

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Ce dossier pose une délicate question d’articulation de deux régimes d’aide visant à inciter les employeurs à embaucher des travailleurs handicapés.

Ces deux régimes ont une origine commune : la garantie de rémunération des travailleurs handicapés, issue de la loi du 30 juin 1975¹. La GRTH était une aide à la personne : l’employeur rémunérait le travailleur handicapé à un niveau tenant compte de sa moindre productivité, y compris inférieur au SMIC, l’Etat versant au travailleur un complément de rémunération². La loi du 11 février 2005 a supprimé la GRTH au profit d’une logique d’aide aux entreprises. Ces aides poursuivent le même but – compenser la moindre efficacité productive³, mais désormais l’employeur rémunère « normalement » son salarié, en contrepartie de quoi il reçoit une aide publique. Deux de ces régimes héritiers de la GRTH, nous intéresseront aujourd’hui.

Le premier, destiné à tout employeur du milieu ordinaire, ce sont les aides à l’emploi d’un travailleur handicapé (AETH) versées par l’Agefiph, prévues à l’article L. 5213-11 du code du travail. La loi est claire sur l’objet de cette aide : il s’agit d’assurer l’application « des dispositions de l’article L. 5213-7 », selon lesquelles le salaire des travailleurs handicapés « ne peut être inférieur à celui qui résulte de l’application des dispositions légales ou [conventionnelles] », donc de compenser la moindre efficacité productive présumée du travailleur. Le même article est revanche moins disert sur les conditions d’attribution de cette aide, se bornant à énoncer qu’elle « peut être allouée en fonction des caractéristiques des bénéficiaires ».

Les conditions d’attributions sont précisées en partie réglementaire. Le décret a fait le choix d’arrimer cette aide au dispositif de reconnaissance de la lourdeur du handicap (RLH).

¹ Loi d’orientation en faveur des personnes handicapées. Son article 32 dispose qu’il « est assuré à tout handicapé exerçant une activité professionnelle, quelles qu’en soient les modalités, une garantie de ressources provenant de son travail ».

² La GRTH était certes calculée selon des modalités différentes selon que la personne était employée dans ce qui s’appelait alors un centre d’aide par le travail, un atelier protégé – le secteur protégé -, un emploi protégé du secteur ordinaire ou un emploi ordinaire

³ Notamment son insuffisant niveau pour le salarié, ses effets de nivellement, sa faible efficacité pour l’insertion dans le milieu ordinaire, etc.

Initialement, la procédure de RLH⁴ visait à permettre la minoration de la contribution due par un employeur à l'Agefiph au titre de son obligation d'emploi des travailleurs handicapés (OETH), c'est-à-dire la contribution due par les employeurs sous le seuil des 6 %. Le pouvoir réglementaire a ajouté un second débouché à la RLH, en ouvrant à l'employeur une option (art. R. 5213-51) : il peut choisir entre la minoration de sa contribution et le versement d'une aide. S'il est au-dessus du 6%, évidemment, le choix de l'aide directe s'impose. L'Agefiph verse 8 000 de ces aides par an, d'un montant de 550 SMIC horaires annuels (5 300 euros), le double en cas de majoration⁵

Le deuxième régime d'aides héritier de la GRTH, ce sont les aides au poste prévues pour les entreprises adaptées créées par la loi de 2005. A la différence des anciens ateliers protégés, les EA relèvent désormais clairement – pour trancher un vain débat - du milieu ordinaire de travail. Pour entrer dans le régime des entreprises adaptées, l'article L. 5213-13 du code du travail prévoit que l'entreprise doit comporter dans ses « effectifs de production » *« au moins 80 % de travailleurs handicapés orientés vers le marché du travail par la [CDAPH] et qui soit sont recrutés sur proposition du service public de l'emploi (...) »*, soit sont directement recrutés par l'entreprise mais *« répondent [à certains] critères fixés par arrêté »*, critères tenant notamment à l'existence d'un suivi social particulier.

Si ce seuil de 80 % est franchi, l'entreprise peut prétendre à deux aides de l'Etat, avec lequel elle conclut un contrat d'objectifs triennal (cf. article L. 5213-19). La première est la subvention spécifique, pour tenir compte, globalement, des surcoûts liés à l'emploi majoritaire de TH. C'est l'autre aide qui retiendra votre attention : l'aide au poste forfaitaire de 80 % du SMIC (14 167 euros) versée par l'Etat au titre de chaque travailleur handicapé *« dès lors que celui-ci remplit les conditions de l'article L. 5213-13 »*, c'est-à-dire qu'il a été orienté par la CDAPH et qu'il a été proposé par le service public de l'emploi ou répond aux critères fixés par arrêté – qu'il soit employé en production au-delà du seuil de 80%, ou hors production (commerciaux, etc.). L'employeur est éligible aux aides aux postes pour tous ces travailleurs. Mais ces aides sont contingentées, dicit la loi, *« dans la limite d'un effectif de référence fixé annuellement par la loi de finances »*, effectif national décliné localement, puis dans un avenant à chaque contrat d'objectifs.

Les aides à l'emploi de l'Agefiph et les aides aux postes se ressemblent, et plongent leurs racines dans leur GRTH, mais s'opposent à plusieurs égards, en particulier : par leur destinataire privilégié, tout employeur, dans le premier cas, les employeurs spécifiques que sont les entreprises adaptées, dans le second ; par la logique d'enveloppe ouverte, pour les aides Agefiph, d'enveloppe fermée, pour les aides au poste ; par leur montant, supérieur pour l'aide au poste.

Le présent litige pose la question de principe de savoir si une entreprise adaptée peut bénéficier des aides à l'emploi de l'Agefiph, au titre du dispositif de reconnaissance de la lourdeur du handicap, pour les travailleurs handicapés pour lesquels elle pourrait percevoir, mais ne perçoit pas l'aide au poste de l'Etat au titre du régime des entreprises adaptées. Autrement dit : peut-elle émarger aux aides de droit commun pour les postes éligibles à l'aide au poste, mais non élus faute de budget ou d'accord de l'Etat ?

⁴ La lourdeur étant appréciée en réalité du point de vue de l'employeur, après aménagement du poste de travail.

⁵ Le rapport d'activité 2015 de l'Agefiph mentionne 8 276 dossiers AETH actifs.

Cette situation peut se rencontrer dans plusieurs cas de figure. Nous donnerons deux exemples⁶. Premier cas : le décalage structurel, pour une entreprise adaptée donnée, tenant au fait que l'entreprise réalise un effort supérieur au minimum attendu d'elle, au-delà des 80%, tandis que l'Etat, de son côté, ne veut pas suivre, parce qu'il l'estime inopportun dans le cadre de son dialogue de gestion avec l'entreprise, ou ne peut pas suivre budgétairement⁷. En pratique cependant, et en moyenne, la réalité colle avec les textes : le profil de l'EA type⁸ c'est 44 salariés dont 33 salariés handicapés bénéficiant de l'aide au poste ; 1 salarié handicapé sans aide au poste ; 10 salariés sans handicap⁹. Deuxième cas : le décalage conjoncturel, lorsque l'entreprise adaptée doit recruter pour faire face à un pic d'activité et que l'Etat n'a pas la réactivité suffisante pour augmenter le contingent, en dépit des possibilités de révision annuelle, assouplies récemment, de l'avenant financier au COT¹⁰. Localement, pour une EA donnée, le décalage peut être significatif.

Le cas d'espèce illustre bien la problématique. A la suite d'un pic d'activité, l'association Bretagne atelier, grosse entreprise adaptée sous-traitante de l'industrie automobile, a recruté et s'est retrouvée avec 28 travailleurs handicapés hors contingent. Faute de toucher des aides au poste, elle a saisi l'Agefiph de demandes de RLH pour ces 28 postes, demandes toutes rejetées pour un motif de principe, qui reflète une position nationale et constante de l'Agefiph : les EA ne peuvent pas émarger à ce dispositif de droit commun – étant précisé que l'Etat, qui était décisionnaire jusqu'en 2011 sur ces aides de droit commun, était sur la position inverse à celle de l'Agefiph, position qu'il continue à défendre dans ses écritures dans ce dossier. Les recours de l'association contre ces refus ont été rejetés en première instance et en appel. Elle se pourvoit.

La juridiction administrative est compétente pour connaître d'un tel litige, relatif à une aide publique servie par une personne privée chargée d'un service public administratif, financée par des contributions libératoires d'une obligation légale et traduisant à ce titre l'exercice d'une prérogative de puissance publique (pour des aides versées par une caisse d'allocations familiales au titre de son action sociale : TC, 21 juin 2010, *Association I, 2, 3 Soleil c/ caisse d'allocations familiales du Var*, n° 3732, au Recueil ; impl. pour la

⁶ On peut aussi penser au cas, que personne n'évoque dans le dossier, d'un travailleur handicapé non éligible à l'aide au poste, car n'ayant pas l'orientation ou le profil requis.

⁷ Et il ne le peut pas pour des raisons qui tiennent moins à l'insuffisance du contingent national – sous-consommé, en réalité – qu'à une problématique de répartition infranationale entre région sur- et sous-consommatrices.

⁸ Source : Etude KPMG/UNEA, Photographie des Entreprises Adaptées en 2013. Pour simplifier, nous neutralisons la distinction temps plein / temps partiel.

⁹ Au niveau national, fin 2011, Les Entreprises Adaptées employaient pratiquement 30 000 salariés : 22300 salariés en situation de handicap avec une aide au poste ; 930 salariés en situation de handicap sans aide au poste ; 6560 salariés valides.

¹⁰ L'article R. 5213-68, dans sa rédaction issue du décret n° 2015-60 du 26 janvier 2015, dispose désormais que « Le contrat d'objectifs prévoit, par un avenant financier annuel, un contingent d'aides au poste. Ce contingent peut être révisé en cours d'année en cas de variation du nombre des travailleurs handicapés ouvrant droit à l'aide au poste. / En outre, le préfet de région peut réviser en cours d'année, à la hausse ou à la baisse, le contingent des aides au poste prévu par l'avenant financier lorsqu'un écart de consommation des aides au poste, au moins égal à 10 %, est observé pendant au moins trois mois consécutifs, après avoir mis les dirigeants des entreprises adaptées concernées par ces modifications à même de faire connaître leurs observations. » Dans sa version antérieure, il disposait que « Le contrat d'objectif prévoit, par un avenant financier annuel, un contingent d'aides au poste. Il précise les conditions dans lesquelles ce contingent est révisé en cours d'année, en cas de variation de l'effectif employé. »

compétence du juge administratif en matière de contribution Agefiph : *Ministre de l'emploi c/ sociétés Fermares et autres*, n° 296477, aux Tables).

Sur le fond, la cour a jugé, dans le sens de la thèse de l'Agefiph, que, compte tenu de son régime spécifique d'aide, une entreprise adaptée n'est « *pas au nombre des employeurs susceptibles de voir reconnaître pour certains de ses salariés la lourdeur du handicap conditionnant l'attribution de l'aide à l'emploi* ». Le régime des aides aux postes est le cadre exhaustif de la compensation, pour les EA, de la moindre productivité des travailleurs handicapés qu'elles salarient. Qu'en penser ?

Précisons tout de suite que les textes ne règlent pas expressément la question. Ce serait trop simple. Il existe bien une disposition sur l'articulation entre les aides propres aux EA et les autres aides aux entreprises, mais elle n'est pas d'une aide absolument décisive. L'article L. 5213-18 du CT prévoit ainsi que les EA « *bénéficient de l'ensemble des dispositifs prévus au livre Ier* » de la 5^{ème} partie du code, qui s'institue « *Les dispositifs en faveur de l'emploi* ». Ce même article ajoute que « *Le bénéfice de ces dispositifs ne peut se cumuler, pour un même poste, avec l'aide au poste mentionnée au dernier alinéa, ni avec aucune aide spécifique portant sur le même objet.* » Cependant, les aides de l'Agefiph se situent, non au livre Ier, mais au livre II, intitulé « *Dispositions applicables à certaines catégories de travailleurs* ». Il serait excessif d'en déduire que, *a contrario*, les entreprises adaptées n'y auraient pas droit. D'abord, cet article n'interdit pas qu'elles puissent avoir droit à d'autres aides logées ailleurs dans le code du travail ou dans un autre code. Par ailleurs, et surtout, cet article L. 5213-18 est issu de la recodification, supposée être intervenue à droit constant en 2008, de l'ancien article L. 323-31, issu de la loi de 2005 et qui disposait, en des termes bien plus larges, que les entreprises adaptées « *bénéficient de l'ensemble des dispositifs destinés aux entreprises et à leurs salariés* ». Nous lirions au contraire dans cette filiation l'indice d'une volonté du législateur de ne rien interdire, par principe, aux EA.

Faute de clause expresse pro- ou anti-cumul, la solution doit être recherchée dans les à-côtés des textes, entre leurs lignes ou dans leur économie générale.

Trois arguments nous paraissent plaider pour la solution retenue par la cour. Le premier, le plus intuitif, c'est la coexistence de deux régimes distincts de compensation de la moindre productivité des TH, a priori conçus pour des bénéficiaires distincts, à l'intérieur de systèmes, de référentiels différents : l'AETH de l'Agefiph, et la RLH, sont adossées à l'obligation d'emploi de 6% de TH des employeurs ordinaires, qui a peu de sens pour une EA, située au moins 74 % plus loin ; tandis que l'aide au poste s'inscrit, pour l'EA, dans le cadre de relations particulières avec l'Etat, matérialisées par le contrat d'objectifs triennal. Et à chacun de ces deux référentiels correspond une clause distincte imposant une rémunération minimale du TH : l'article L. 5213-7, pour tous les salariés, exigeant une rémunération supérieure ou égale au minimum légal ou conventionnel ; l'article L. 5213-15, spécifique aux salariés des entreprises adaptées, exigeant un salaire qui « ne peut être inférieur au salaire minimum de croissance ». Le résultat est analogue, mais il y a deux articles distincts. Or chaque aide à l'employeur ne se comprend qu'en rapport avec l'obligation qui lui est faite de garantir une certaine rémunération aux TH qu'il emploie. L'économie générale des textes est donc dans le sens de deux régimes étanches, distincts.

Le deuxième argument dans le sens de la cour est qu'ouvrir droit aux aides de l'Agefiph revient à faire sauter le plafonnement voulu par le législateur des aides au poste.

Cet argument est fort, même s'il convient de le relativiser. En effet, il ne faut pas voir dans ce contingentement un outil de pilotage qualitatif, par un Etat soucieux de maîtriser et d'orienter finement le développement de chaque EA, afin de contrecarrer des choix inopportuns de gestion d'une entreprise susceptibles de la mettre en danger, ou de structurer harmonieusement le secteur. Non, si cela peut jouer, il est clair que le contingentement a principalement une fonction de pure maîtrise budgétaire : donner à l'Etat payeur le moyen de dire non, qu'il n'avait pas avec le système d'enveloppe ouverte de la GRTH¹¹. Il n'en demeure pas moins que le contournement du plafond, même réduit à sa finalité budgétaire, a un inconvénient : il induit un transvasement financier vers l'Agefiph de la prise en charge des postes que l'Etat ne peut pas ou ne veut pas cofinancer. Dans le meilleur des cas, ce transvasement apparaît comme une incongruité au regard de cette mission, dans le pire des cas, il pourrait créer du côté de l'Etat, qui maîtrise son enveloppe, la tentation d'une débudgétisation malvenue au détriment de l'Agefiph, qui ne maîtrise ni son enveloppe ni ses ressources propres. Nous n'en sommes pas là, les chiffres actuels laissant penser que ce report de charge serait marginal, compte tenu de la faible part de TH salariés d'une EA ne bénéficiant pas de l'aide au poste¹². Et l'aide au poste reste d'un montant bien plus avantageux que l'aide Agefiph pour les employeurs, ce qui conjure la menace d'un appel d'air massif. Mais s'il est à relativiser, le risque de dévoiement existe.

Le troisième argument contre une éligibilité des entreprises adaptées à la procédure de reconnaissance de la lourdeur du handicap, et aux aides de l'Agefiph associées, tient aux inconvénients pratiques de cette solution. Elle impose d'abord d'identifier les postes que l'entreprise souhaitera soumettre à cette procédure, avec le risque d'un biais de sélection. Par ailleurs, on peut douter que la procédure de RLH soit adaptée aux besoins des entreprises adaptées lorsqu'il s'agit de réagir rapidement à un pic d'activité. La reconnaissance de la lourdeur du handicap suppose une instruction par l'Agefiph, après adaptation préalable du poste de travail, au vu d'un dossier de demande nourri (art. R. 5213-44) et débouche sur une décision valable trois ans (art. R. 5213-46). La temporalité de la révision de l'avenant financier au contrat triennuel, dans le cadre d'un dialogue de gestion, que l'on peut espérer souple et réactif, entre l'entreprise et ses interlocuteurs habituels des services déconcentrés de l'Etat, paraît bien plus adaptée.

Pourtant, sans minimiser ces arguments venant au soutien de l'arrêt attaqué, nous vous proposerons de retenir la solution inverse, et d'accueillir le moyen d'erreur de droit soulevé.

La première raison est la puissante logique d'assimilation des entreprises adaptées aux autres entreprises du milieu ordinaire qui a présidé à la réforme de 2005. Elle est centrale dans les travaux préparatoires, et l'on en trouve la mention en partie réglementaire¹³. La loi prévoit d'ailleurs que les entreprises adaptées sont soumises aux règles de droit commun régissant les relations collectives et individuelles (art. L. 5213-14) de travail. Et le principe d'assimilation s'étend aux aides ouvertes aux entreprises adaptées, qui sont, a priori, celles de droit commun. Lorsque le législateur a interdit le cumul sur un même poste d'aides ayant le même objet,

¹¹ Cf. la réponse ministérielle, publiée au JO le 20/06/2006 p. 6588, à la question n° 79102 (AN).

¹² Le nombre de travailleurs handicapés en EA sans aide au poste reste marginal, moins d'un millier sur 23 000, sans que l'on sache d'ailleurs si ces mille travailleurs handicapés, pour lesquels on peut douter que toutes les EA s'engage dans le processus de RLH, sont tous éligibles à l'aide à l'emploi, qui suppose une lourdeur particulière du handicap, une orientation de la CDAPH et un certain profil.

¹³ L'article R. 5213-46-2 évoque le départ du salarié handicapé vers une « entreprise du milieu ordinaire de travail autre qu'une entreprise adaptée ».

c'est en creux qu'il avait admis qu'une entreprise adaptée pouvait toucher des aides ayant le même objet sur des postes différents – et à quoi pouvait-il penser sinon aux aides compensant le différentiel de productivité ? Autrement dit, il y a un principe, l'assimilation ; il nous semble falloir se montrer exigeant, strict, dans l'interprétation des dérogations à ce principe.

La deuxième raison, la plus importante à nos yeux en présence de textes non conclusifs, se situe dans les travaux préparatoires de la loi de 2005. On trouve très clairement, dans les déclarations parlementaires, en particulier lors de la rédaction de l'ancien article L. 323-31 en 2^{ème} lecture au Sénat, l'affirmation que les entreprises adaptées sont éligibles aux aides de l'Agefiph. C'est bien ce cas de figure que le législateur avait à l'esprit. Et la pratique des services de l'Etat jusqu'au transfert de gestion à l'Agefiph en 2011, ainsi que les circulaires de la DGEFP postérieures à la loi de 2005, sont cohérentes avec cette intention, que seuls des éléments de texte caractérisés permettraient de contrebalancer. Or, ces éléments nous paraissent insuffisants.

La troisième raison tient à l'objet particulier de l'aide à l'emploi de l'Agefiph. Tel que l'ont calibrée les textes, plus réglementaires que législatifs d'ailleurs, il ne s'agit pas d'un simple outil d'orientation ou d'incitation. Il s'agit d'un véritable droit à compensation, pour les entreprises dont les salariés en remplissant les conditions, droit qui est, comme la loi l'indique elle-même, la contrepartie, du moins l'adjuvant légal, de l'obligation de rémunération au minimum légal ou conventionnel imposée par le législateur en 2005. Il ne nous paraît pas évident que l'entreprise adaptée qui irait au-delà de l'effort attendu d'elle, ou de l'effort rendu possible pour elle dans le cadre de son régime propre, devrait supporter une charge dont le législateur a entendu exonérer l'entreprise ordinaire, dès lors qu'il n'y a pas, au sein de l'entreprise adaptée, de « mutualisation » des aides au poste qu'elle reçoit. Chaque aide au poste est réputée couvrir le différentiel de productivité d'un poste. Le contingent n'est donc pas réputé légalement servir d'adjuvant pour les autres postes qu'il ne couvre pas. Et la subvention spécifique est, pour sa part, mutualisée sur les coûts transversaux induits par l'emploi de personnes handicapées. Elle a un objet différent.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous vous proposons de juger qu'aucun poste de l'EA ne saurait être exclu du dispositif de reconnaissance de la lourdeur du handicap, même si l'aide de l'Agefiph ne peut être perçue que pour un poste ne donnant pas lieu au versement de l'AP.

Par ces motifs et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, nous concluons à l'annulation de l'arrêt, au règlement de l'affaire au fond, à l'annulation du jugement du tribunal administratif et des décisions de refus de l'Agefiph, ainsi qu'au versement par cette dernière d'une somme de 3 000 euros à l'association requérante.