

Cette communication a fait l'objet d'une publication dans *Inclure sans stigmatiser. Emploi et handicap dans la fonction publique*, Guével Marie-Renée (dir.), Rennes, Presses de l'EHESP, 2018, p. 57-70.

Prendre des décisions équitables pour l'emploi des personnes en situation de handicap en contexte réglementaire et organisationnel complexe

Emmanuelle Fillion, professeure de sociologie à l'EHESP, CRAPE/ARENES (UMR 6051)

Marie-Aude Bailly, directrice des affaires générales juridiques et droits du patient du Centre hospitalier de la Haute Côte d'Or

Marc Desjardins, directeur du FIPHP

Josépha Dirringer, maître de conférences en droit à l'Université Rennes 1, IODE (UMR 6262)

Claire Le Roy Hatala, sociologue, spécialiste des questions de santé mentale et de l'emploi

Guy Tisserant, fondateur du cabinet TH conseil, également intervenant à l'Université Paris-Dauphine

Les acteurs du monde professionnel sont aux prises avec toute une série de réglementations, d'exigences (budgétaire, organisationnelle, juridique, etc.) qui peuvent parfois entrer en tension les unes avec les autres et, par rebond, favoriser ou gêner l'insertion dans l'emploi des personnes handicapées. Dans ce contexte réglementaire et organisationnel complexe, comment peut-on prendre des décisions équitables, à savoir des décisions qui soutiennent l'emploi des personnes handicapées tout en respectant des principes de justice et d'égalité entre personnes non handicapées et personnes en situation de handicap ? Le choix du concept d'équité a été retenu ici pour insister sur le fait que l'égalité est considérée comme un but, et non comme un point de départ : l'idée est de doter les individus d'outils différents pour qu'ils puissent tous arriver au même point, pour produire une égalité réelle face à l'emploi.

Non pas un droit univoque mais diverses règles de droit

Parmi ces outils, de très nombreux textes juridiques sont disponibles. Mais, du fait même de leur diversité, ils sont le plus souvent mal ou pas connus. Il est courant aussi qu'ils ne disent pas la même chose, voire qu'ils se contredisent les uns les autres, quand bien même ils traitent de l'emploi des personnes handicapées.

Certaines de ces règles relèvent de la non-discrimination (par exemple, l'obligation d'aménagement raisonnable), d'autres au contraire de « l'action positive » dédiée à une population spécifique (notamment l'obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés). Certaines formes de droit sont contraignantes, d'autres sont incitatives, par exemple des accords collectifs en matière de handicap qui entrent dans le cadre de « la qualité de vie au travail ».

Ces dispositifs doivent aussi être complétés par les mécanismes prévus dans le cadre de la santé au travail, en droit social. En réalité ces derniers sont bien plus prégnants que le droit de la non-discrimination, pour des raisons socio-historiques associées au droit du travail : ce sont notamment les obligations en matière d'(in)aptitude du salarié, de prévention des risques, et - avec elles - tout le droit de la protection sociale, avec ses régimes d'invalidité, d'incapacité, qui ne sont pas destinés directement aux personnes handicapées, mais aux travailleurs durablement affectés dans leur capacité de travailler. Le défi aujourd'hui est de mieux articuler ces deux mécanismes : ceux liés à l'exigence d'égalité, et ceux liés à l'exigence de santé pour rendre effectifs l'emploi et le maintien dans l'emploi des personnes handicapées.

Dans ce cadre très général, la fonction publique a des spécificités. Notamment parce qu'elle est fondée sur le principe d'égalité : le principe d'égalité des chances, plus que celui des places, y est essentiel, ce dont rend très bien compte le fameux concours de la fonction publique. Néanmoins, ce système s'est quelque peu adapté à la situation de handicap : en témoigne la possibilité de son aménagement. Mais ces dispositifs d'aménagements sont malheureusement assez peu connus, on ignore souvent que ce n'est pas uniquement un aménagement de temps ; par exemple, qui sait que la fonction publique territoriale a la possibilité de recruter des personnes hors concours *via* un système de stage ? Parmi les personnels de la fonction publique, on a divers statuts : les fonctionnaires titulaires, les fonctionnaires stagiaires, mais aussi de plus en plus de contractuels de droit public et de droit privé. Or, ils n'ont pas les mêmes droits : ainsi, les fonctionnaires stagiaires reconnus inaptes à leur fonction pendant leur période de stage ne bénéficient d'aucune obligation de reclassement ; ils peuvent être licenciés, purement et simplement, comme cela a été rappelé par une décision du Conseil d'Etat en février 2016.

Le recrutement trop souvent négligé dans les politiques « handicap et emploi »

Face à ces régimes multiples, il arrive que les entreprises publiques optent pour des politiques *a minima*. Ainsi, on constate des actions de maintien dans l'emploi, beaucoup plus que de recrutements de personnes en situation de handicap. Or, il s'agit là d'une question macro-économique, transversale qui dépasse celle des strictes politiques d'emploi des travailleurs handicapés : il y a d'abord tout ce qui concerne l'accessibilité aux bâtiments. Ensuite, il y a tout ce qui concerne la procédure de recrutement elle-même. Il y a en troisième lieu le maintien dans l'emploi et tout ce qui concerne l'aménagement de poste, et il y a la prise en compte de la personne tout au long de sa carrière, alors même que certains emplois « fabriquent » du handicap. Enfin il y a l'égalité des carrières. Ce dernier aspect est le plus coûteux, symboliquement et matériellement, et le plus souvent négligé, car il engage tout au long de la vie professionnelle d'une personne.

On constate trop souvent que les entreprises privilégient le maintien au recrutement parce qu'elles pensent qu'elles n'ont pas le droit de licencier les personnes avec un handicap reconnu, alors qu'elles ont le droit de ne pas embaucher une personne handicapée (si tant est qu'elles ne refusent pas leur embauche au motif du handicap). Ces représentations du droit ne sont que partiellement justes, mais fausses ou non, elles ont un impact très concret : ce qui va être considéré comme « raisonnable » en matière de maintien sera considéré différemment en termes de recrutement. Dans certains établissements (hospitaliers notamment), on entend : « on a déjà plein de gens qui deviennent handicapés, donc on ne va pas en plus recruter des personnes handicapées ».

On entre alors dans un cercle vicieux, car si on envoie comme message collectif qu'on ne peut pas recruter de personnes handicapées, on signifie aux personnes souffrant de problème de santé invalidants qui sont dans la structure qu'elles ne peuvent pas évoluer professionnellement, donc on les incite à ne pas parler de leur situation, de telle sorte qu'elles n'en parlent souvent que trop tard et qu'on aura plus de difficulté à les maintenir « intelligemment » dans l'emploi. Ce cercle vicieux aboutit souvent à alimenter des représentations et propos discriminants au motif qu'on a fait du maintien dans l'emploi, même si on s'interdit de dire frontalement « non, dans mon organisation, je ne veux pas recruter de personne en situation de handicap ». Il faut comprendre que recrutement et maintien dans l'emploi ne sont pas antinomiques, mais synergiques : si on ne fait pas de recrutement, on ne peut pas améliorer le maintien dans l'emploi.

Les praticiens qui travaillent avec les entreprises constatent que celles-ci sont très ouvertes à l'emploi des personnes handicapées, pourvu... qu'elles ne soient pas véritablement, ou pas « trop » handicapées. Leur intégration est envisagée à condition qu'elles n'aient aucun ou très peu de besoins spécifiques ; quand elles en ont, l'amalgame est très fréquemment fait entre compensation et discrimination positive. Or, la compensation est la réponse à un désavantage subi par une personne du fait des conséquences de sa situation de handicap : la compensation est un outil de production d'égalité des chances. La discrimination positive, ce serait un avantage supplémentaire qui serait donné alors que la personne serait déjà à égalité avec les autres. La France, en général, et la fonction publique en particulier analysent volontiers la différence de traitement comme une rupture d'égalité,

alors qu'elle peut en être la condition. La loi de 2005 n'est pas une loi de discrimination positive, mais bien d'action positive.

La tentation de hiérarchiser les déficiences et de fixer les réponses

Le handicap psychique est considéré comme spécialement difficile en situation d'emploi. On constate donc un taux de chômage encore plus important chez les personnes concernées, alors qu'il est - tout handicap confondu - déjà deux fois plus élevé que celui de la population générale. Il est donc important et intéressant de comprendre ce phénomène, mais en inversant le mode de questionnement : au lieu de se répéter que le handicap « psy » est incompatible avec l'emploi, regardons en quoi il peut être complexe, et en quoi il interroge les pratiques actuelles. Le handicap psychique est souvent invisible ; par rebond, on a du mal à l'objectiver : on peut se représenter les troubles ou les pathologies auxquelles il renvoie, mais on manque de schémas mentaux pour savoir comment il va s'exprimer, quelles conséquences cela va avoir en situation de travail... à la différence d'autres types de handicap qu'on se représente plus facilement, en se trompant la plupart du temps, mais dans lesquels on arrive à se projeter. Il y a aussi une peur spécifique du handicap « psy ». La France n'est pas très en avance sur ce point, faute d'éducation à la santé mentale, à la gestion des émotions très souvent disqualifiées d'emblée dans notre système de formation... Tout ceci alimente des discours et des pratiques discriminantes, au motif que l'on protège les personnes, et notamment les équipes de travail.

Au-delà de la situation de handicap, des problèmes sociaux viennent parfois s'ajouter, avec lesquels l'employeur est plus ou moins à l'aise. Il paraît incontournable de dégager du temps pour écouter les personnes, pour réfléchir ensemble à la recherche de solutions partagées, pour identifier les outils en matière de RH, de réorganisation du travail et de management de proximité : c'est ainsi qu'on invente des réponses qui ne sont pas seulement techniques et ergonomiques et qui peuvent être évolutives. Ceci est particulièrement important dans le cas du handicap psychique, mais pas exclusivement : personne n'est irrémédiablement figé dans sa situation de handicap.

Une difficulté majeure rencontrée, spécialement dans les grandes entreprises, touche aux logiques de standardisation, mobilisées au nom de l'égalité et de l'efficacité. Or, dès qu'une personne ne peut plus rentrer dans le *process*, on ne sait plus que faire. On oublie beaucoup, malgré la loi, que le travail doit s'adapter à l'homme et non l'inverse. Il y a encore des structures qui n'ont pas pris en compte cette obligation du code du travail, tout simplement parce que c'est plus simple pour elles de demander au travailleur de s'adapter, comme on demandait jusque récemment aux personnes handicapées d'être « comme tout le monde », de « faire comme si » et de s'adapter au monde dit « ordinaire ». La loi de 2005 entérine un changement de paradigme qui s'avère long à assimiler.

Aujourd'hui, la plupart des employeurs savent procéder à des aménagements techniques de poste : un clavier braille, un logiciel spécifique, un écran plus large, un transport adapté, un siège ergonomique... d'autant que le FIPHP les finance. En revanche, tout se complique quand on a besoin de temps et de bienveillance pour prendre en compte la singularité de la personne et de la situation, quand cela impacte les méthodes managériales. Les modifications des organisations du travail suscitent toujours une forte résistance, spécialement dans les grandes entreprises. Pour les petites, la question des moyens est plus centrale.

Penser emploi accompagné ?

Le dispositif d'emploi accompagné a été institutionnalisé par la loi Travail du 8 août 2016. Il reste cependant limité aux personnes qui ont la RQTH et exclut de fait une masse importante de personnes en situation de handicap - notamment psychique - qui ne veulent pas le rendre public. Le texte prévoit un dispositif de contractualisation individualisée entre l'employeur et la personne handicapée. Reste à savoir comment les acteurs se l'approprient.

Les obligations en matière d'aménagements raisonnables, dans lesquelles pourraient s'inscrire l'emploi accompagné, peinent aussi à exister concrètement, même si la directive européenne (2000/78) a maintenant plus de 15 ans. Le droit français a préféré l'expression de « mesure appropriée », et a placé cette disposition non pas dans le chapitre consacré à l'interdiction des

discriminations, mais dans la partie du code du travail et son livre V sur l'emploi. En termes de symbole, le fait d'avoir détaché ce nouveau droit de la lutte contre les discriminations est un choix politique limitatif. D'autant que le texte dit que l'absence de ces mesures « peut » constituer une discrimination et non qu'elle constitue une discrimination. Il s'en suit que l'obligation d'aménagement raisonnable est très mal connue des employeurs, des syndicats, des personnes directement concernées et même des professionnels du droit. Sur le site de Légifrance¹, on ne trouve que deux décisions de justice où des personnes handicapées ont demandé la condamnation d'un employeur pour avoir été discriminées du fait de l'absence de ces mesures.

Parmi les autres ressources pour adapter le travail à l'homme, les textes relatifs à la prévention des risques, sont essentiels : l'obligation de l'employeur de préserver la santé physique et mentale des travailleurs l'oblige à adapter le poste de travail en fonction de l'état de santé.

Le droit à la compensation, inscrit dans le droit du travail, est aussi un outil à saisir.

Pas d'équité sans accessibilité et sans coordination des acteurs

Plus globalement, l'effectivité des droits des travailleurs et l'égalité dans l'emploi exigent d'abord que l'accessibilité soit mise en œuvre. Or celle-ci est sans cesse menacée par des logiques et des acteurs qui n'en ont pas saisi l'enjeu, y compris au plus haut niveau politique.

Le combat est donc incessant, à la fois à une échelle macro et à une échelle micro. Un élément intéressant de la loi travail de 2016 tient à l'élargissement de la compétence du CHSCT à la question du handicap. Ceci permettra, dans les entreprises dotées d'un CHSCT, de réfléchir dans un espace collectif comprenant des représentants des salariés, le médecin du travail s'il s'y engage, l'employeur, pour définir des politiques internes qui associent handicap, santé et égalité.

Plus globalement, c'est aussi la coordination des multiples acteurs intervenant sur les questions d'emploi des travailleurs handicapés et de santé au travail qui fait parfois défaut, freinant ainsi la production de décisions équitables.

Les différentes expériences de terrain montrent le rôle central du médecin du travail dans ce processus, point souvent problématique en contexte de pénurie de médecins du travail. Il n'est pas rare que ceux-ci aient à traiter de la situation de plusieurs milliers de salariés, et/ou qu'ils ne connaissent guère les règles de droit spécifiques à telle ou telle entreprise ou encore ses contraintes concrètes d'organisation du travail. Il faut une coordination entre les ressources humaines et le médecin du travail, pour répondre au mieux aux situations les plus problématiques des agents ou salariés, sans quoi la médecine du travail peut émettre des avis d'(in)aptitudes avec lesquelles le DRH sera bien en difficulté de composer. Que faire par exemple lorsqu'un DRH hospitalier reçoit un avis d'aptitude d'un agent des services hospitaliers sur un poste de bio-nettoyage, tout en le déclarant inapte à balayer, aspirer, utiliser l'auto-laveuse, soulever plus de 2 kg ?

Il n'est pas rare non plus que des tensions, voire des conflits, naissent à propos du secret médical. Deux notions différentes sont souvent confondues : la pathologie et ses conséquences et la compensation des besoins spécifiques. Le médecin est l'analyste de la pathologie et de ses conséquences. Mais, *a priori*, son rôle, à tout le moins en tant que seul intervenant, devrait s'arrêter là. Ensuite, on doit étudier les compensations en pluridisciplinarité. L'objet des médecins du travail est la pathologie et ses conséquences, celui des RH, chefs de service, responsables d'équipe, experts divers (Sameth notamment) et de la personne directement concernée est celui des moyens de la compensation, même si, naturellement, le médecin peut avoir un avis pertinent dans ce domaine et en particulier pour ce qui est de l'adéquation des compensations au regard des conséquences de la pathologie ou déficience qu'il a identifiées. De ce point de vue, le droit ne lève pas tout à fait la confusion, car il reconnaît au médecin du travail la possibilité de préconiser des mesures individuelles d'aménagement du poste de travail. On arrive ainsi parfois à des tensions délétères pour le maintien en emploi, chacun restant rivé sur ses positions et le secret médical étant en quelque sorte instrumenté par les uns et les autres pour en rester là.

¹ Consultation : juin 2017.

Il apparaît clairement que la production d'équité dans l'emploi est bien plus large qu'une expertise d'ergonome, d'adaptation de poste. L'univers de travail n'a pas assez exploré les enjeux des aménagements raisonnables en termes de souplesse et de créativité des organisations. Un autre enjeu est de sortir des politiques de silos en fonction des caractéristiques des personnels : personnes handicapées, femmes, minorités religieuses... S'interroger sur la thématique du management des personnes handicapées, c'est juste s'intéresser au management et à la conciliation du travail avec les besoins des personnes et les autres domaines de la vie sociale.

Références

- Dirringer Josepha, Les aménagements raisonnables : entre logique d'égalité et logique de santé, in T. Gründler, T. Dumortier (dir.), *Aménagement raisonnable et non-discrimination*, rapport final, octobre 2016 (http://www.aridis-recherche.fr/files/files_file_803.pdf)
- FIPHFP, *L'accompagnement des agents en situation de handicap au cours de leur vie professionnelle*, 2015.
- Joly, Laurène, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, 2015.
- Leroy-Hatala, Claire, Le maintien dans l'emploi de personnes souffrant de handicap psychique, un défi organisationnel pour l'entreprise, *Revue française des Affaires sociales*, 2009, 1, p. 301-319.
- Tisserant Guy, *Le handicap en entreprise : contrainte ou opportunité ? Vers un management équitable de la singularité*, 2012, Pearson France.
- Thivet Delphine et Fillion Emmanuelle, Lutte contre les discriminations : l'exemple des personnels hospitaliers, *Les Cahiers de la fonction publique*, 2017, n° 373, p. 28-32.