

Les facteurs de pénibilité : bilan et enjeux à ce jour ?

Bonjour à tous, nous sommes étudiantes au sein du Master 2 Droit social de la faculté de Droit de l'Université de Strasbourg et Madame Fabienne Muller, notre directrice, nous a proposé d'intervenir dans ce colloque, sur le thème des facteurs de pénibilité. Nous la remercions pour la confiance qu'elle nous a accordée.

Le travail a toujours été associé à la pénibilité. Selon le Dictionnaire Historique de la Langue Française, en ancien français, le verbe « travailler » signifie « souffrir ». Il s'est appliqué spécialement à un condamné que l'on torture, mais aussi à une femme dans les douleurs de l'enfantement.

Suivant les époques et l'évolution des techniques, la pénibilité du travail a pris des formes différentes et on s'est efforcé d'y trouver des solutions, de façon plus ou moins convaincante.

DEFINITION DE LA PENIBILITE AU TRAVAIL

L'ergonome Serge Volkoff a expliqué qu'on pouvait distinguer trois acceptions de la pénibilité du travail : tout d'abord, celle-ci peut consister en une situation de travail qui influe, à plus ou moins longue échéance, sur l'espérance de vie du travailleur et sur sa qualité de vie au grand âge ; ensuite, elle peut être entendue comme recouvrant les déficiences de santé avec lesquelles vivent certains salariés ; enfin, on peut s'intéresser à la perception qu'ont les intéressés de la pénibilité de leur travail, cette approche insistant alors sur la composante subjective de la pénibilité et sur le sentiment de mal-être au travail.

La pénibilité du travail est traitée de façon plus restrictive par le législateur. Elle est définie par l'article L4121-3-1 du Code du travail comme étant liée à « un ou plusieurs facteurs de risques professionnels » eux-mêmes liés « à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail », « susceptibles de laisser des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé » du travailleur. Ce qu'il faut bien retenir c'est que lorsqu'on parle de pénibilité du travail et des mesures prévues par la loi pour la prévenir, la tracer, et la compenser, on ne s'intéresse qu'à celle qui découle des facteurs limitativement énumérés par le décret du 30 mars 2011 sur lesquels on va se pencher dans quelques instants.

INTRODUCTION DU CONCEPT DE PENIBILITE EN FRANCE

En France, comme dans de nombreux pays européens, la population vieillit. Les « baby-boomers », nés dans les années 50, sont aujourd'hui en fin de carrière. Cette situation démographique a conduit les pouvoirs publics à se poser deux questions essentielles : celle de l'employabilité des seniors et celle du recul de l'âge de départ à la retraite, présenté comme un moyen de rééquilibrer le financement du système.

Depuis 10 ans, pas moins de quatre réformes, si l'on compte celle qui est en train d'être votée, ont eu pour objet l'allongement de la durée de cotisation, voire le recul de l'âge de départ à la retraite des salariés.

Or, on ne peut pas allonger la durée de la carrière des salariés, imposer à ces derniers d'aller travailler alors qu'ils sont âgés, sans se poser la question de la pénibilité au travail.

Des rapports de 2003 et de 2005 ont tenté de cerner la question de la pénibilité. Au même moment, la loi Fillon du 23 août 2003 a invité les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel à se prononcer sur la notion de pénibilité et sur sa prise en compte dans le rallongement des périodes de cotisation. Malgré une première tentative de définition, la négociation lancée deux ans plus tard fut un échec.

Le rapport Poisson, intitulé « *Prévenir et compenser la pénibilité au travail* » a été présenté devant la Commission des Affaires Sociales le 27 mai 2008. A ce moment là, la négociation entre les partenaires sociaux était encore dans l'impasse, mais le rapport a malgré tout invité ces derniers à continuer leurs travaux.

La notion de pénibilité a ressurgi dans la loi de financement de la sécurité sociale du 17 décembre 2008 qui instaure pour certaines entreprises l'obligation d'être couverte par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des personnes âgées. Cette négociation doit notamment porter sur l'« amélioration des conditions de travail et de prévention des situations de pénibilité ».

Alors que le ministre du travail de l'époque, Eric Woerth, envisage une nouvelle réforme des retraites, on dénombre près de trois millions de manifestants. Pour calmer ce mouvement social, le gouvernement consent à introduire dans la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites un volet relatif à la pénibilité du travail.

La pénibilité a été envisagée tout d'abord pour justifier un départ anticipé à la retraite, c'est-à-dire sous l'angle de la compensation. Un salarié exposé à des facteurs de pénibilité durant toute sa carrière se voit ainsi offerte la possibilité de prendre sa retraite de façon anticipée.

Mais, parce qu'il vaut mieux prévenir que guérir, le législateur a pris soin d'envisager la question de la pénibilité sous l'angle de la prévention : celle-ci consistant dans l'identification des risques et dans la prise de mesures adaptées pour les supprimer, ou à défaut les réduire.

Enfin, au sein d'une même entreprise, les risques auxquels le salarié est exposé peuvent varier soit en raison de l'évolution de l'outil de travail, soit du fait de l'évolution du salarié lui-même. Aujourd'hui on sait qu'un salarié n'a plus un parcours professionnel linéaire et c'est pour cela que la question de la traçabilité est devenue d'autant plus importante. Dès lors, le suivi de l'exposition des salariés aux risques est apparu essentiel.

DEFINITION DES FACTEURS DE PENIBILITE

Le décret du 30 mars 2011 est venu préciser les facteurs de risques professionnels pris en compte dans le cadre de la prévention de la pénibilité. Il s'agit des risques susceptibles de laisser des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé. On dénombre 10 facteurs regroupés en 3 catégories.

Tout d'abord, au titre des « contraintes physiques marquées », on retrouve les manutentions manuelles de charges. Il s'agit de toute opération de transport ou de soutien de charge, dont le levage, la pause, la poussée, la traction, le port ou le déplacement, qui exige l'effort physique d'un ou de plusieurs travailleurs ». Ainsi, les manutentions manuelles de charges ne se limitent pas au simple port de charges. On retrouve également les postures pénibles définies comme position forcée des articulations. Et enfin, les vibrations mécaniques.

Ensuite, au titre de l'environnement agressif, sont envisagés les agents chimiques dangereux, les activités exercées en milieu hyperbare, les températures extrêmes et le bruit.

Enfin, au titre des contraintes liées aux rythmes de travail. On distingue tout d'abord le travail de nuit c'est-à-dire celui effectué entre 21h et 6h. On retrouve également le travail en équipes successives alternantes ainsi que le travail répétitif.

OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

Il faut garder à l'esprit que la notion de pénibilité ne se substitue pas à celle de risque professionnel. En effet, celui-ci est inhérent à l'entreprise. La théorie du risque professionnel repose sur l'idée que l'employeur crée un risque par son activité, et que c'est à lui d'en supporter les conséquences. Ce postulat se traduit juridiquement par une obligation de sécurité de résultat mise à la charge de l'employeur.

L'article L4121-1 du Code du travail dispose que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ».

1. DIAGNOSTIC

Cette protection nécessite une identification préalable des risques présents dans l'entreprise. A ce titre, le *document unique d'évaluation des risques* est obligatoire dans toutes les entreprises, quel que soit leur effectif et le secteur d'activité. Dans le cas où l'entreprise posséderait plusieurs établissements, un document unique sera élaboré dans chacun d'entre eux. Il s'agit de dresser un inventaire des risques de chaque unité de travail, de les hiérarchiser et de lister les mesures mises en œuvre pour les prévenir. Le document unique doit être mis à jour au moins une fois par an. Cette mise à jour est également exigée lors de toute décision d'aménagement importante modifiant les conditions de santé, de sécurité ou de travail ou encore quand est recueillie une information supplémentaire (nouvelle connaissance scientifique et technique, reconnaissance d'un AT mettant en exergue un risque non encore identifié). Le défaut d'élaboration du document unique est sanctionné par une contravention de 5^{ème} classe (amende de 1500€).

Dans le cadre de la prévention de la pénibilité, le diagnostic constitue une étape clé. Il consiste à identifier les postes de travail et les salariés concernés par les facteurs de risques répondant aux critères de pénibilité. Le résultat et le mode de calcul des effectifs exposés et des conditions d'exposition doivent être annexés au document unique.

2. PREVENTION

La prévention de la pénibilité s'inscrit dans le cadre général de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, elle s'impose donc à toutes les catégories d'entreprises, quelle que soit leur taille. Selon Jean DAUSSET, Prix Nobel de médecine 1980 : « *Gérer un risque, c'est l'assumer en toute connaissance de cause et ne pas confondre imprévisibilité et imprévoyance. On n'a pas le droit d'être imprévoyant vis-à-vis de la santé de nos salariés.* »

Cependant, il convient de préciser la situation spécifique des entreprises de 50 salariés et plus ou appartenant à un groupe de 50 salariés et plus, dont au moins 50% de l'effectif est exposé à un facteur de pénibilité. En effet le législateur leur impose soit de négocier un accord, soit d'adopter un plan unilatéral d'action (art L139-29 à -31 CSS).

Actuellement l'employeur dispose d'une alternative ; mais le projet de loi présenté le 18 septembre 2013 réformant les retraites prévoit que le plan d'action n'intervienne qu'en cas d'échec des négociations (futur art L4163-2 à -4 du Code du travail – nouveau titre dans la partie 4 intitulée Santé et sécurité au travail).

Les thèmes de négociation :

- la réduction des poly-expositions
- l'adaptation et l'aménagement des postes de travail
 - ➔ La loi impose d'en choisir au moins un parmi les deux.
- l'amélioration des conditions de travail
- le développement des compétences et des qualifications
- l'aménagement des fins de carrière
- le maintien en activité et la prévention de la désinsertion professionnelle des salariés.
 - ➔ La loi impose d'en choisir au moins 2 parmi les 4.

En pratique, on peut remarquer que ces catégories sont très voire trop générales : une mesure prise par l'employeur peut être classée dans plusieurs catégories.

Chaque thème retenu dans l'accord ou dans le plan d'action doit être assorti d'objectifs chiffrés dont la réalisation est mesurée au moyen d'indicateurs.

A défaut de plan d'action, une pénalité maximale d'1% de la masse salariale est encourue par l'employeur pour les périodes durant lesquelles l'entreprise n'est pas couverte.

3. TRACABILITE

La traçabilité, élément essentiel tant pour la prévention que pour la compensation, vise à établir une fiche de prévention des expositions pour chaque salarié exposé à un ou plusieurs facteurs de risques retenus pour définir la pénibilité.

L'employeur doit consigner dans cette fiche, les conditions de pénibilité auxquelles le travailleur est exposé ainsi que la période d'exposition considérée et les mesures de prévention mises en œuvre. Cette fiche doit être régulièrement mise à jour. L'absence de fiche individuelle ou de sa mise à jour est passible d'une contravention de 5^{ème} classe (amende de 1500€ appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction).

On constate ainsi une translation de l'appréciation purement collective à une appréciation individuelle du risque, recentrée sur le salarié.

4. COMPENSATION

La dernière étape du dispositif de lutte contre la pénibilité au travail consiste en la compensation des effets résultant de l'exposition aux facteurs de pénibilité. Ce volet compensatoire a été progressivement étoffé en raison précisément des traces durables et irréversibles observées sur la santé des travailleurs suite à leur exposition à ces facteurs. A ce titre, il convient de distinguer les simples mesures d'allègement permettant de réduire l'exposition des salariés qui restent occupés à des travaux pénibles, des vraies mesures de compensation mises en œuvre pour les salariés ayant été exposés pendant un certain temps.

S'agissant des salariés toujours exposés, la solution réside dans la réduction du temps de travail pénible : il peut s'agir d'une réduction générale du temps de travail avec un passage du salarié à un temps partiel. Dans cette hypothèse, il convient de préciser la situation des salariés ayant déjà atteint l'âge légal de départ en retraite : en effet, ce passage à temps partiel pourra alors être envisagé dans le cadre d'une retraite progressive. Le principe est simple : le salarié cumule son activité à temps partiel avec une fraction de sa pension de vieillesse tout en continuant à améliorer ses droits à retraite futurs. Cependant, les conditions pour pouvoir en bénéficier sont assez restrictives : avoir l'âge légal de départ en retraite, exercer une seule activité à temps partiel, inférieure d'au moins un cinquième à la durée légale ou conventionnelle du travail dans l'entreprise et justifier d'au moins 150 trimestres auprès d'un ou plusieurs régimes de retraite de base. De plus, l'employeur est en droit de refuser ce passage à temps partiel notamment si le salarié travaillait auparavant à temps complet : l'accord des deux parties est nécessaire.

Il peut également s'agir d'une réduction du temps d'exposition par le biais d'un changement de fonction : le salarié peut se voir offrir une mission de tutorat au sein de l'entreprise. Cette possibilité est à envisager dans le cadre plus général du contrat de génération : ce dispositif d'aide à l'emploi vise à créer des binômes jeune-senior pour encourager l'embauche des jeunes et garantir le maintien dans l'emploi des seniors, tout en assurant la transmission des compétences. Issu de la loi du 1^{er} mars 2013, le contrat de génération contribue aussi à la lutte contre la pénibilité au travail : en effet, le diagnostic préalable à l'accord collectif ou au plan d'action adopté dans l'entreprise porte sur la pyramide des âges, l'évolution dans l'entreprise mais également sur les conditions de travail des salariés âgés et les pénibilités. Cette nouvelle obligation de négociation à la charge des entreprises renforce ainsi la prévention de la pénibilité et propose une solution de compensation à travers l'instauration du tutorat dans l'entreprise.

S'agissant des mesures de compensation proprement dites, on peut citer l'attribution de journées de repos ou de congés supplémentaires ou encore le versement de primes ou d'abondement au compte épargne temps du salarié exposé. Ces mesures à la charge exclusive de l'employeur restent cependant très rares en pratique.

Enfin, la principale mesure de compensation de la pénibilité consiste en la possibilité offerte au salarié exposé de partir à la retraite à 60 ans au taux plein sous certaines conditions. Ce droit à la retraite anticipée a été créé par la réforme des retraites de 2010 mais reste très encadré : il suppose notamment la reconnaissance d'un taux d'incapacité permanente. Tout en marquant un progrès par rapport à la situation antérieure, cette voie de sortie est très restrictive et donc peu utilisée : la CNAV recense seulement 3864 retraités ayant bénéficié de ce dispositif au 31 décembre 2012.

On observe ainsi que l'approche de la compensation reste très médicale et réparatrice : la pénibilité n'est compensée que lorsqu'il est trop tard, lorsque l'invalidité est manifeste. De plus, bien souvent, les effets sur l'organisme d'une exposition prolongée à des facteurs de pénibilité ne se révèlent qu'après le départ en retraite. Enfin, si la réparation existe, elle est loin d'être suffisante.

La compensation de la pénibilité reste une problématique actuelle : la preuve en est sa présence dans le projet de loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites présenté le 18 septembre 2013.

LES ENJEUX : PROJET DE LOI 2013

➤ **Extension du dispositif de retraite progressive ?**

Le projet de loi vise tout d'abord à étendre le dispositif de la retraite progressive. Le projet de loi prévoit notamment de maintenir l'âge nécessaire pour en profiter à 60 ans malgré le passage de l'âge légal de départ en retraite de 60 ans à 62 ans.

➤ **Compte personnel de prévention de la pénibilité : à partir du 1^{er} janvier 2015**

L'une des innovations majeures du projet de loi consiste en l'instauration d'un compte personnel de prévention de la pénibilité dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2015. Ouvert pour les salariés du secteur privé exposés à des conditions de travail réduisant l'espérance de vie, ce compte permettra de cumuler des points. Chaque trimestre d'exposition à un facteur de pénibilité donnera droit à un point (2 points en cas d'exposition à plusieurs facteurs). Le nombre de points sera plafonné à 100. Les points accumulés pourront être affectés à une ou plusieurs des trois utilisations proposées à savoir :

- Financer tout ou partie des formations afin de se réorienter vers un métier moins pénible.
- Financer un maintien de rémunération lors d'un passage à temps partiel en fin de carrière.
- Financer une majoration de la durée d'assurance vieillesse.

Ainsi, dix points sur le compte donneront droit à 1 trimestre (formation, temps partiel ou retraite) ; mais les 20 premiers points seront en principe consacrés à la formation. Par exemple, cinq ans d'exposition à seul facteur de pénibilité donneront droit à 2 trimestres de formation.

➤ **Financement de la lutte contre la pénibilité ?**

La question du financement de la lutte contre la pénibilité au travail doit également être abordée. On voit réapparaître ici le lien entre travail et pénibilité : en effet, le financement des mesures de prévention ou de compensation va être mis à la charge de l'employeur.

Ainsi, par exemple, le dispositif de départ anticipé en retraite pour pénibilité devait être financé non pas par la branche vieillesse mais par la branche des accidents du travail-maladies professionnelles au moyen d'une majoration supplémentaire de la cotisation AT des entreprises. Ce mode de financement fut un échec.

Par ailleurs, la loi du 9 novembre 2010 a créé un fonds national de soutien relatif à la pénibilité ayant vocation à soutenir, sous forme de subventions, les actions déployées dans le champ de la prévention par les entreprises et les branches. Toutefois, ce fonds ne peut financer des mesures de compensation. Mis en place jusqu'au 31 décembre 2013, ce fonds est placé auprès de la CNAMTS et sa gestion régionale est confiée aux CARSAT. Mais depuis le 12 avril 2012, date de lancement du dispositif, les demandes de subvention ont été quasiment inexistantes. Ce mode de financement a toutefois été reconduit pour le financement du compte pénibilité.

Les recettes de ce fonds seront ainsi constituées de deux cotisations distinctes :

- Une première cotisation due par les employeurs au titre des salariés qu'ils emploient et qui entrent dans le champ d'application du compte pénibilité. Cette cotisation est égale à un pourcentage fixé par décret dans la limite de 0,2% des rémunérations ou gains perçus par ces salariés.

- Une cotisation additionnelle due par les seules entreprises qui exposent au moins un de leurs salariés à la pénibilité :
 - o Le montant de cette cotisation, fixé par décret, est compris entre 0,3 et 0,8% des rémunérations ou gains du salarié exposé.
 - o Un taux spécifique, compris entre 0,6 et 1,6%, est appliqué au titre des salariés ayant été exposés simultanément à plusieurs facteurs de pénibilité.

Le principe du compte personnel de pénibilité a été adopté par l'Assemblée Nationale dans la nuit du 10 au 11 octobre dernier. On peut imaginer qu'il sera source de crispations pour de nombreuses entreprises. En effet, les employeurs ayant assuré une traçabilité exemplaire des risques présents dans l'entreprise disposent désormais d'une liste des salariés exposés. Ces derniers pourront donc, sans aucune difficulté, faire valoir leur exposition aux risques identifiés pour alimenter leur compte pénibilité.

Lorsque les dispositions relatives à la traçabilité sont entrées en vigueur, les entreprises étaient loin de se douter que celles-ci mettraient à leur charge une obligation financière supplémentaire.

A une époque où le dialogue social est privilégié, la loyauté des négociations est essentielle. Celle-ci suppose que les partenaires sociaux puissent avoir confiance dans le dispositif. Or, l'environnement juridique social actuel est plus qu'instable. Des emplois seniors nous sommes passés au contrat de génération, partant de la prévention de la pénibilité nous envisageons aujourd'hui la création d'un compte pénibilité, ...

Ce dispositif sans fin constitue sans doute une difficulté supplémentaire pour les acteurs de la négociation. Toutefois, il a un mérite : il permet l'évolution, le perfectionnement.

LES RISQUES PSYCHOSOCIAUX

Les facteurs de pénibilité pris en considération dans le cadre du dispositif de lutte contre la pénibilité au travail sont strictement définis par la loi. Peut-on imaginer une extension des facteurs pris en compte ? Sous l'influence européenne, le droit français s'est enfin intéressé à la question de la santé mentale des travailleurs. Celle-ci a fait l'objet de différents accords spécifiques, tels que l'ANI du 2/07/2008 sur le stress au travail ainsi que l'ANI du 26/03/2010 sur le harcèlement et la violence au travail.

Le rapport Poisson lui-même définissait la pénibilité comme « le résultat de sollicitations physiques et psychiques excessives en regard de la physiologie humaine ».

Le stress ne devrait-il pas être considéré par la loi comme un facteur de pénibilité à part entière ?

Jusqu'à présent, les risques psychosociaux ont été écartés de la liste des facteurs de pénibilité, d'une part du fait de leur complexité à être évalués, et d'autre part du fait de leur diversité.

Dans le cadre du projet de réforme des retraites 2013, certains syndicats (CFE-CGC) souhaitaient inclure le stress dans les facteurs de pénibilité même si on ne sait pas aujourd'hui le quantifier. Mais manifestement, cette question n'a pas retenu l'attention du législateur.

Nous vous remercions de votre attention.