

L'emploi des travailleurs handicapés à l'épreuve de la loi *Macron*

par Laurène JOLY,
Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

PLAN

- I. Le dispositif relatif à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés
- II. De nouvelles modalités d'acquittement partiel de l'obligation d'emploi
 - A. Les prestations fournies par des travailleurs indépendants handicapés
 - B. L'accueil de personnes handicapées pour des périodes de mise en situation en milieu professionnel
 - C. L'accueil en entreprise d'élèves handicapés de l'enseignement général

La loi du 11 février 2005 (1) a réaffirmé l'importance de l'emploi des personnes handicapées en maintenant un quota d'embauche obligatoire de 6 %, que ce soit dans le secteur privé ou public. Par la suite, le législateur n'a cessé d'œuvrer en faveur de l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés (2). En raison de son côté « fourre-tout », il n'est finalement guère surprenant de découvrir que la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi *Macron* (3), comporte trois mesures relatives au développement de l'emploi des personnes handicapées.

Afin d'apprécier l'ampleur des nouvelles possibilités offertes par cette loi aux employeurs pour se mettre en conformité avec leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés (II), il faut auparavant rappeler comment celle-ci est conçue (I).

I. Le dispositif relatif à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

Tous les employeurs du secteur privé et les établissements publics à caractère industriel et commercial occupant au moins vingt salariés (4) sont soumis à une obligation d'emploi de travailleurs handicapés équivalente à 6 % de l'effectif total de leurs salariés (5).

Outre l'embauche directe de travailleurs handicapés (6), les employeurs du secteur privé disposaient jusqu'à présent de quatre autres modalités pour respecter leur obligation. En effet, les employeurs assujettis à cette obligation d'emploi peuvent s'en acquitter, totalement ou partiellement, de différentes façons :

- en recourant aux prestations d'entreprises du secteur adapté ou protégé (7) ;
- en accueillant des stagiaires handicapés (8) ;
- en appliquant un accord collectif agréé prévoyant la mise en œuvre d'un programme d'action en faveur des travailleurs handicapés (9) ;
- en versant une contribution financière à l'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (Agefiph), dont le montant varie selon la taille de l'entreprise et le nombre de bénéficiaires manquants (10).

En cas de non-respect de cette obligation, l'employeur doit verser une somme au Trésor public

(1) Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 février 2005.

(2) V. par ex. Loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap.

(3) Loi n° 2015-990 du 6 août 2015, JORF du 7 août 2015.

(4) L'effectif est calculé en application des articles L. 1111-2 et s. du Code du travail.

(5) Art. L. 5212-1 et L. 5212-2 C. trav. D'après l'article L. 5212-3 du Code du travail, l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (OETH) pour les entreprises à établissements multiples s'applique établissement par établissement. Le décret n° 2015-655 du 10 juin

2015 apporte des précisions concernant les établissements assujettis à cette obligation. L'OETH concerne les établissements autonomes, c'est-à-dire les structures « pourvues d'un chef disposant d'un pouvoir de direction incluant le recrutement et le licenciement du personnel » occupant au moins 20 salariés.

(6) Les bénéficiaires de l'obligation d'emploi sont mentionnés à l'article L. 5212-13 du Code du travail.

(7) Art. L. 5212-6 C. trav.

(8) Art. L. 5212-7 C. trav.

(9) Art. L. 5212-8 C. trav.

(10) Art. L. 5212-9 à 11 C. trav.

d'un montant égal à celui de la contribution annuelle versée à l'Agefiph, majoré de 25 % (11).

En premier lieu, la loi *Macron* réécrit l'article L. 5212-6 du Code du travail. Cette disposition permet aux entreprises de s'acquitter de leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés, dans la limite de 50 % de cette dernière, en concluant des contrats avec des entreprises adaptées ou des établissements et services d'aide par le travail. La réécriture réside dans l'ajout d'une virgule après le mot « fourniture ». Désormais « *l'employeur peut s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi en passant des contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestations de services* ». Il ne s'agit, en réalité, que d'une correction grammaticale. La lecture de l'article R.5212-5 du Code du travail suffit à s'en convaincre : est envisagée « *la passation de contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services dans les conditions de l'article L. 5212-6* ». Dans les faits, des contrats de fourniture sont passés depuis longtemps avec ces différentes structures. C'est pourquoi les notices explicatives du cadre légal et d'aide au remplissage de la déclaration annuelle obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés précisaient déjà les modalités

de conversion de ces contrats en unités bénéficiaires équivalentes devant être retranchées du nombre de salariés handicapés manquants pour satisfaire le quota de 6 % (12).

Cette réécriture incitera-t-elle les employeurs à recourir davantage à des achats de fourniture ? Rien ne saurait le présager. Quoi qu'il en soit, les craintes des acteurs du secteur du travail protégé et adapté ne s'en trouveront pas apaisées. Le contrat de fourniture obéit aux règles générales du contrat de vente et n'offre donc aucune garantie particulière contre des pratiques abusives. C'est pourquoi un collectif d'associations avait rédigé, en septembre 2013, un manifeste condamnant le démarchage commercial agressif utilisé par quelques structures ayant pour effet de nuire à l'ensemble des opérateurs. Ce manifeste demandait, par ailleurs, au Gouvernement de s'engager en faveur de l'alignement des modalités de calcul du recours à la sous-traitance par les donneurs d'ordre public sur les règles s'imposant au secteur privé, ce qui aurait le mérite de valoriser la part de main-d'œuvre et non le seul chiffre d'affaires. Il est regrettable que la loi *Macron* n'ait pas répondu favorablement à cette revendication.

II. De nouvelles modalités d'acquittement partiel de l'obligation d'emploi

La loi *Macron* autorise de nouvelles modalités d'exécution de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés en prenant en compte :

- les prestations fournies par des personnes handicapées exerçant leur activité comme travailleur indépendant (A) ;
- les périodes de mise en situation en milieu professionnel (B) ;
- l'accueil d'élèves handicapés de l'enseignement général (C).

A. Les prestations fournies par des travailleurs indépendants handicapés

La loi *Macron* complète l'article L. 5212-6 du Code du travail en ajoutant la possibilité pour les employeurs de s'acquitter partiellement de leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés en passant des contrats de fourniture, de sous-traitance ou de prestations de services avec des personnes handicapées exerçant leur activité comme travailleurs indépendants. Si leur statut (profession libérale, auto-entrepreneur, artisan) est indifférent (13), ils doivent toutefois être reconnus bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (14).

(11) Art. L. 5212-12 C. trav. En vertu de l'article L. 5212-10 du Code du travail, le montant de la pénalité infligée aux employeurs qui, pendant plus de trois ans, n'ont occupé aucun bénéficiaire de l'obligation d'emploi, ni sous-traité auprès du milieu adapté ou protégé, ni encore appliqué un accord collectif tel que mentionné à l'article L. 5212-8 du Code du travail, est calculé en multipliant le nombre de bénéficiaires manquants par 1500 fois le SMIC horaire.

(12) V. par exemple la notice Cerfa n° 50834 # 14.

(13) Pour l'application de cette mesure, sont présumées travailleurs indépendants les personnes remplissant les conditions mentionnées à l'article L. 8221-6, I et à l'article L. 8221-6-1 du Code du travail soit :

- les personnes physiques immatriculées au RCS, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des Urssaf pour le recouvrement des cotisations familiales ;
- les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes qui exercent une activité de transport scolaire ou de transport à la demande ;
- les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS et leurs salariés ;
- les personnes dont les conditions de travail sont définies exclusivement par elles-mêmes ou par le contrat les définissant avec leur donneur d'ordre.

(14) Art. L. 5212-13 C. trav.

Cet acquittement partiel est déterminé soit en tenant compte du nombre de salariés exerçant pour le compte de ces travailleurs indépendants, soit de façon forfaitaire, si les travailleurs indépendants relèvent du régime dit « micro social » prévu à l'article L. 133-6-8 du Code de la Sécurité sociale. Il n'est pas possible pour un employeur de s'acquitter de plus de la moitié de son obligation d'emploi par ce biais.

Cette nouvelle modalité d'exécution de l'obligation d'emploi traduit un engagement pris par le Gouvernement lors du comité interministériel du handicap du 25 septembre 2013, et fait suite aux nombreuses revendications de l'Union professionnelle des travailleurs indépendants handicapés (UPTIH). Ses membres estimaient effectivement injuste que seul le recours à des entreprises adaptées ou à des ESAT ouvre droit à un acquittement partiel de l'obligation d'emploi. À première vue, la non prise en compte du recours aux travailleurs handicapés indépendants apparaissait peu compréhensible. Selon le président de l'UPTIH, 71.600 personnes handicapées exercent actuellement une activité sous le statut d'indépendant. Même si elle a vocation à concerner tous les travailleurs indépendants handicapés, cette nouvelle mesure pourrait ne profiter qu'à une minorité d'entre eux. Aucune étude récente ne permet de saisir la réalité des activités exercées par les travailleurs handicapés indépendants. Ces activités sont-elles susceptibles d'intéresser les entreprises ? Dans un contexte où les ESAT rencontrent parfois eux-mêmes des obstacles pour que leur production de biens ou de services puisse satisfaire le rythme et les quantités attendus par leur donneur d'ordre, les travailleurs handicapés indépendants ne seront-ils pas confrontés à de réelles difficultés pour répondre aux attentes des entreprises ? Pour certains, seuls les indépendants proposant des prestations intellectuelles comme les comptables, les avocats ou les consultants pourraient bénéficier d'une mise en concurrence, induite par cette nouvelle disposition, à leur profit (15). Dans une telle situation, cette nouvelle possibilité d'acquittement partiel peut-elle constituer un avantage décisif pour les employeurs qui ne parviennent pas à satisfaire à leur obligation d'emploi ?

En outre, le dispositif peut susciter un certain scepticisme, pour au moins deux raisons.

La première se loge dans une interrogation : comment vérifier que le travail confié par une entreprise à un entrepreneur indépendant handicapé est bien réalisé par celui-ci et non par un salarié valide employé par la personne handicapée ?

La seconde renvoie à une crainte de voir se multiplier le licenciement de personnes handicapées pour faire appel à elles en sous-traitance (16).

L'emploi des personnes handicapées sous toutes ses formes doit être favorisé, mais ne pouvait-on pas soutenir les travailleurs indépendants handicapés d'une autre façon ?

B. L'accueil de personnes handicapées pour des périodes de mise en situation en milieu professionnel

La loi *Macron* introduit un nouvel article L. 5212-7-1 dans le Code du travail, selon lequel l'employeur peut s'acquitter partiellement de son obligation d'emploi en accueillant des personnes handicapées dans le cadre de périodes de mise en situation en milieu professionnel (PMSMP), telles que définies aux articles L. 5135-1 et suivants du Code du travail. L'application de cette disposition, entrée en vigueur le 8 août 2015, est subordonnée à la parution d'un décret fixant les modalités de mise en œuvre et les limites de cet acquittement. Toutefois, il est d'ores et déjà acquis que la prise en compte des périodes de mise en situation en milieu professionnel s'impute sur le plafond de 2 % de l'effectif total des salariés de l'entreprise qui s'applique aux stagiaires pour le calcul du taux d'emploi de travailleurs handicapés (17).

Les périodes de mise en situation en milieu professionnel dont il est question ne relèvent pas d'un dispositif spécifiquement dédié aux travailleurs handicapés. C'est la loi de réforme de la formation professionnelle du 5 mars 2014 qui a unifié, sous la dénomination de « période de mise en situation en milieu professionnel », les différents dispositifs d'immersion professionnelle en entreprise et a offert la possibilité, à toute personne accompagnée dans une démarche d'insertion sociale ou professionnelle, d'en bénéficier (18).

La période de mise en situation en milieu professionnel a pour objet de permettre à son bénéficiaire

(15) V. la position de Véronique Bustreel, conseillère emploi de l'APF, exprimée dans le magazine *Faire face*, janvier 2015.

(16) On peut définir le faux travail indépendant comme le fait, pour un employeur, de faire travailler des salariés sous l'apparence du statut de travailleur indépendant afin d'échapper à l'application du Code du travail. Le travailleur « non salarié » est présenté formellement comme un travailleur indépendant, alors que les conditions réelles d'exercice de son activité, et notamment le lien de subordination qui le lie au donneur d'ordre, caractérisent, en fait, l'existence d'un contrat de travail. Ce donneur d'ordre, qui

est en réalité l'employeur du faux travailleur indépendant, tente, par cette fraude, d'échapper aux règles et obligations fiscales et sociales relatives à l'emploi d'un salarié. Cette pratique caractérise l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (article L. 8221-6 du Code du travail).

(17) Art. L. 5212-7 C. trav.

(18) Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, article 20.

de se confronter à une situation réelle de travail pour soit découvrir un métier ou un secteur d'activité, soit confirmer un projet professionnel, ou encore initier une démarche de recrutement (19). Prescrite par Pôle Emploi, les missions locales, les Cap Emploi ou des structures d'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières (20), elle s'adresse à toute personne faisant l'objet d'un accompagnement social ou professionnel personnalisé (21). Peuvent donc bénéficier de ce dispositif les demandeurs d'emploi reconnus travailleurs handicapés, accompagnés par Pôle Emploi ou des Cap Emploi, mais également des personnes accueillies en ESAT ou des salariés d'entreprises adaptées.

Le dispositif concerné fait l'objet d'un encadrement strict. Les périodes de mise en situation en milieu professionnel font l'objet d'une convention entre le bénéficiaire, la structure d'accueil, l'organisme prescripteur et la structure d'accompagnement, lorsqu'elle est distincte de l'organisme prescripteur (22). La durée de la période de mise en situation en milieu professionnel ne peut excéder un mois de date à date, que la présence du bénéficiaire au sein de la structure d'accueil soit continue ou discontinue (23). Si le (ou les) objectif(s) fixé(s) dans la convention n'ont pas été atteints, la convention peut être renouvelée une fois avec le même objet et les mêmes objectifs, pour une durée au plus égale à un mois (24). De plus, une même structure d'accueil ne peut conclure, avec un même bénéficiaire, plus de deux conventions sur douze mois. Celles-ci doivent comporter des objets ou des objectifs différents et leur durée totale, renouvellements éventuels compris, ne doit pas excéder soixante jours calendaires sur douze mois consécutifs (25).

En fonction des modalités de calcul retenues pour déterminer l'équivalence en termes d'unités bénéficiaires des périodes concernées, cette mesure pourrait avoir une portée très limitée. Si le décompte est calqué sur les règles relatives à la prise en considération des stagiaires, où il faut rapporter la durée

du stage à la durée annuelle de travail applicable dans l'entreprise, une période de mise en situation maximale de deux mois à temps plein ne pourrait correspondre qu'à 0,18 bénéficiaire tout au plus (26). Il est ainsi possible de s'interroger sur l'opportunité pour les employeurs d'organiser ces temps d'immersion dans l'activité, d'autant qu'ils nécessitent que la structure d'accueil désigne une personne chargée d'aider, d'informer, de guider et d'évaluer le travailleur handicapé mis en situation (27). La multiplication abusive de périodes de mise en situation en milieu professionnel dans une même structure d'accueil, avec des bénéficiaires différents, pourrait cependant constituer une dérive qu'il conviendra de contrôler en considérant qu'il s'agit d'un élément constitutif d'une forte présomption de travail illégal par dissimulation de salariés.

Reste que permettre aux entreprises de prendre en compte les périodes de mise en situation en milieu professionnel pour respecter leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés constitue vraisemblablement une incitation à recourir à ce dispositif. Alors qu'il ressort de plusieurs études (28) que les niveaux de formation et de qualification inadéquats des personnes handicapées constituent, sans conteste, le frein le plus important à leur emploi, le rapprochement des personnes handicapées avec le monde du travail en vue d'améliorer leur insertion professionnelle ne peut qu'être encouragé. Il est cependant regrettable qu'à l'issue d'une période de mise en situation, si celle-ci s'avère concluante, aucune obligation d'embauche ne pèse sur la structure d'accueil.

Par ailleurs, il est précisé à l'article L. 5135-3 du Code du travail que le bénéficiaire salarié d'une période de mise en situation en milieu professionnel retrouve son poste de travail à l'issue de cette période (29). Cette mesure pourrait donc favoriser le passage de travailleurs handicapés employés dans des entreprises adaptées vers le milieu de travail ordinaire, en garantissant, en cas d'échec de la période de mise en situation, un retour à l'emploi antérieurement

(19) Art. L. 5135-1 et s. C. trav.

(20) En vertu de l'article L. 5135-2, 5° du Code du travail, Pôle Emploi, les missions locales et les Cap Emploi peuvent déléguer, par une convention, la prescription de PMSMP à d'autres employant ou accompagnant des bénéficiaires de PMSMP. En tant qu'organisme « employant ou accompagnant » des personnes éligibles aux PMSMP, un ESAT peut demander à conclure une convention de délégation de prescription avec un des prescripteurs de PMSMP du SPE. Il pourra ainsi prescrire lui-même des PMSMP pour les personnes qu'il accueille et qui demandent à effectuer des PMSMP dans le cadre d'un parcours d'insertion en milieu de travail ordinaire. Il en est de même pour une entreprise adaptée, qui pourra alors prescrire elle-même des PMSMP pour ses salariés.

(21) Art. L. 5135-2 C. trav.

(22) Art. L. 5135-4 C. trav.

(23) La période peut s'effectuer à temps plein ou partiel.

(24) La durée du renouvellement est laissée à la libre appréciation du prescripteur.

(25) Art. D. 5135-3 C. trav.

(26) Pour une durée légale de 35 heures par semaine, correspondent une durée mensuelle de 151,67 heures et une durée annuelle de 1.607 heures.

(27) Art. D. 5135-5 C. trav.

(28) V. par ex. N. Amrous, M. Barhoumi, « Emploi et chômage des personnes handicapées », Synthèses stat', DARES, n° 1, novembre 2012.

(29) Art. L. 5135-3 C. trav.

occupé. En revanche, cette mesure ne profitera pas aux personnes accueillies en ESAT, qui ne jouissent pas du statut de salarié (30).

C. L'accueil en entreprise d'élèves handicapés de l'enseignement général

Enfin, les entreprises peuvent désormais s'acquitter partiellement de leur obligation d'emploi en accueillant, en périodes d'observation ou en séquences d'observation mentionnées à l'article L.4153-1, 2° du Code du travail (31), des élèves de l'enseignement général, pour lesquels est versée la prestation de compensation du handicap ou dont les parents reçoivent l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé ou l'allocation compensatrice pour tierce personne. Ces élèves doivent disposer d'une convention de stage. Ces périodes d'observation sont, là encore, décomptées du contingent de stagiaires pris en considération pour le calcul du taux d'emploi de travailleurs handicapés (32).

Cette nouvelle disposition traduit dans la loi une promesse faite par François Hollande, lors de la Conférence nationale du handicap du 11 décembre 2014, d'encourager « *les parcours de découverte des métiers des collégiens et des lycéens en situation de handicap, afin de conforter tout ce qui permet aux entreprises et*

aux jeunes handicapés de se rencontrer, et à ceux-ci de construire leurs projets professionnels » (33). Face aux difficultés rencontrées par les jeunes handicapés pour effectuer les périodes d'immersion en milieu professionnel obligatoires pour tous les élèves (34), une telle mesure ne peut être qu'approuvée. Il est toutefois permis de douter de sa pertinence au regard du respect de l'obligation d'emploi. D'une part, cette modalité de déduction de l'obligation d'emploi n'est-elle pas trop éloignée de sa finalité première d'insertion professionnelle d'une population de travailleurs handicapés hors du marché du travail ? D'autre part, compte tenu de la brièveté des périodes d'accueil concernées, la présence de ces élèves en situation de handicap n'aura qu'un très faible impact sur l'acquittement par les employeurs de leur obligation d'emploi.

Retenons donc que, sous couvert de développement de l'emploi des personnes handicapées, ces nouvelles mesures offrent aux employeurs de nouvelles possibilités d'acquittement de l'obligation d'emploi dans des proportions, certes, assez dérisoires mais surtout qu'aucune d'entre elles ne véhicule de signal fort en faveur de l'embauche directe de travailleurs handicapés.

Laurène Joly

(30) Sur ce point, v. F. Mananga, « Le statut du travailleur handicapé mental en établissement ou service d'aide par le travail (ESAT) et l'application du droit du travail », RDT 2008. 89 ; A. Gonzalez, « De la discrimination positive à la discrimination négative dans les entreprises adaptées et les ESAT », in A.-S. Mugnier-Renard (dir.), *Les droits des personnes handicapées : bilan et perspectives*, PUAM, 2012, p. 145 ; H. Rihal, « Le statut des personnes handicapées employées par les ESAT, entre travailleurs et usagers d'un établissement social », RDSS 2014. 46 et, plus récemment, suite à l'arrêt *Fenoll* de la CJUE en date du 26 mars 2015, RDT 2015. 369, controverse O. Poinot et L. Joly et 469, obs. F. Canut. V. en dernier lieu : A. Boujeka, D. 2015. 2049.

(31) Cette disposition renvoie à l'article L.332-3-1 du Code de l'éducation, qui prévoit que « *des périodes d'observation en entreprise d'une durée maximale d'une semaine peuvent être proposées durant les vacances scolaires aux élèves des deux derniers niveaux de l'enseignement des collèges ou aux élèves des lycées, en vue de l'élaboration de leur projet d'orientation professionnelle.* ». Les séquences d'observation ne font pas l'objet de précisions, mais elles font certainement référence au « stage de troisième », v. art. D. 332-14 du Code de l'éducation.

(32) Art. L. 5212-7 C. trav.

(33) Relevé des conclusions de la Conférence nationale du handicap 2014, consultable sur le site <http://www.elysee.fr/>, p. 3.

(34) Art. D. 332-14 du Code de l'éducation.

CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL

Alain Supiot



La montée apparemment inexorable du chômage en Europe conduit à traiter le travail comme un bien rare, dont il conviendrait d'envisager le partage. Or le travail ne peut être défini comme un bien, et il n'est pas plus rare que les hommes et les femmes valides. Son partage n'a de sens que si l'on envisage le travail abstrait, celui qui s'objective en un salaire. En revanche on voit mal comment partager le travail concret, celui qui exprime la personne du travailleur, et qui l'exprime dans ses œuvres. Car, vu sous cet angle, le travail n'est pas réductible à une quantité de temps ou d'argent, il a la nature juridique d'une liberté fondamentale de la personne.

Professeur au Collège de France Alain Supiot est notamment l'auteur de *Droit du travail* (Puf, Que sais-je ? rééd. 2011) de *l'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au Marché total* (Seuil 2010) et de *La Gouvernance par les nombres* (Fayard 2015).

Presses Universitaires de France (PUF) Coll. Quadrige – 3e édition – 336 pages – 2015
ISBN-10: 2130651690 – 13 euros