

LA PÉNIBILITÉ AU TRAVAIL

Les difficultés pratiques de mise en œuvre

par Olivier BAGLIO, Avocat au Barreau d'Avignon (1),
DEA Droit du travail et de la santé

PLAN

- I. Sur les résistances rencontrées dans la mise en œuvre du compte de pénibilité
 - A. Du côté patronal
 - B. Du côté des salariés
- II. Sur le véritable enjeu du compte personnel de pénibilité
 - A. Les enjeux de la pénibilité et, plus globalement, de la santé au travail
 - B. La prévention au cœur du dispositif

Après moult hésitations, le compte pénibilité devient désormais une réalité concrète en l'état des premières déclarations de salariés exposés en 2015 et de la comptabilisation des premiers points de pénibilité par les caisses désignées par la loi (CNAV, CARSAT et MSA).

Pour autant, ce dispositif, issu d'une longue réflexion sur les rapports existants entre la santé du salarié et son activité professionnelle, se heurte encore à de réelles résistances susceptibles de générer des difficultés dans sa mise en œuvre. Ces résistances ne sont d'ailleurs pas exclusivement le fait des organisations professionnelles, que celles-ci soient salariales ou patronales, mais résultent plutôt d'une conception sociétale des relations sociales confinant au rapport de force permanent sous l'arbitrage, parfois maladroite, de la loi. Ainsi, à tort ou à raison, l'entreprise et le salarié peuvent être tentés d'ignorer ou d'appliquer à minima un dispositif, pourtant novateur, en pointant ou revendiquant des difficultés de mise en œuvre (I).

Or, la préservation et la protection de la santé des salariés sont un sujet crucial qui doit nécessairement dépasser ces postures, parfois idéologiques, s'agissant, en définitive, de permettre à tout un chacun de pouvoir exercer une activité professionnelle dans des conditions de travail sécurisées et ce, dans l'intérêt bien compris du salarié comme de l'employeur (II).

I. Sur les résistances rencontrées dans la mise en œuvre du compte de pénibilité

Ces résistances seront naturellement différentes selon que l'on se place du côté de l'entreprise (A) ou du salarié (B).

A. Du côté patronal

La mise en place du compte pénibilité se heurte à des difficultés tout d'abord d'ordre psychologique (1.), mais surtout technique (2.)

1. Des difficultés d'ordre psychologique

Depuis sa création, le compte pénibilité est perçu comme une contrainte supplémentaire à de nombreuses et récentes créations législatives (accord sur l'emploi des seniors, accord sur l'égalité professionnelle, accord sur la pénibilité, mise en place des entretiens professionnels, prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu). Ces contraintes sont, pour la plupart d'entre elles, assorties de pénalités finan-

cières importantes, les pouvoirs publics étant passés, pour s'assurer de l'effectivité des textes ainsi votés, d'un système incitatif (aides financières, accompagnement) à un système purement répressif (pénalités financières, amende administrative, remise en cause des exonérations sociales).

L'aspect répressif du dispositif, auquel n'échappe pas le compte pénibilité, contrarie le monde patronal et induit trop souvent le réflexe d'une application à minima du dispositif, sans réelle prise de conscience des enjeux. Ainsi, la plupart des entreprises, notamment les TPE-PME, n'ont rien entrepris, alors même que la loi du 9 novembre 2010 leur faisait déjà obligation de recenser les postes à risque susceptibles d'altérer la santé du salarié, le recensement devant s'effectuer sous forme de fiche de prévention, et ce depuis le 1^{er} janvier 2012.

(1) L'auteur conseille les employeurs.

La seule démarche d'évaluation des risques professionnels a été initiée à la suite de la création, en 2001, du document unique d'évaluation des risques, présent aujourd'hui dans seulement 20 % des entreprises occupant habituellement moins de 20 salariés.

La loi du 20 janvier 2014 instituant le compte de pénibilité n'aura finalement pas rencontré plus de succès auprès des employeurs. Ainsi seule une minorité des entreprises ont amorcé une démarche de recensement et d'élaboration des fiches d'expositions, y consacrant un temps considérable et un budget en rapport. Or, la loi du 17 août 2015 a purement et simplement supprimé cette obligation particulière. Les entreprises qui n'avaient rien ou peu entrepris sur le sujet se sont trouvées confortées dans leur immobilisme quand les autres jurèrent qu'on ne les y reprendrait plus...

Cette instabilité chronique de l'environnement juridique en matière sociale, qui d'ailleurs n'est pas propre au compte pénibilité, brouille considérablement la lisibilité du message voulu par les pouvoirs publics. Vécu comme une contrainte, il n'est donc guère étonnant que la plupart des entreprises préfèrent pour l'instant ignorer ou appliquer à minima le dispositif du compte pénibilité, et croire en un changement politique en 2017 susceptible d'aboutir à sa suppression. Cette difficulté est réelle et affecte nécessairement la mise en œuvre du compte pénibilité dans des conditions optimales. Ce n'est pas malheureusement pas la seule.

2. Des difficultés techniques

La loi du 17 août 2015 et les décrets du 30 décembre 2015 sont issus d'un rapport rendu au Premier ministre le 26 mai 2015, qui visait à simplifier un dispositif jugé complexe par l'ensemble des organisations syndicales, et plus particulièrement les organisations patronales, à la suite de la loi du 20 janvier 2014.

Ainsi, la faculté donnée aux entreprises d'appliquer un référentiel de branche sans avoir à effectuer de diagnostics individuels constitue une véritable simplification dans la mise en œuvre du dispositif notamment dans les TPE-PME puisque l'entreprise l'utilisant sera réputée avoir appliqué de bonne foi le dispositif d'évaluation des risques d'expositions et échappera ainsi à toute pénalité. Sauf que l'ensemble des branches professionnelles est, à de rares exceptions près, très en retard dans l'élaboration d'un référentiel, dont il est désormais acquis qu'une infime minorité sera opérationnelle pour la date fatidique du 30 juin 2016. L'entreprise se retrouve une nouvelle fois seule, ce qui n'est pas fondamentalement un problème pour les grands groupes qui ont déjà anticipé la difficulté, mais demeure une contrainte parfois insurmontable pour les TPE-PME et leurs dirigeants, non formés à ce type

d'exercice, et qui s'exposeront donc à des pénalités financières.

Beaucoup d'entreprises attendent, en effet, l'élaboration et la diffusion des référentiels de branche pour entamer une première démarche d'évaluation des risques professionnels, vivant le dispositif comme une contrainte et non comme une opportunité de repenser à une organisation différente. Mais ce n'est pas le seul frein.

Évaluer un risque c'est le connaître. Si celui-ci survient, l'employeur ne pourra que reconnaître avoir eu conscience du danger auquel il a exposé son salarié pour l'avoir identifié préalablement à l'accident ou à la maladie professionnelle, et succomber dans le cadre d'un recours visant à la reconnaissance d'une faute inexcusable. C'est au demeurant là toute la problématique du très relatif succès du document unique d'évaluation des risques professionnels, pourtant obligatoire depuis 2001.

Les entreprises ont, pour la plupart, établi un diagnostic à minima des risques professionnels existants pour se prémunir des actions sur le terrain de la faute inexcusable, ou même pénale, en cas d'atteintes physiques à l'intégrité physique du salarié. Pire encore, beaucoup de TPE-PME ont abordé la problématique de l'évaluation des risques professionnels exclusivement sous l'angle d'une couverture d'assurance contre le recours pour faute inexcusable, la compagnie d'assurance choisie exigeant, au titre de ses conditions de garantie, la mise en place du document unique sans jamais en vérifier le contenu.

Pour tenter de rassurer ces entreprises, et sur les propositions du rapport *Sirugue-Huot-de Virville*, la loi prévoit désormais que la déclaration d'une exposition ne saurait constituer une présomption de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, dite de résultat. Pour autant, et même si la loi écarte désormais toute présomption de responsabilité, le juge saisi conservera toute latitude pour apprécier le comportement d'un employeur qui avait identifié un risque ayant causé un dommage au salarié, sans prendre les mesures de prévention idoines.

Rappelons que, pour s'exonérer de la faute inexcusable, l'employeur doit démontrer qu'il n'avait pas conscience du danger auquel était exposé le salarié. Quoique puisse en dire la loi nouvelle, évaluer et déclarer l'exposition d'un salarié à un risque identifié et sur une certaine durée revient nécessairement à avoir conscience du danger auquel celui-ci a été durablement exposé. L'articulation de ces textes avec l'état du droit positif en matière de recours pour faute inexcusable pose incontestablement une difficulté.

Pareillement, l'articulation entre la déclaration par l'employeur de l'exposition de ses salariés à un

risque identifié comme dangereux pour la santé et l'utilisation du droit de retrait pour danger grave et imminent, consacré par l'article L.4131-1 du Code du travail ne manquera pas de poser des difficultés en pratique.

À tout cela s'ajoutent des difficultés purement techniques, comme par exemple la prévention du risque lié à la poussière de bois dans les menuiseries, applicables au 1^{er} juillet 2016 au chapitre des risques chimiques. La norme européenne fixe un seuil maximal à 5 milligrammes par m³ d'air ; la France a transposé le texte européen en 2005 en ramenant à 1 milligramme par m³ d'air la norme applicable. Il est désormais envisagé un seuil de 0,3 milligramme par m³ d'air, ce qui semble effectivement le seuil pertinent garantissant au salarié une protection minimale contre nombre de maladies graves et mortelles provoquées par la poussière de bois, parfois 40 ans après l'exposition. Malheureusement et à ce jour, aucun fabricant de filtres n'est capable de garantir cette valeur dans le local utilisé par les salariés, obligeant en pratique l'employeur soit à déclarer l'ensemble de ses salariés exposés (ce qui, finalement, reviendrait à instituer un nouveau régime spécial de retraite), soit à les équiper de masques individuels avec des pauses de 20 minutes toutes les deux heures pour leur permettre de respirer à l'air libre (contraignant l'entreprise à aménager son temps de production et le temps de travail en conséquence). Il est à craindre que la majorité des entreprises du secteur préfèrent s'acquitter des pénalités correspondantes, alors même que la santé de leur salarié est manifestement altérée.

D'autres entreprises s'apprêtent à appliquer le dispositif à *minima* en identifiant et recensant les postes exposés et en prenant soin de ne jamais dépasser les seuils fixés. Ainsi, la mise en place d'une rotation entre salariés sur un même poste exposé dans la limite du seuil requis sera très certainement envisagée, créant une « poly-exposition » sans compensation.

La modification successive de l'emploi du salarié sur plusieurs postes exposés à des facteurs de pénibilité différents en restant sous les seuils sera également une piste, sachant que le salarié ne pourra le refuser, puisque sa qualification et sa rémunération contractuelles resteront maintenues. Il s'agira là, en effet, d'une simple modification des conditions de travail que le salarié sera tenu d'accepter, sauf s'il bénéficie de la qualité de salarié protégé.

Autant de moyens envisagés par l'employeur pour résister dans l'attente de jours qu'il espère meilleurs, ce qui affectera nécessairement l'efficacité d'un dispositif pourtant voulu ambitieux. Il n'est d'ailleurs pas exclu que le salarié lui-même critique ou ignore un dispositif conçu pourtant à la base dans son intérêt.

B. Du côté des salariés

Introduire la notion de pénibilité au sein de la collectivité de travail, en procédant à une distinction même objectivée par la loi, peut conduire à des difficultés. Certains salariés pourraient, en effet, avoir acquis la conviction légitime d'avoir été soumis à une pénibilité plus importante au cours de leur carrière professionnelle que celle de leurs collègues, ce qui pourrait cristalliser un conflit, notamment dans l'optique d'un départ anticipé en retraite.

En effet, et contrairement à certains pays, la pénibilité n'est envisagée en France que sous l'angle de facteurs strictement physiques, alors même que certains métiers sont pourtant reconnus comme particulièrement pénibles sur le plan psychique, à moyen ou long terme. L'exemple d'un agent d'accueil réceptionnant 7 heures par jour un public nombreux et varié, parfois agressif, souvent exigeant, est tout à fait significatif en la matière. Pour autant, cette pénibilité particulière n'est absolument pas envisagée à ce jour dans le dispositif.

À tort ou à raison, le dispositif sera nécessairement vécu comme source d'inégalité, voire d'injustice. En réalité, toute activité professionnelle comporte une part de pénibilité, ce qui pose la question de la notion de seuil. Un salarié qui aura déplacé 7 tonnes sur 120 jours ne sera pas considéré comme exposé à un facteur de pénibilité, alors que son collègue qui aura déplacé 7,5 tonnes sur la même durée sera éligible au dispositif et bénéficiera de l'ouverture d'un compte pénibilité. La loi ne distingue d'ailleurs pas selon la constitution physique du ou de la salariée concerné-e, le ressenti du déplacement de telles charges pouvant être différent selon le poids ou la taille de chacun.

Autant d'éléments pouvant conduire à une incompréhension du dispositif par les salariés, ce qui serait dommageable, la pénibilité ne devant pas être considérée comme un « Graal » leur permettant d'acquérir des droits supplémentaires, mais la compensation d'une situation par définition exceptionnelle et temporaire n'ayant pu être évitée.

Plus généralement, les salariés exposés aux risques définis par la loi exercent souvent des métiers situés au plus bas des catégories professionnelles, et il n'est pas certain que la seule information annuelle d'un nombre de points acquis au titre de la pénibilité suffise à les associer à un dispositif visant, en définitive, à préserver leur santé. En l'absence de tout accompagnement personnalisé pertinent, il est à craindre que les lignes ne bougent pas, le salarié continuant à exercer son emploi sans réelle prise de conscience jusqu'à la survenance d'un accident ou d'une maladie professionnelle, où seule la logique de réparation prévaudra. L'enjeu est pourtant de taille, puisqu'il s'agit de promouvoir

le salarié en véritable acteur de son devenir professionnel, au travers d'une portabilité désormais acquise en matière de formation professionnelle et de points de pénibilité lui permettant de valoriser et de modifier son parcours professionnel en fonction de ses aspirations personnelles ou, malheureusement, de son état de santé.

L'allongement de la durée du travail et la suppression des régimes de préretraite imposent, en effet, le maintien en activité de salariés âgés qui, faute d'évolution professionnelle significative, optent trop souvent pour un processus de rupture conventionnelle, assorti d'un portage Pôle Emploi jusqu'à l'âge de

la retraite. Pire encore, et pour les salariés dont l'état de santé s'est dégradé, l'avis d'inaptitude délivré par la médecine du travail résonne nécessairement comme un constat d'échec, faute d'avoir anticipé une orientation professionnelle différente ou aménagée.

Là encore, la logique contentieuse visant à la réparation d'un dommage désormais irréversible prévaudra. Or, la loi souhaite précisément voir se substituer à cette logique de réparation une logique de prévention des risques et d'accompagnement du parcours professionnel du salarié en amont. Il faudra pour cela que chacun prenne ses responsabilités.

II. Sur le véritable enjeu du compte personnel de pénibilité

Devant tant de résistances, il n'est pas inutile de rappeler les enjeux de la pénibilité au travail (A), induisant une volonté forte des pouvoirs publics de replacer la prévention au cœur du dispositif (B).

A. Les enjeux de la pénibilité et, plus globalement, de la santé au travail

Au-delà des considérations partisans et des postures idéologiques, il semble nécessaire de rappeler que l'enjeu de la loi reste la préservation et la protection de la santé du salarié dans le cadre de son activité professionnelle. Chaque individu dispose, en effet, d'un « capital santé » indissociablement lié à une espérance de vie qui ne doit aucunement être altérée par les conditions d'une activité professionnelle souvent choisie, mais parfois aussi économiquement subie. Le droit de pouvoir exercer une activité professionnelle sans devoir risquer sa vie à court, moyen ou long terme est, à cet égard, fondamental. Personne n'ose d'ailleurs raisonnablement en disconvenir puisqu'en définitive, seuls les moyens pour y parvenir diffèrent.

Or les emplois exposant les salariés à des risques susceptibles d'altérer leur santé existent et doivent être pourvus, puisque répondant à un besoin identifié, faute d'alternative économique viable. Il serait, dès lors, logique que ces salariés bénéficient d'une formation, d'un suivi médical spécifique, d'une qualification et d'une rémunération intégrant les risques ainsi identifiés tout au long de leur carrière professionnelle, et non seulement en fin de parcours, comme actuellement.

En pratique, on constate la situation inverse. Il est en effet symptomatique de relever que les emplois dont la pénibilité est aujourd'hui reconnue se situent, pour la plupart et sauf exception, au plus bas niveau des grilles conventionnelles, les partenaires sociaux n'ayant pas entendu les valoriser au travers de la définition des qualifications et de la rémunération qui

est associée. Il s'agit pourtant là d'un véritable sujet. Le salarié qui, en toute connaissance de cause, accepterait de sacrifier, même temporairement, une partie de son « capital santé » pour l'entreprise devrait avoir au moins droit à une qualification et une rémunération valorisée, qui pourraient être associées à des formations spécifiques, un suivi médicalisé propre et une gestion prévisionnelle et individualisée de sa carrière, à l'instar de ce qui existe aujourd'hui pour les salariés des centrales nucléaires exposés à la radioactivité. Dans cette configuration, le référentiel élaboré par les branches prendrait alors toute sa dimension, pour peu que l'on y associe les syndicats, la médecine du travail, les organismes de formation professionnelle et les organismes de prévoyance, qui ne demanderaient pas mieux, s'agissant pour eux d'une gestion du risque en amont.

En France, la pénibilité n'est aujourd'hui appréhendée qu'au travers d'une rupture anticipée du parcours professionnel, qu'il s'agisse du licenciement pour inaptitude physique, du départ anticipé en retraite pour carrière longue, ou encore et désormais, suite à la validation de points supplémentaires au titre de la pénibilité. Or, cette rupture est à la fois subie par l'entreprise, qui perd un salarié formé qu'elle doit, par ailleurs, indemniser parfois lourdement tout en le remplaçant, et par le salarié, qui a le sentiment légitime d'avoir été utilisé par le système, puis rejeté. En agissant seulement en fin de carrière professionnelle, la prévention de risques pourtant identifiés depuis l'origine est aujourd'hui un échec, le « capital santé » du salarié étant inévitablement altéré, et ce dans l'indifférence la plus totale.

C'est sans doute pour ces raisons que le compte personnel de pénibilité rencontre tant de résistance, complexe à mettre en œuvre pour les uns, inutile car trop timide pour les autres, alors même qu'il se veut novateur et ambitieux en recentrant la prévention des risques professionnels au cœur du dispositif, pour peu

que, dépassant les clivages traditionnels, chacun y mette du sien.

B. La prévention au cœur du dispositif

Comme en matière de prévention routière, la sécurité au travail est l'affaire de tous, sachant que le risque zéro n'existe pas. Malgré les critiques dont elle fait l'objet, la loi a le mérite d'identifier les risques les plus couramment répandus et de fixer des seuils maxima pour chaque facteur de pénibilité. Pour autant, il ne doit pas s'agir pour l'entreprise d'une limite maximale autorisée, mais d'une base de travail visant à diminuer au maximum l'impact des conditions de travail sur la santé des salariés. C'est là le véritable objectif de la loi.

Un plan d'actions visant à réduire encore un peu plus chaque année chacun des facteurs de pénibilité identifiés en y impliquant les salariés (chacun étant responsable de sa propre sécurité et de celle de ses collègues de travail) devra être consigné par l'entreprise dans un document unique... caractérisant ainsi la renaissance du Document unique d'évaluation des risques, obligatoire depuis 2001 et si peu utilisé. Cette démarche doit être préparée en amont, en s'entourant de compétences pluridisciplinaires (techniques, médicales ou encore organisationnelles) et en y associant tous les acteurs concernés (salariés, CHSCT, médecin du travail, entreprises sous-traitantes).

Ces plans d'action doivent amener l'entreprise à revoir et repenser son organisation pour y intégrer désormais les aspects liés à la sécurité des salariés, qui devront également être responsabilisés sur les conséquences de leurs agissements vis-à-vis d'eux-mêmes et des autres. Trop peu d'entreprises envisagent la sécurité au travail comme un outil de productivité supplémentaire et de fidélisation des salariés par le biais de formations dans le domaine de la sécurité qui, tôt ou tard, détermineront leur capacité à continuer d'occuper tel ou tel emploi.

Évidemment, ce travail de réflexion induit une évolution des comportements actuels et nécessite que la prévention des risques professionnels devienne un sujet central, et non une simple contrainte réglementaire au sein de chaque entreprise. Seul le document unique d'évaluation des risques professionnels constitue désormais la colonne vertébrale des obligations de l'employeur qui, lors d'un éventuel contentieux, pourra convaincre le juge des efforts entrepris en cette matière. L'employeur devra ainsi mener une politique de prévention des risques active et susceptible d'être exposée au juge dans le cadre de contentieux relatifs au respect par lui de son obligation de sécurité.

Or, et par une étrange coïncidence qui ne trompera personne, la Cour de cassation a, par un arrêt rendu le 25 novembre 2015 (2), légèrement infléchi sa position en considérant que l'employeur était désormais recevable à démontrer avoir satisfait à son obligation de sécurité, quand bien même l'état de santé du salarié fut tout de même altéré. Ainsi et désormais, la réalisation du dommage n'est plus la manifestation incontournable de la violation par l'employeur de son obligation de sécurité. Certes, celui-ci devra démontrer avoir mis en œuvre une véritable politique de prévention à l'égard du risque identifié et à l'origine du dommage subi par le salarié, en application des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail relatifs au principe de prévention des risques professionnels, mais si le juge considère le plan d'action mené satisfaisant, la responsabilité de l'entreprise ne sera plus engagée, alors qu'elle l'était pourtant systématiquement auparavant. Cette évolution n'est pas le fruit du hasard et contribue à la construction d'une nouvelle politique de la prévention des risques professionnels par la sensibilisation de tous les acteurs concernés.

Contrairement aux apparences, la loi relative au dispositif du compte pénibilité n'est pas tant complexe dans son contenu que dans son approche novatrice de la prévention des risques professionnels. L'objectif n'est pas de décrypter les décrets et les seuils un par un, mais de sortir d'une vision purement sécuritaire tout en faisant émerger une stratégie collective de prévention pour chaque poste de travail, que celui-ci soit ou non exposé.

Certaines entreprises ont, sur ce point, continué de privilégier une démarche individuelle, poste par poste, en animant des réunions d'expression avec les salariés concernés et leur hiérarchie directe, non pas sur le seul sujet de la sécurité au travail, mais, plus largement, sur les possibilités d'amélioration des conditions de travail et de productivité du poste. Les suggestions exprimées au cours de ces réunions sont partagées et traduites ensuite, sous réserve de compatibilité, dans le processus de production. Le phénomène semble rencontrer un vif succès, loin des débats stéréotypés sur le bien-fondé, le caractère superficiel ou l'inutilité du compte pénibilité, qui ne constitue, dans l'esprit des belligérants, qu'un totem de plus.

Ce n'est qu'ensembles que salarié et entreprise parviendront à faire reculer le caractère pathogène du travail. Il est urgent de s'entendre, car le chemin pour y parvenir prendra du temps, temps que certains salariés n'ont déjà plus.

Olivier Baglio

(2) Pourvoi n°14-24.444, Dr. Ouv. 2016 p.10 n. F. Héas.