché du travail.

Pour la loi du 2 janvier 2002, l'ESAT entre dans la catégorie des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS). A ce titre, la personne placée en ESAT a un statut d'usager d'établissement médico-social et non de salarié. L'usager bénéficie des droits reconnus aux usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux et des droits spécifiques à sa situation de travail (rémunération, droit à congé, droit à la formation et à la validation des acquis de l'expérience, mise à disposition d'une entreprise, embauche en milieu ordinaire). Les personnes handicapées placées en ESAT, 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. L'usager signe un contrat de soutien et d'aide par le travail⁶. Ce contrat est une forme adaptée du contrat de séjour obligatoire dans tous les établissements et services du secteur social et médico-social. L'usager ne relève pas du code du travail sauf pour les règles d'hygiène, de sécurité et de médecine du travail⁷. Le droit à congés a été reconnu par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Après un mois de présence dans la structure, la personne handicapée a droit à un congé annuel. La durée est calculée à raison de 2,5 jours ouvrables par mois d'accueil en ESAT. La durée totale de ce congé est de 30 jours ouvrables et peut être fractionnée, 3 jours mobiles pouvant être accordés en plus par l'ESAT. La personne travaillant en ESAT perçoit une rémunération selon sa productivité d'un montant compris entre 55% et

110% du salaire minimum interprofessionnel garanti. La CJUE relève que la rémunération servie au travailleur handicapé, quoique notablement inférieure au minimum légal ou conventionnel bénéficiant aux salariés de droit commun, constitue bien la rétribution d'un travail fourni. La faible rentabilité de cette activité à caractère professionnel demeure sans incidence sur cette qualification juridique de rétribution (arrêt du 26 mars 2015, point 33). La CJUE rappelle ainsi sa jurisprudence constante selon laquelle ni la productivité plus ou moins élevée de l'intéressé, ni l'origine des ressources pour la rémunération, ni encore le niveau limité de cette dernière ne peuvent avoir de conséquences quelconques sur la qualité de travailleur au sens du droit de l'Union (point 34).

Cet ensemble de dispositions juridiques déroge au droit commun. Ainsi, sous une justification de protection et de prise en compte de réalités de manques ou d'incapacités voire d'impossibilités qui définissent le handicap, la personne travaillant en ESAT est placée sous un régime juridique dérogatoire au droit commun, régime qui se veut avant tout protecteur. Cette personne est de fait considérée comme un simple usager du secteur social et médico-social et bénéficie, à ce titre, d'une protection de droit liée à la mise en œuvre du droit des usagers, énoncé par la loi du 2 janvier 2002. Comme l'a bien démontré Michel Husson, 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 (Husson, 2006). Il en est de même en justifiant d'un droit dérogatoire pour mieux protéger. Mais, qu'est-ce que vouloir protéger ? La protection procède d'une relation asymétrique, bornée par le pouvoir du protecteur et de ses « bienfaits ». Ce déséquilibre place le protégé dans une logique de dépendance et ne lui confère qu'une citoyenneté relative, dépendant de la défense, voire de son exercice par un tiers. La protection 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 ? Cela ne renforce-t-il pas la relation de dépendance liée à sa prise en charge ?

Le droit communautaire procède selon d'autres raisonnements. Son souci n'est pas de juger de la diversité des modèles, mais d'énoncer des standards pouvant s'incorporer dans chaque modèle. L'ensemble des textes communautaires nécessaire à la compréhension du terme de « travailleur » conduit à la conception communautaire des 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 ». Dans l'arrêt du 26 mars 2015, le positionnement clair de la CJUE, fidèle à sa jurisprudence, s'inscrit dans sa lutte contre les discriminations et l'égalité de traitement pour les personnes travaillant en milieu protégé. Comme le rappelle 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. » (Barbier et Colomb,

2012 : 33).

Selon la jurisprudence de la CJUE, 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, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La Cour européenne voit dans l'activité professionnelle du travailleur handicapé d'ESAT une véritable réalité et effectivité économique qui interdit de soutenir qu'elle aurait un caractère marginal et accessoire (même arrêt, points 35 à 40). 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. Ainsi, la caractéristique de la relation de travail est, selon la Cour, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération⁸.

En résumé, la CJUE 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. Pour reconnaître le statut de travailleur, la Cour européenne ne base pas son raisonnement sur le handicap réel du sujet travaillant mais sur la volonté de « l'intégrer », de ne pas le « discriminer », de « l'inclure » pour reprendre une terminologie contemporaine (Weber, 2004).

L'examen du droit positif français et du droit communautaire nous interroge sur le sens comme sur les objectifs que l'on veut bien donner 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 justifierait un régime particulier de protection de personnes jugées vulnérables par un régime juridique dérogatoire. Ce 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, l'instauration d'un marché commun et le développement d'axes corollaires concernant la cohésion économique et sociale, l'égalité entre hommes et femmes, la protection environnementale et sociale. Ce marché implique une libre circulation des personnes – considérées comme travailleurs ou travailleurs en puissance – et une libre concurrence. Or, pour faciliter celles-ci, il est nécessaire d'unifier les régimes juridiques des Etats membres, ce que ne manque pas de faire la CJUE.

3. Les conséquences de la reconnaissance par la CJUE du statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT : les évolutions possibles des 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 devront être présents : procédure de recrutement, convention collective (rémunération, congés, etc...), contrat de travail, rémunération selon une grille indiciaire, modalités de gestion du personnel, évaluation (entretien annuel, etc...), expression et représentation des salariés (instances représentatives du personnel, comité d'entreprise, syndicat), droit disciplinaire, licenciement, rupture conventionnelle, démission, recours devant les juridictions compétentes etc... Cette évolution du statut est d'autant plus opportune que les ESAT sont déjà inscrits dans une logique d'entreprise, satisfaisant aux conditions de marchés. Certains n'hésitent pas à embaucher des commerciaux pour pérenniser l'activité économique. Mais, en aucun cas, la reconnaissance de ce statut ne remet en cause les missions des ESAT qui sont de proposer une activité à caractère professionnel, d'offrir un soutien à caractère social et éducatif et de favoriser un épanouissement personnel et une intégration sociale. Il s'agit simplement de donner une autre reconnaissance aux personnes travaillant en ESAT, par un statut valorisé et valorisant, conférant de réels droits de protection en conformité avec une activité de travail que ces personnes effectuent. Bien qu'impliquant des règles nouvelles de gestion des personnels, instituant de nouveaux rapports au sein des unités de production, cette reconnaissance doit conduire les ESAT à s'interroger sur leur devenir statutaire et envisager des adaptations nouvelles. Il est vrai que l'appartenance des ESAT au milieu protégé se trouve justifiée par la qualité des publics accueillis. Sauf que le contexte actuel de restructuration du secteur social et médico-social et la diminution de ses moyens d'intervention, amènent les ESAT à prendre en charge des publics relevant jusqu'alors d'autres dispositifs. Même si les travailleurs présentant un handicap intellectuel prédominant (66%)⁹, la part relevant de handicaps psychiques (19%)¹⁰, de personnes handicapées vieillissantes¹¹, mais aussi de jeunes handicapés issus d'une scolarisation en milieu ordinaire ne cesse de croître. La nouvelle catégorisation de ces publics doit engager les professionnels, comme les institutionnels, à de nouvelles réflexions sur les notions de reconnaissance, de droits, de statut.

La reconnaissance du statut de travailleur peut interroger les ESAT sur leur devenir statutaire. Ils pourraient, par exemple, adopter un double statut d'établissements sociaux et médico-sociaux d'accompagnement et d'intégration sociale, et d'entreprise adaptée (EA)¹² pour les activités à caractère professionnel. Le public pourrait être sous deux statuts : celui de travailleur pour l'activité de production ou de service, et celui d'utilisateur pour les prestations d'accompagnement social. Selon leur transformation juridique, les ESAT pourraient s'inscrire dans le champ de l'économie sociale et solidaire (société coopérative et participative, association employeur etc...), assumant ainsi leur véritable dimension économique. Le coût du travail serait transformé. La question serait de savoir s'ils pourraient dans le même temps garder les prestations d'accompagnement social, le coût d'une équipe sociale devant être

intégrée dans le prix du marché. Il y aura forcément une originalité de l'ESAT à préserver, relative à son rôle d'intégration sociale et professionnelle des personnes lourdement handicapées, au prix d'une organisation et d'un fonctionnement profondément remaniés. Mais, quelle différence alors avec le milieu ordinaire ? Qu'est-ce qui justifierait alors la classification milieu ordinaire, milieu protégé ?¹³ Quel que soit le statut retenu, toutes ces structures relèvent d'une activité commerciale pour un travail productif, assuré par un public dont les frontières sont devenues étanches et qui, pour partie, pourrait travailler tant en ESAT qu'en EA, et pour les plus adaptés être intégrés dans le milieu ordinaire.

Mais, le risque d'une véritable révolution du fonctionnement actuel des ESAT n'est pas à craindre. La décision de la Cour ne constitue pas une révolution. Elle oblige aujourd'hui les ESAT à devoir s'adapter. Quant au risque de voir ces derniers s'engager essentiellement sur un versant professionnel au détriment de l'accompagnement social, ce risque est déjà présent et depuis longtemps. En tout cas, ce risque fait-il l'objet d'attention de différentes législations. La loi du 11 février 2005 est venue rappeler l'obligation pour les ESAT de satisfaire à un suivi social pour les usagers, comme si celui-ci se trouvait négligé. D'un autre côté, afin de répondre aux injonctions au suivi social et à la qualification de travailleur le risque de voir les ESAT privilégier l'embauche de personnes handicapées en mesure de satisfaire à des critères de rentabilité au travail est réel. Par ailleurs, d'autres analystes (Colomina, 2010) ont noté une forte propension des ESAT, sans qu'il faille généraliser, à sous-investir leur politique d'insertion en milieu ordinaire pour un public pouvant en bénéficier. Les freins suivants peuvent être identifiés : des freins liés aux impératifs de production, à la crainte de perdre les meilleurs éléments, l'attachement des travailleurs ou de leurs familles à l'institution, des freins liés aux modalités pratiques du droit au retour (possible dépassement de l'agrément de l'ESAT avec un sureffectif sans aide au poste), des freins liés au maintien du lien social après la sortie de l'ESAT. Reste à savoir, si la logique entreprises-travailleurs ordinaires est confirmée, comment l'accompagnement social et les actions d'insertion dans le milieu ordinaire peuvent être financés ? Doivent-ils devenir, eux aussi, des activités rentables et s'autofinancer ? Le coût d'une équipe sociale pourrait-il être intégré dans le prix du marché, au risque de limiter la « capacité concurrentielle » de l'institution ?

Dans tous les cas, si l'on suit le droit européen, il est essentiel que la prise en charge de l'individu s'inscrive dans le cadre d'un projet individualisé favorisant, par des mesures additionnelles, l'inclusion des personnes handicapées, conformément au considérant 26 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Il faut être conscient que l'ensemble des politiques européennes sont mues par un objectif général d'insertion des personnes handicapées en milieu ordinaire. Il relève d'une logique affirmée traduite par le concept d'inclusion, visant à réduire de façon notable l'application du concept d'invalidité et ses variables. Dans cette logique, ces publics devraient à terme pouvoir s'insérer sur le marché du travail comme tout travailleur. Mais, cet objectif général se heurte au public majoritaire des ESAT, un public trop lourdement handicapé. D'où, la question des possibilités du maintien des

ESAT dans le respect du droit communautaire.

4. La portée relative du droit des usagers

En quoi les ESAT sont garants du respect du droit des usagers¹⁴ ? 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 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 ?

Ces questions renvoient à la conception de ces droits tels qu'énoncée dans la loi du 2 janvier 2002. L'utilisateur protégé doit obtenir une aide appropriée à ses besoins et doit 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 garantit, dans son article L 311-3 du CASF, l'exercice des droits et libertés individuels à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux (dignité, intimité, vie privée, intégrité, sécurité, accompagnement individualisé, libre consentement, etc...). 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.

Tels qu'édictés, ces droits, énoncés sous forme de principes, méritent d'être précisés. Ainsi, les professionnels du travail social, en fonction des réalités et contraintes opérées dans leurs propres institutions et services doivent 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. Il est facilement repérable que cette 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 un cadre trop intime de l'institution sans courir le risque d'une conception formelle.

Au-delà du contenu de ces droits relevant d'une certaine insécurité juridique, se pose 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 médiateur¹⁵. 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 utilisateurs reste un droit intrinsèque à l'institution, ce qui amplifie son caractère discrétionnaire. Ce droit et son application reposent avant tout sur une évolution des cultures professionnelles et sur le rapport au droit des différents acteurs.

Comme déjà énoncé, le droit des utilisateurs, exercé dans un cadre contraint, est un droit dérogatoire au droit commun, son contenu pouvant en être différencié. 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 justifiant l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». L'équité du droit se trouve garantie par une indépendance entre les autorités d'édiction de la norme et celle du jugement. Il n'y a pas d'interaction entre le justiciable et l'autorité d'édiction et de jugement. Ce qui n'est pas le cas pour le droit des utilisateurs 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 utilisateurs 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 lors pertinente car elle démontre que tout utilisateur peut se référer au droit commun indépendamment d'un droit d'exception. N'est-ce pas là la véritable démonstration de la qualité de citoyen de l'utilisateur, qualité tant exprimée et revendiquée par la même loi du 2 janvier 2002 ? L'enjeu du droit reste son accès, ce qui conditionne sa pratique. Cet enjeu est d'autant plus important que les ESAT sont confrontés à une diversification toujours plus grande de leurs publics.

Même si le droit des utilisateurs constitue un progrès dans l'inscription du droit dans les pratiques professionnelles, il 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 la question de l'identification du besoin de l'utilisateur et de son traitement, où la confusion peut exister entre la demande et le besoin réel de ce dernier ?

Malgré ses effets positifs exercés dans le cadre des régulations institutionnelles et professionnelles, le droit des utilisateurs, de par son contenu et ses références n'est pas un droit adapté à la défense du travailleur. Ce n'est pas son objet. Viser la défense de l'autonomie de

l'usager, sa dignité, son intimité, la non discrimination, une prise en charge et un accompagnement adapté, un principe de libre choix, un consentement éclairé, un droit à la pratique religieuse participe à l'exercice de la citoyenneté de l'individu, mais ne lui assure en aucun cas une protection dans le cadre d'une relation de travail. Or, tout travailleur, dans notre société, bénéficie de protections particulières, spécifiées dans le code du travail. Pourquoi devoir justifier d'un autre régime pour des personnes qui effectuent une activité de production jugée « réelle et effective » par la Cour ? Suite à cette décision, comment la France pourra-t-elle maintenir un certain nombre de régimes dérogatoires, concernant des publics spécifiques ? Selon quelles justifications ? Pourquoi dès lors maintenir un tel régime pour les travailleurs en ESAT ? Notons qu'une question similaire pourrait être posée au sujet des personnes incarcérées qui effectuent un travail dans le cadre de l'exécution de leur peine. Celles-ci effectuent bien une activité de production, rémunérée, dans une relation de subordination. Les règles du droit du travail ne devraient-elles pas leur être reconnues, ainsi que l'établissement d'un véritable contrat de travail ? Rappelons d'ailleurs, qu'un prisonnier continue bien à jouir de ses droits civiques, sauf s'il en est privé par un jugement. De tels régimes entrent en tension avec la volonté des instances européennes, exprimée dans les textes, de lutter contre toute discrimination.

5. Un droit de l'usager ou un droit sur l'usager : entre protection et réelle citoyenneté

Le droit de l'usager 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. La tradition de protection repose sur une conception de l'action publique fondée sur des dispositifs liés à des publics cibles. L'affirmation de l'individu comme être responsable repose sur un fonctionnement institutionnel structuré à partir des droits accordés aux individus. 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'usager ? Le droit de l'usager repose sur les principes suivants : citoyenneté, individualisation de l'accompagnement, libre consentement, participation, liberté, responsabilisation et responsabilité. Il s'inscrit dans un courant d'évolution central qu'il est possible de relier à l'émergence et à l'affirmation permanente dans les législations contemporaines d'une conception de l'individu dont l'œuvre de Marcel Gauchet montre, entre autre, toute la profondeur historique (Gauchet, 2002).

L'expression droit sur l'usager peut surprendre et sous entendre une réification de l'usager. Bien entendu, il ne s'agit pas de consentir d'une quelconque manière à ce qui pourrait-être compris comme une chosification de ce dernier ou un rattachement à un quelconque droit réel. Néanmoins, parler de droit sur l'usager, c'est poser la question de savoir qui a la maîtrise de la pratique du droit ? Le droit sur l'usager consacre la relation asymétrique du professionnel sur celui-ci. L'usage du droit dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux

relève de rapports de pouvoir dans lesquels l'institution et les professionnels sont largement dominants. Tel quel, il suppose le maintien des logiques suivantes : institutionnalisation, pouvoir sur l'utilisateur, non consentement, dépendance, protection comme système dépossédant l'utilisateur de sa propre initiative. Il renvoie à la tradition de protection basée sur une catégorisation instituée de publics (handicapés, personnes âgées, mineurs, etc...). Il suppose la généralisation de concepts comme ceux de vulnérabilité, hors norme et dépendance, comme si être un usager du secteur social et médico-social voulait forcément dire être vulnérable, hors norme, dépendant, etc...

Les notions de droit de l'utilisateur et droit sur l'utilisateur posent la question de la reconnaissance du droit et de son exercice. Au cœur de notre système juridique, tout citoyen, quel qu'il soit a une pleine capacité juridique, sauf décision de justice contraire. La seule limite qui puisse être mise par l'institution à la pratique du droit est de veiller à ce que la personne ne se mette pas en danger. L'utilisateur doit dès lors toujours voir ses droits respectés, tout en étant aidé dans leur pratique. Cela n'empêche pas, dans le respect des droits, d'adapter leurs pratiques selon le degré de vulnérabilité de la personne, tout en veillant à son plein exercice. Il s'agit, par exemple, d'aider la personne handicapée à participer aux instances représentatives du personnel afin que celle-ci exerce pleinement son droit de représentation et exprime ce qu'elle a à dire. Nous avons là un espace d'expression de la force imaginante du droit traduisant la conviction, nourrie par l'analyse de la mutation historique en cours, que le droit a la capacité, véritablement créatrice, de surmonter les contradictions (Delmas-Marty, 2004). Inspiré des droits de l'homme, soumis et cantonné par les logiques gestionnaires qui inspirent le secteur social et médico-social, le droit des usagers énoncé en principe 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 boutoir de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Ainsi se dessinent des croisements d'intérêts (usagers, professionnels, institutions, tutelles etc...) dans un cadre gestionnaire contraint qui ne concourt pas forcément à un respect et à une effectivité clairement assumée du droit. Le droit de l'utilisateur 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 voire la négation d'autres acteurs. En conséquence, il invite à quitter la voie de l'universalisme pour s'orienter vers un recentrage sur l'individualité de la personne et de ses capacités.

6. Un engagement social de l'Europe en faveur des personnes handicapées

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. Dans ce cadre, l'Europe a mis en place un arsenal législatif et une stratégie sur l'égalité des chances. Le traité d'Amsterdam contient ainsi une clause de non discrimination en raison des handicaps. Dans son article 21, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit toute discrimination fondée sur le handicap. Elle reconnaît également le droit des personnes

handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et professionnelle et à la participation à la vie de la communauté. 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. La directive 2000/78/CE incite les Etats membres à promouvoir un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail des personnes handicapées. Suite au plan d'action intitulé « Egalités des chances pour les personnes handicapées » pour la période 2003/2010, la Commission européenne renouvelle son engagement par une stratégie conçue sur dix ans qui encourage l'égalité des chances pour les personnes handicapées, « la Stratégie handicap 2010/2020 ». La nouvelle stratégie européenne pour les personnes handicapées vise à améliorer leur inclusion sociale, leur bien-être et le plein exercice de leurs droits. L'emploi y est un objectif principal. « L'action européenne doit permettre d'accroître le nombre de travailleurs handicapés dans le marché traditionnel de l'emploi, notamment à travers l'élaboration de politiques actives de l'emploi et l'amélioration de l'accessibilité des lieux de travail. Une action est également nécessaire en collaboration avec les partenaires sociaux, pour favoriser la mobilité intra-professionnelle (y compris dans les ateliers protégés), encourager le travail indépendant et améliorer la qualité des emplois ». L'Europe condamne de fait tout obstacle à ce qu'elle nomme « l'inclusion sociale ».

Les politiques inclusives menées par l'Europe visent à faciliter une participation pleine et entière des personnes handicapées à la vie en société comme pour toute autre personne en milieu ordinaire. Ces politiques sont axées sur l'emploi, l'inclusion active et l'accessibilité. L'appui conceptuel repose sur les notions de dignité, non discrimination et d'égalité des chances. La stratégie européenne, définie pour la période 2010/2020, doit permettre d'identifier les obstacles à l'accessibilité dans le domaine de l'environnement bâti, des transports, de l'information, de la communication, en incluant les technologies et les services.

Elle doit permettre également d'assurer la pleine participation des personnes handicapées et de leurs familles à tous les aspects de la vie sociale et économique. Il s'agit d'assurer la promotion et la protection de la dignité des personnes handicapées et de lutter contre toute forme de discrimination pour garantir aux personnes handicapées la jouissance de leurs droits fondamentaux. La loi du 11 février 2005 est parfaitement illustrative des volontés européennes d'inclusion sociale en matière de vie sociale, d'emploi, de scolarisation, de formation, de transport, etc... Toute politique d'inclusion repose sur un principe d'accessibilité généralisé et un droit à compensation individuel et collectif. Elle oblige ainsi la société à prendre sa part de responsabilité dans la gestion du handicap. La normalisation du statut de travailleur participe également à une politique inclusive visant au respect de l'égalité entre les citoyens européens, la citoyenneté européenne ayant été reconnue par le Traité de Maastricht en 1992. L'égalité ne se décrète pas. Elle se construit, se revendique, s'inscrit dans des rapports de force forcément inégaux, au quotidien. L'égalité est ainsi un combat jamais gagné, jamais perdu.

Le domaine des politiques sociales européennes reste l'objet de vives tensions entre les tenants de la préservation des particularités nationales et ceux qui revendiquent la protection

sociale comme relevant de droits fondamentaux, catégorie de droits qui se distingue de la catégorie classique de la protection sociale ou des services sociaux (Roman, 2012). 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 (Poinsot, 2010).

7. 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 de l'individu et son autonomie et sur la conception de la liberté qui lui est laissée. Reconnaître le statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT n'implique pas nécessairement de passer sous silence les différences physiques et intellectuelles de ces personnes dans l'exercice de leur travail. Mais la reconnaissance du statut pourrait servir de levier au travail social et à la valorisation de ces personnes pour elles-mêmes et dans la société. Il s'agirait là d'un choix inclusif qui engage au renforcement de l'identité individuelle et à l'exigence de la reconnaissance à laquelle la personne handicapée est fortement exposée. Il constitue un élément parmi d'autres devant aider l'individu à s'appréhender lui-même, à la fois comme possédant une valeur propre et comme membre particulier de la société et de la communauté sociale dans laquelle il doit s'assumer comme citoyen. C'est la reconnaissance de soi dans la dynamique d'un groupe social, ce qu'Axel Honneth appelle la sphère de l'amour (Honneth, 2000). La reconnaissance de ce statut devrait aussi aider à positionner le travailleur en ESAT dans le contexte de l'échange social du travail organisé selon les principes normatifs du droit. A l'échelle de l'individu, la dimension juridico-politique de cette reconnaissance s'appuierait sur la notion d'« autonomie de la personne ».

Selon cette logique, c'est parce qu'un individu est reconnu comme sujet de droits et de devoirs qu'il pourrait comprendre ses actes comme une manifestation, respectée par tous, de sa propre autonomie. Dès lors, la reconnaissance juridique est indispensable à l'acquisition du respect de soi et de la reconnaissance par les autres. C'est ce qu'Axel Honneth appelle la sphère du respect légal, établie par le droit moderne (Honneth, *op.cit.*). Cette logique rend possible une autonomie de l'individu et sa reconnaissance, sans en être toutefois le garant. La sphère du respect légal est ainsi l'enjeu de conflits permanents pour savoir qui est inclus dans le système des droits égaux. Le droit est effectivement habité par cette dualité. Il naît de l'énoncé d'une norme, mais n'est effectif que par une pratique. Ainsi, l'effectivité pourrait prendre la forme, dans le cadre de l'acquisition du statut de travailleur, d'un accès pour les personnes handicapées aux organes de négociation collective de l'ESAT (comité d'entreprise, instances représentatives du personnel, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, syndicats, etc...). On mesure, à ces différentes pistes et conséquences, l'importance de la responsabilité que devront assumer les professionnels des ESAT quant au respect du droit et

de la place qui sera laissée aux travailleurs handicapés. Les personnels des ESAT ne doivent pas nécessairement craindre le positionnement du travailleur en ESAT comme une source de tensions possibles, mais comme l'émergence de nouveaux rapports souvent conflictuels mais peut-être plus respectueux des différents acteurs.

Il ne suffit pas de dire qu'il est bon d'être reconnu, il faut être aussi capable de dire en quoi il est juste d'être reconnu. Reconnaître le statut de travailleur aux personnes travaillant en ESAT, c'est leur donner des droits qu'elles n'ont pas. C'est poser un principe d'égalité avec d'autres catégories de travailleurs. On peut comprendre qu'une personne souffrant de handicap puisse faire l'objet de politiques de protection. Celles-ci ont leur utilité. Mais, en quels termes doivent-elles être pensées ? Protéger ne signifie pas déposséder. Protéger suppose-t-il, dès lors, consentir à des régimes particuliers qui excluent ces personnes du droit commun ? Faut-il, sous la même justification, consentir à un statut de citoyenneté affaibli ? N'y a-t-il pas une façon plus respectable de préserver un véritable statut de citoyen, comme pour tout travailleur effectuant un travail ? La protection peut cependant se penser non comme un facteur d'exclusion et de dépendance, mais se concevoir en termes d'accompagnement, de soutien, d'aide. Mais, en l'espèce, il s'agira de rester vigilant. En effet, la reconnaissance du statut de travailleur ne signifiera pas forcément que les ESAT laisseront une autonomie suffisante aux travailleurs pour l'exercice de leurs droits individuels et collectifs, surtout s'ils se réduisent à des « entreprises comme les autres ». Là réside la tension entre la logique d'assistance et la logique libérale, voire entrepreneuriale, européenne.

Les ESAT seront toujours un cadre de travail particulier et continueront, à ce titre, de participer au monde de la production. D'où leur reconnaissance comme de réels acteurs dans un champ d'échange avec le corps social. 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, au sens où l'entendait Serge Ebersold, à assimiler la personne handicapée et l'inemployable, procédant par une forme de naturalisation de l'inéligibilité du travailleur handicapé et à son désencastrement statutaire (Ebersold, 2001). La reconnaissance du statut de travailleur pourrait jouer pleinement pour les ESAT comme un facteur 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 – et négociée collectivement – selon les actes exercés. Ainsi, l'indépendance et la liberté de la personne handicapée, impliquant sa reconnaissance, engage à sortir d'un droit d'exception pour un retour à l'exercice commun des fondamentaux de la citoyenneté. La CJUE vient de consacrer ce principe.

Bibliographie

Barbier J.C. et Colomb F., 2012, « Protection sociale et droits sociaux entre menaces et opportunités : le droit européen comme dieu Janus », *Revue française des affaires sociales*, La Documentation française, pp. 16 - 41. [En ligne]: <http://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2012-1-page-16.htm>.

Colomina P., 2010, Valoriser les trajectoires des travailleurs handicapés d'ESAT, Sarrebruck, Editions Universitaires européennes.

Delmas-Marty M., 2004, *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*, tome 1, Paris, Seuil.

Ebersold S., 2001, *La naissance de l'inemployable ou l'insertion au risque de l'exclusion*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes.

Gauchet M., « Essai de psychologie contemporaine : le nouvel âge de la personnalité », *Le Débat* n°99, mars-avril 1998, Paris, Gallimard, pp. 164 – 181.

Gobry P., 2002, *L'enquête interdite. Handicapés : le scandale humain et financier*, Paris, coll. Documents, éditions du Cherche-Midi.

Honneth A., 2000, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf.

Husson M., 2006, *Travail flexible, salariés jetables. Fausses questions et vrais enjeux de la lutte contre le chômage*, Paris, La Découverte.

Poinsot O., 2010, « Travailler en ESAT après le 11 février 2005 », *Cahiers de l'Actif* n°404/405, pp.41-56.

Roman D., 2012, « La justiciabilité des droit sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, 1|2012, mis en ligne le 27 mars 2014. URL : <http://revdh.revues.org/635>

Weber P., 2004, « Travail social et handicap : de l'inclusion à la participation sociale », *Revue intégration, participation sociale et inclusion*, vol. 13, n°1-2, pp.10-20.

¹ Arrêt n° 1031 du 29 mai 2013 (11-22.376) – Cour de cassation – Chambre sociale – ECLI : FR : CCASS : 2013 : SO01031.

² Question posée par le juge national au juge européen de la CJUE, lorsque le droit communautaire pose des problèmes d'interprétation dans un pays de l'Union.

³ Arrêt de la CJUE, affaire C-316/13, 26 mars 2015, affaire Gérard Fenoll contre centre d'aide par le travail « La Jouvene » et association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon.

⁴ Article 49 du traité de Rome : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit ».

⁵ Directive 2006/123/CE (directive Bolkestein) relative aux services dans le marché intérieur.

⁶ 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.

- ⁷ 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.
- ⁸ 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.
- ⁹ Enquête DGAS-OPUS3, Appui des services de l'Etat à la modernisation et au développement des établissements et services d'aide par le travail dans leurs missions médico-sociale et économique, novembre 2009.
- ¹⁰ Ibidem.
- ¹¹ Selon l'enquête DGAS-OPUS3 et l'enquête ES 2006, 45% des usagers en ESAT ont aujourd'hui plus de 40 ans, et un usager sur 6 à plus de 50 ans.
- ¹² La loi 2005-102 du 11 février 2005 (art. 38) considère les Entreprises Adaptées (EA) -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 efficacité 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.
- ¹³ 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.
- ¹⁴ 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 Gobry (2002). L'ouvrage brocardait un système dont certains acteurs tiraient profit au détriment des usagers de ces structures.
- ¹⁵ 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.