

Le rôle des partenaires sociaux en matière de régulation de la pénibilité

par *Franck HÉAS*, Maître de conférences à l'université de Nantes (1)

PLAN

I. L'invitation à négocier sur la pénibilité

- A. Les apports de la loi du 21 août 2003
- B. Les négociations interprofessionnelles sur la pénibilité

II. L'obligation de négocier sur la pénibilité

- A. La négociation sur la pénibilité dans le cadre de la loi du 9 novembre 2010
- B. Les autres voies de négociation sur la pénibilité

Les voies permettant de réguler les relations de travail sont immanquablement diverses et les textures du droit ne sont en conséquence pas uniformes (2). A cet égard, les modes de production des règles en droit du travail évoluent et, notamment, la norme peut être davantage incitative que véritablement contraignante (3). La remarque se vérifie en matière de pénibilité, thématique à propos de laquelle l'intervention du législateur s'est modifiée, attestant d'influences réciproques entre la loi et le dialogue social. Sans revenir sur le concept ou les différentes actions de prévention, de compensation et/ou de réparation de la pénibilité (4), l'objectif des présents développements est plus précisément d'établir les liens qui existent entre les pratiques de dialogue social, la problématique du travail dit ou considéré comme pénible et la façon de réglementer le sujet. Quelles sont les voies de régulation de la pénibilité en droit du travail ?

Si par souci de simplification, nous utilisons, de façon équivalente, les concepts de dialogue social et de négociation collective, les deux notions ne recouvrent pas nécessairement des réalités identiques. Le dialogue social doit être entendu largement (5) et désigne l'ensemble des dispositifs ou actions, juridiques ou non, permettant d'échanger, de discuter et/ou d'argumenter au sujet du travail. De ce point de vue, le dialogue social renvoie à l'ensemble des mécanismes permettant l'expression : négociation entre organisations syndicales et patronales (bien sûr), mais également expression directe des salariés, discussions informelles ou débats avec les institutions représentatives du personnel ou les partenaires sociaux. Plus restrictivement, et sur un plan strictement juridique, la négociation collective (6) désigne une source particulière du droit du travail : les conventions et accords collectifs de travail, dont la loi réglemente les conditions de validité et les modalités d'application. Au-delà des mots, nous allons constater que la pénibilité est un thème récurrent du dialogue dit social (au sens large).

En matière de pénibilité, la négociation collective est en effet, depuis longtemps, la voie privilégiée en France. Par la suite, si le législateur a appréhendé la pénibilité dans le cadre de textes essentiellement relatifs à la question des retraites, le dialogue social qui se noue éventuellement sur ce

(1) Droit et Changement Social, UMR-CNRS n° 3128 / MSH Guépin.

(2) C. Thibierge, Le droit souple, *Réflexions sur les textures du droit*, RTD civ. 2003, p. 613.

(3) Héas F., Observations sur les processus normatifs en matière de relations professionnelles, *Dr. Ouv.* 2007, p. 306.

(4) Caron M., Verkindt P.Y., L'effort humain, *Regards sur la pénibilité*, D 2011, p. 1576 ; Héas F., La définition juridique de la pénibilité au travail, *Travail et Emploi* 2005, p. 26 ; Héas F., Pénibilité au travail, *JCP S* 2009, 1038 ; Jolivet A., Prendre en compte la pénibilité est faisable et nécessaire, *RDT* 2010, p. 686 ; Lardy-Pélissier B., La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable, *RDT* 2011, p. 160 ; Le Cohu P., Réforme des

retraites et pénibilité, *Gaz. Pal.* 2011, 29 ; Muller F., Quelle prise en compte de la pénibilité au travail après la loi sur les retraites ?, *Sem. soc.* Lamy 2010, n° 1470, p. 5 ; Niel S., Morin C., Comment négocier la pénibilité ?, *Sem. soc.* Lamy 2011, n° 1487, p. 7 ; Petit F., La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ?, *Dr. soc.* 2011, p. 262 ; Poisson J.F., Prévenir et compenser la pénibilité, *Assemblée Nationale, Commission des affaires sociales*, juin 2008, *Rapport d'information n° 910* (2 tomes) ; Y. Struillou, Pénibilité et retraite, *Rapport remis au Conseil d'orientation des retraites*, avril 2003.

(5) Maggi-Germain N., *Le dialogue social*, *Dr. soc.* 2007, p. 798.

(6) Articles L. 2211-1 et s. C. trav.

Le sujet peut intéresser et porter sur d'autres dimensions des relations de travail : santé, conditions de travail, maintien dans l'emploi, évolution des emplois ou prévention. La pénibilité est à ce titre un sujet transversal. De ce point de vue, la loi de 2010 sur les retraites marque un tournant dans la régulation de la pénibilité au travail. Le législateur, tout en maintenant l'importance du dialogue social, a en effet précisé les exigences assignées aux entreprises et prévu des sanctions pour celles ne respectant pas leur obligation de négocier sur le sujet. Dorénavant, la loi circonscrit davantage l'encadrement de la pénibilité par la négociation collective.

A cet égard, l'évolution du cadre de négociation sur la pénibilité correspond pleinement au principe communautaire de subsidiarité (7) qui implique que l'action au niveau supérieur (loi) est envisageable à défaut d'action plus efficace ou plus pertinente aux niveaux inférieurs (négociation collective). D'une certaine manière, le législateur n'est ainsi intervenu en matière de régulation de la pénibilité qu'à titre subsidiaire, une fois consommé l'échec des négociations interprofessionnelles et constatée l'insuffisance des négociations au sein des entreprises et des branches. Cette évolution contribue à une logique de déclinaison dans le mode de production de la norme. La réglementation opérationnelle n'est alors pas uniformément et autoritairement imposée par le niveau supérieur. Au contraire, la loi tend plutôt à fixer un cadre global dans lequel l'activité normative des partenaires sociaux doit s'inscrire. Le législateur avait ainsi indiqué que, dans un premier temps, c'est au niveau conventionnel que le contenu précis de la règle devait être établi en matière de pénibilité au travail. Selon Alain Supiot, il s'agit là d'une illustration du phénomène de « *démembrement du pouvoir législatif* » (8) : le Parlement détermine un objectif possible, une faculté ; à charge ensuite pour les partenaires sociaux de mettre conventionnellement en œuvre la norme incitative, sans que le législateur n'ait d'ailleurs envisagé la situation où les partenaires sociaux n'aboutiraient pas (9). C'est l'option qui avait été privilégiée en 2003, le législateur ayant invité les partenaires à négocier sur le sujet de la pénibilité au travail (I). Certes, cette situation pose un évident « *défi normatif* » que d'aucuns ont déjà observé à d'autres occasions (10). La cohérence et l'articulation des différentes sources entre elles pourrait en effet s'avérer problématique. Mais ce n'est pas le résultat obtenu, puisque le dialogue social est demeuré largement insuffisant à tous les niveaux (interprofessionnel, branches et entreprises). Aussi, la loi de 2010 sur les retraites a-t-elle dorénavant imposé une obligation de négocier et de conclure un accord en matière de pénibilité (II). Incitatif, le droit est donc devenu contraignant en matière de régulation de la pénibilité au travail.

I. L'invitation à négocier sur la pénibilité

Si la loi d'août 2003 est le premier texte à connecter la pénibilité au dialogue social, il demeure que des conventions et accords collectifs de travail avaient déjà pu auparavant appréhender le sujet, à différents niveaux de dialogue social. La pénibilité au travail est en effet depuis longtemps un thème de la négociation collective dans certaines entreprises et/ou branches professionnelles. Pour autant, avant 2010, cette thématique n'a jamais été appréhendée de manière générale, ni par la loi qui s'est révélée peu contraignante, ni par la négociation collective qui était limitée à certains thèmes ou certaines entreprises.

A. Les apports de la loi du 21 août 2003

Antérieurement à la réforme des retraites de 2003 ou sans lien avec ce sujet, certains secteurs d'activité et

entreprises avaient déjà mené une négociation collective incluant la pénibilité. Par exemple, au sein du groupe Peugeot Citroën, un accord du 25 avril 2003 prévoyait des compensations financières liées aux conditions de travail, lorsque survenait une diminution de la prime indemnisant les contraintes spéciales de certains emplois (horaires, postes, salubrité) (11). C'était admettre que certaines situations professionnelles pouvaient présenter des contraintes et des désagréments qu'il était possible de compenser sur le plan financier. Cette démarche était ancienne dans l'entreprise puisqu'un accord de 1973 prévoyait déjà des compensations pécuniaires lorsque le salarié (souvent en fin de carrière) était muté d'un « *poste pénible* » à un « *poste plus léger* » (12). De même, dans les industries chimiques, les partenaires

(7) Article 5, Traité UE.

(8) A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 240.

(9) Ouvr. préc., p. 246.

(10) J.C. Javillier, *Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité, Approches comparatives et internationales, Droit Social*, janvier 1986, p. 65.

(11) Accord d'entreprise du 25 avril 2003 relatif à l'assurance collective contre les aléas de carrière, Liaisons Sociales, Législation sociale, C3, n° 262, 29 juillet 2003.

(12) Accord du 8 novembre 1973, Liaisons Sociales, Législation Sociale, C3, n° 4087, 30 novembre 1973.

sociaux se sont impliqués dans une démarche de prise en compte des conditions de travail et des aléas susceptibles d'en découler. Des droits spécifiques ont pu être attribués aux personnes soumises, lors de l'exécution du travail, à des sujétions spéciales (13). Pareillement, la convention de travail du Commissariat à l'énergie atomique du 19 mai 1982 prévoyait que cinq années passées en service posté ou en travail pénible au CEA permettaient d'abaisser l'âge de départ en retraite des candidats d'un an. Depuis le milieu des années soixante-dix, la notion de travail pénible est donc fréquente dans les conventions collectives (14). Dans plusieurs secteurs d'activité, les négociations des partenaires sociaux ont pu porter sur la prise en compte de la pénibilité (15), pour en supprimer les effets (16) ou la compenser par des primes (17).

Il a donc toujours été possible aux organisations représentatives des employeurs et des salariés de lister, par secteur d'activité ou dans les entreprises, les emplois, tâches ou fonctions relevant de la catégorie des travaux pénibles : cette pénibilité peut varier d'une branche professionnelle à une autre et d'une entreprise à une autre. Au-delà de ces variantes, il demeure que le droit conventionnel a donc pu être innovant en matière de régulation de la pénibilité et proposer des indicateurs possibles du travail pénible. C'est pourquoi, lorsqu'il a pour la première fois appréhendé le sujet, le législateur a privilégié la voie conventionnelle à une régulation de la pénibilité par la loi.

En effet, lors des débats relatifs à la refonte du système de retraite français en 2003, le thème de la pénibilité a été abordé, puisque les parlementaires ont explicitement invité les partenaires sociaux à la négociation. A cet égard, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites (18) a expressément imposé la pénibilité au travail comme un objet du dialogue social. L'article 12 prévoyait que, au niveau des branches et des professions, au minimum tous les trois ans, soient engagées des négociations relatives aux problématiques d'emplois et de compétences des salariés âgés, au regard de la pénibilité. Il était prévu que les discussions

entre partenaires sociaux portent notamment sur la notion même de pénibilité. La même disposition légale envisageait également que, dans les trois ans suivant la publication de la loi (19), une négociation interprofessionnelle soit initiée sur la définition et la prise en compte de la pénibilité au travail. D'une manière large, le ministre en charge du travail avait souligné que les partenaires sociaux devaient « *définir les métiers pénibles, la manière d'en diminuer le nombre et, pour ceux qui le demeureront, la manière d'accorder des bonifications ou des départs anticipés* » (20). Lors des débats parlementaires, il avait également été indiqué qu'une approche individualisée, ou du moins segmentée, de la pénibilité au travail devait être privilégiée. Enfin, l'article L. 2241-4 du Code du travail, modifié par la loi de 2003, dispose dorénavant que la négociation triennale de branche doit conjointement porter sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, l'emploi des salariés âgés et la prise en compte de la pénibilité du travail.

Outre une invitation lancée aux partenaires sociaux à ouvrir des négociations, la loi de 2003 a également, en matière de cessation anticipée d'activité au bénéfice de certains salariés (CATS) (21), contribué à renforcer la réglementation conventionnelle de la pénibilité au travail. En effet, le bénéfice de ce dispositif n'est ouvert que dans un cadre conventionnel strict, puisqu'un accord professionnel national, un accord d'entreprise et une convention avec l'Etat sont nécessaires. Par ailleurs, la loi du 21 août 2003 a limité la possibilité de cette pré-retraite à des hypothèses précises. En effet, l'article 18 soumet les exonérations et déductions prévues au respect de conditions liées à l'âge et notamment à « *la pénibilité de l'activité des bénéficiaires* » (22). Il s'agit alors de personnes ayant exercé leur activité dans des « *conditions spécifiques* » (23) : équipes successives, travail à la chaîne ou de nuit ou individus ayant la qualité de travailleurs handicapés (24). Plusieurs secteurs d'activité et entreprises ont mis en place un tel dispositif afin de limiter les difficultés d'adaptation de ces personnels à l'évolution des emplois (25). Dans

(13) Accord du 3 septembre 2003 sur la santé au travail et sur le travail de nuit dans la chimie, Liaisons Sociales, Législation sociale, C2, n° 270, 14 octobre 2003.

(14) Bance P., Recherche sur les concepts juridiques en matière de conditions de travail, RFAS 1978, pp. 139 et 172.

(15) Accord sur l'amélioration des conditions de travail des industries du pétrole du 4 juin 1976, Liaisons Sociales, Législation Sociale, n° 4406, 24 juin 1976.

(16) Accord du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, Liaisons Sociales, Législation Sociale, n° 4253, 17 mars 1975.

(17) Accord sur la revalorisation de la condition ouvrière dans le bâtiment et les travaux publics du 14 avril 1976, Liaisons Sociales, Législation Sociale, n° 4396, 28 avril 1976.

(18) Loi n° 2003-775, JO, 22 août 2003, p. 14310.

(19) Soit avant août 2006.

(20) JO, Débats parlementaires, Sénat, séance du 17 juillet 2003.

(21) La mesure permet de suspendre le contrat de travail à partir d'un certain âge (55 ans) et d'indemniser le travailleur (articles L. 5123-6 et R. 5123-22 et s. C. trav.).

(22) Article L. 5123-6 CT.

(23) Article R. 5123-22 CT.

(24) Article R. 5123-29 CT.

(25) A titre d'exemple : l'industrie du papier-carton, les industries des carrières et des matériaux, les bureaux d'études et cabinets d'ingénieurs-conseils, le transports aérien pour le personnel au sol, les industries alimentaires, le secteur bancaire, la chimie, le BTP ou les sociétés exploitant les autoroutes.

l'entreprise Snecma Services, un accord du 5 décembre 2007 était à cet égard intéressant et emblématique de la volonté des partenaires sociaux de réglementer la mise en œuvre de la CATS (26). Des critères de pénibilité ont été établis et hiérarchisés pour des activités précises, ce qui a permis aux intéressés, en fonction du niveau de pénibilité, de bénéficier de droits différents à une cessation anticipée d'activité. Pour les activités les plus pénibles (27), la cessation pouvait intervenir cinq années avant la retraite. Pour les autres (28), la cessation pouvait atteindre quatre années ou être modulée.

En dépit de cette réorientation de la CATS sur certaines activités considérées comme pénibles, le Parlement n'avait néanmoins pas choisi en 2003 de légiférer directement et de manière générale sur la question de la pénibilité au travail en matière de retraite. Plusieurs éléments pouvaient expliquer cette option prise. En 2003, la pénibilité n'était pas un sujet répandu de réflexion et d'analyse, notamment sur le plan juridique (29). A ce titre, il s'agissait davantage d'un concept flou, qui demeurait également « *un phénomène mal connu, difficilement quantifiable et très variable selon les métiers et les branches* » (30). C'est pourquoi l'intervention des partenaires sociaux était apparue rapidement nécessaire et légitime, ces acteurs étant plus à même d'appréhender les situations concrètes de travail pénible pour définir et mesurer le degré de pénibilité, voire hiérarchiser les activités pénibles susceptibles d'être fournies par les salariés. Les négociations interprofessionnelles ont donc débuté, dans un cadre légal minimal.

B. Les négociations interprofessionnelles sur la pénibilité

Alors que l'article L. 1 du Code du travail ne prévoyait pas encore de privilégier la concertation préalable des organisations représentatives d'employeurs et de salariés, les négociations interprofessionnelles ont été initiées au niveau national sur la pénibilité au travail en février 2005 (31). Simultanément, d'autres cycles de négociation étaient également engagés sur l'emploi des seniors, le télétravail, l'assurance-chômage, la convention de reclassement personnalisé ou les restructurations. S'agissant de la pénibilité, le dialogue social a duré quinze mois, neuf séances de négociation ayant eu lieu. Les

discussions se sont prolongées jusqu'en juillet 2008, avec une interruption de plus d'un an entre mai 2006 et juin 2007. Ces débats entre organisations représentatives de salariés et organisations patronales ont successivement porté sur la recherche de critères et la définition de la pénibilité, sur la mise en place de possibilités de départs anticipés pour les travailleurs ayant exercé dans un environnement pénible (option privilégiée par la CGT), sur l'instauration de congés spécifiques financés par une caisse nationale interprofessionnelle abondée par les employeurs (proposition de la CFDT), sur l'association des salariés concernés au financement des dispositifs et sur l'intervention du médecin du travail (proposition du Medef) ou sur la nécessité d'un suivi des salariés et de l'évolution de la santé des individus au regard des conditions de travail (proposition de la CFE-CGC). Néanmoins, même si de nombreux critères de pénibilité ont été évoqués ou discutés, aucun n'a été arrêté : rythmes de travail (horaires décalés, travail de nuit), contraintes physiques (travail à la chaîne ou posté, gestes répétitifs, port de charges, vibrations), environnement (bruit, chaleur, intempéries, poussière, fumées, produits toxiques, milieu hyperbare).

Par ailleurs, les autres points de désaccord entre les partenaires sociaux ont été nombreux. La priorité devait-elle être la prévention et l'amélioration des conditions de travail ou le départ anticipé des personnes ayant exercé des métiers pénibles ? Le financement d'un nouveau dispositif devait-il être assuré par un système d'épargne-temps abondé par le travailleur sur la base de primes ou alimenté par des cotisations spécifiques à la charge des employeurs ou être élargi à des fonds publics ? Comment concilier la double connexion de la pénibilité avec les conditions de travail et la santé personnelle des intéressés ? Plus précisément, la détermination des tâches, fonctions et/ou métiers pénibles devait-elle résulter uniquement de critères préétablis, liés à l'environnement de travail ou supposait-elle un suivi individualisé des salariés par les services de santé au travail ? Faute de consensus sur ces sujets, les négociations interprofessionnelles ont échoué et n'ont pas fait l'objet d'un accord au niveau interprofessionnel (32).

En dépit de cet insuccès, il demeure que la problématique de la pénibilité a continué de faire l'objet d'une négociation collective dans certaines entreprises et

(26) Accord du 5 décembre 2007 relatif à la cessation d'activité des salariés ayant effectué certains travaux pénibles chez Snecma Services, Liaisons Sociales, Quotidien, n° 15047, 31 janvier 2008, p. 1.

(27) Grenailage ou peinture au pistolet en cabine sont par exemple en classe A de pénibilité.

(28) Décapage de cuves ou soudage arc en classe B ; chaudronnerie ou meulage en classe C ; manutention, nettoyage d'installations en classe D.

(29) Lardy-Pélissier B., art. préc., p. 160.

(30) Leclerc D., Rapport 382 (2002-2003), Sénat, tome 1, Commissions des affaires sociales, p. 50 ; Pénibilités et retraite : repères pour négocier, Santé et Travail, 2004, n° 46, n° spécial, p. 52

(31) Héas F., Les négociations interprofessionnelles relatives à la pénibilité au travail, Dr. soc. 2006, p. 834.

(32) Quasiment simultanément, la mission parlementaire d'information sur la pénibilité rendait son rapport : Poisson J.F. *Prévenir et compenser la pénibilité*, Rapport d'information n° 910 (2 tomes), juin 2008.

branches. Si aucun cadre légal ou conventionnel ne permet une régulation générale de la pénibilité, les partenaires sociaux ont pu, à des niveaux inférieurs, réglementer cette pénibilité. Ainsi, dans l'industrie laitière un accord traitant de l'emploi des seniors de manière transversale a été signé fin 2005. Outre des dispositions sur la poursuite d'activité, des engagements en matière de recrutement, de gestion des emplois ou de formation des intéressés, le texte conventionnel incitait les entreprises du secteur à mener une réflexion sur la pénibilité physique ou psychique des postes. Il prévoyait également d'identifier les facteurs de pénibilité (33), de favoriser les mesures destinées à y remédier et d'en assurer un suivi en lien avec le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (34).

Au-delà de cette diversité, il apparaît néanmoins que le droit interne privilégie essentiellement la voie conventionnelle à propos de la pénibilité. Sur le fond, l'analyse des différents accords négociés permet d'en

retirer des enseignements instructifs. Il en ressort en effet que la pénibilité est essentiellement appréhendée par le biais de critères objectifs résultant des conditions de travail et, ce faisant, renvoie à « *l'histoire professionnelle du salarié* » (35). C'est donc bien que l'environnement dans lequel la prestation est fournie peut être susceptible d'altérer l'intégrité physique et/ou mentale des individus. De ce point de vue, même si la notion ne peut être assimilée juridiquement au risque (36), la pénibilité demeure incontestablement une cause de dégradation de la santé des travailleurs et le contenu de la négociation collective en la matière en atteste. C'est pourquoi, mais également en raison de l'insuffisance des négociations professionnelles ou d'entreprise et l'échec de celles menées au niveau interprofessionnel pour définir la pénibilité, en fixer des critères et déterminer des mesures de prévention ou de compensation, le législateur de 2010 a renforcé la réglementation relative à la pénibilité : la régulation sociale peut être dorénavant obligatoire sur ce sujet.

II. L'obligation de négocier sur la pénibilité

A l'inverse de la loi de 2003 qui avait laissé une marge de manœuvre aux partenaires sociaux pour négocier sur la pénibilité au niveau interprofessionnel et des branches, la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites (37) est davantage contraignante et incitative (38). En effet, certaines entreprises ont à présent l'obligation de négocier et de conclure un accord relatif à la pénibilité, sous peine d'une sanction financière. Toutefois, la thématique de la pénibilité étant transversale, des négociations sur d'autres sujets ou des accords antérieurs peuvent permettre de respecter les exigences légales.

A. La négociation sur la pénibilité dans le cadre de la loi du 9 novembre 2010

La loi du 9 novembre 2010 contient différentes mesures qui visent à organiser un suivi des salariés exposés, à prévoir des compensations pour ceux qui auront été exposés et, enfin, à prévenir les environnements pénibles de travail et leurs conséquences sur la santé. En matière de suivi, le législateur prévoit que le médecin du travail élabore, pour

chaque travailleur, un dossier individuel de traçabilité (notamment) des expositions aux situations pénibles de travail (39) et qu'une fiche individuelle soit également établie par l'employeur (40). S'agissant de la compensation, des possibilités de retraite anticipée (à partir de soixante ans) sont instituées pour les salariés présentant un taux minimal d'incapacité permanente et/ou apportant la preuve de leur exposition passée à des facteurs de pénibilité pendant au moins dix-sept ans (41). Précisément, l'article L. 4121-3-1 du Code du travail issu de la loi de 2010 dispose que les critères de pénibilité correspondent à des « *facteurs de risques professionnels... liés à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail* » susceptibles d'altérer la santé. Il convient de reconnaître que, sur ces différents aspects (suivi et compensation), la loi se veut innovante et précise.

Le décret n° 2011-354 du 30 mars 2011 (42) envisage dix facteurs de pénibilité, largement inspirés des négociations interprofessionnelles antérieures (43).

(33) Des taux d'accidentabilité ou d'invalidité supérieurs à la moyenne de la profession pourraient, selon l'accord, constituer des critères de pénibilité.

(34) Accord du 5 décembre 2005 relatif au travail des seniors dans l'industrie laitière, Bref social, n° 14532, 29 décembre 2005, p. 3.

(35) Caron M., Verkindt P.Y., art. préc., p. 1576.

(36) Pour une opinion contraire : Petit F., art. préc., p. 262.

(37) Loi n° 2010-1330, JO, 10 novembre 2010, p. 20034 ; Tauran T., La réforme des retraites résultant de la loi du 9 novembre 2010 - Les grandes lignes du textes, Dr. Ouv. 2011 p. 160.

(38) Il convient de signaler que la loi de novembre 2010 apparaît largement inspirée des négociations interprofessionnelles menées antérieurement.

(39) Article L. 4624-2 C. trav.

(40) Article L. 4121-3-1 C. trav.

(41) Article L. 351-1-4 CSS ; décret n° 2011353 du 30 mars 2011, JO, 31 mars 2011, p. 5706.

(42) JO, 31 mars 2011, p. 5707.

(43) Article D 4121-5 C. trav.

Les contraintes physiques marquées peuvent ainsi résulter : 1) des manutentions manuelles de charge ; 2) des postures (position forcée des articulations) ; 3) des vibrations mécaniques.

L'environnement physique agressif est lié : 4) aux agents chimiques dangereux ; 5) aux activités exercées en milieu hyperbare ; 6) aux températures extrêmes ; 7) au bruit (de 87 dB ou un niveau de pression acoustique de crête de 140 dB).

Les rythmes de travail pénibles sont ceux résultant : 8) du travail de nuit ; 9) du travail en équipes successives alternantes ; 10) du travail répétitif.

En matière de prévention de la pénibilité, c'est la voie conventionnelle qui est (notamment) privilégiée, laissant certes aux entreprises une liberté plus grande dans le choix des actions à impulser, mais encadrant avec précision les conditions et le contenu des programmes à mettre en œuvre. Sous peine d'une pénalité maximale de 1 % de la masse salariale des travailleurs concernés, l'article 77 de la loi de novembre 2010 prévoit en effet que les entreprises employant des salariés exposés à des facteurs de pénibilité (44) élaborent un accord ou un plan d'action relatif à la prévention de cette pénibilité, d'une durée maximale de trois ans, devant être déposé à la Direccte (45). Le seuil de déclenchement de l'obligation est fixé à cinquante salariés et l'entrée en vigueur de cette nouvelle obligation est le 1^{er} janvier 2012. Si la négociation collective est choisie, il peut s'agir d'un accord de groupe. Les entreprises peuvent également être couvertes par un accord de branche étendu, dès lors que l'entreprise comprend un effectif compris entre cinquante et 300 salariés ou que le groupe emploie entre cinquante et 300 salariés ; l'entreprise est alors dispensée d'un accord ou plan spécifique.

Contrairement à l'orientation générale de la loi de 2003 qui avait exclusivement privilégié le dialogue social comme voie de régulation de la pénibilité, la loi de 2010 prévoit une alternative : à défaut d'un accord (46), l'organisation des actions en faveur de la prévention de la pénibilité peut être établie unilatéralement par l'employeur, dans le cadre d'un plan déposé à la Direccte. Il s'agit alors d'une définition et d'une mise en œuvre unilatérales des mesures, décidées par l'employeur ne souhaitant pas négocier sur le sujet. L'élaboration d'une norme volontaire et délibérée peut permettre ainsi de réglementer la prévention de la pénibilité en entreprise et il s'agit alors d'une norme que

nous avons pu qualifier de convenance (47). Dans cette hypothèse, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel devront néanmoins être consultés au titre de la compétence générale d'information des instances représentatives en matière d'organisation et de conditions de travail (48). Ces dispositions constituent incontestablement une rupture avec celles issues de la loi 2003 : la négociation collective n'est plus à ce titre la voie impérative d'encadrement de la pénibilité. Il faut vraisemblablement voir là la méfiance ou du moins les réserves du Parlement vis-à-vis de l'intervention très limitée des partenaires sociaux en matière de pénibilité depuis 2003. Non seulement, la loi oblige donc à négocier sur la pénibilité, mais les conditions et le contenu des accords ou plans d'action sont par ailleurs rigoureusement encadrés.

A cet égard, les décrets du 7 juillet 2011 (49) précisent les modalités de mise en place (procédure), d'élaboration et de sanction de ces outils de prévention de la pénibilité (50). Le schéma est proche de celui prévu en matière d'emploi des seniors. Sont ainsi concernées les entreprises de plus de cinquante salariés, dont au moins 50 % des effectifs sont exposés à des facteurs de pénibilité. La liste de ces travailleurs est établie par l'employeur et annexée au document unique d'évaluation des risques ; ce recensement est actualisé chaque fois que nécessaire et notamment lors de la mise à jour du document unique.

Le contenu des actions susceptibles d'être incluses dans l'accord négocié ou le plan décidé est ouvert. Ce doit être des mesures destinées à réduire ou supprimer la pénibilité, afin de permettre aux salariés d'exercer leur activité dans un environnement préservant leur santé. D'une part, il doit s'agir soit de dispositifs visant à réduire les facteurs de pénibilité, soit d'adaptation ou d'aménagement des postes de travail. D'autre part, l'employeur doit aussi mettre en place deux catégories d'actions parmi les thèmes suivants : amélioration des conditions de travail notamment au plan organisationnel, développement des compétences et des qualifications, aménagement des fins de carrière ou maintien en activité des salariés exposés aux facteurs de pénibilité. Ces différentes actions doivent impérativement être négociées ou décidées après un diagnostic préalable des situations de pénibilité, afin de déterminer les facteurs de pénibilité dans l'entreprise et de fixer la liste des salariés exposés à de tels risques ; le CHSCT doit être associé à

(44) Ceux définis comme tels à l'article L. 4121-3-1 C. trav.

(45) Article L. 138-29 et s. CSS.

(46) On peut imaginer un échec des négociations ou un souhait de l'employeur de ne pas recourir à la voie conventionnelle. La conclusion d'un accord n'est aucunement prioritaire par rapport au plan unilatéral d'action.

(47) Héas F., Les normes de convenance, JCP S 2007, 1563.

(48) Articles L. 2323-1, 2323-6 et 2323-27 C. trav.

(49) Décrets n° 2011-823 et 2011-824 du 7 juillet 2011, JO, 9 juillet 2011, p. 11932 et 11933.

(50) Articles D. 138-26 et s. et R. 138-32 et s. CSS.

l'analyse de cette exposition des salariés (51). Les modalités de suivi du programme doivent également être prévues. Des objectifs chiffrés doivent être fixés avec des indicateurs permettant d'en vérifier la réalisation ; ces indicateurs doivent être communiqués tous les ans au CHSCT ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le processus destiné à élaborer un accord ou un programme de prévention de la pénibilité est donc fortement encadré par les textes. Complexe, il nécessite par conséquent du temps.

En l'absence d'accord ou de plan d'action, l'inspecteur du travail doit mettre l'employeur en demeure de s'exécuter dans un délai de six mois. A l'issue, en cas d'inaction, la pénalité est décidée par le Direccte et sera due par l'entreprise mensuellement, tant que la situation demeurera irrégulière. La contribution financière est versée à l'URSSAF (52), mais elle n'est pas automatique puisque le Direccte « décide s'il y a lieu d'appliquer la pénalité » (53). L'administration dispose ainsi d'une marge d'appréciation pour fixer le montant de cette pénalité, le taux légal de 1 % de la masse salariale des salariés exposés étant maximal. C'est pourquoi peuvent être pris en compte la situation de l'entreprise, l'avancement d'une négociation sur la pénibilité au niveau de la branche, les diligences accomplies par l'employeur pour aboutir à un accord ou un plan sur le sujet et, enfin, les mesures ayant déjà cours dans l'entreprise pour prévenir la pénibilité au travail. En dépit de l'absence d'accord ou de plan, les efforts accomplis pour prévenir cette pénibilité peuvent donc permettre de minorer la contribution financière due à titre de pénalité.

Plus globalement, les différentes mesures, actions et/ou dispositifs mis en place antérieurement dans l'entreprise peuvent également contribuer au contenu de l'accord ou du plan de prévention de la pénibilité : ergonomie, tutorat, aménagement des temps de travail et de pause, réduction du temps de travail en fin de carrière, équipements des salariés, salle de repos, document unique, interventions du CHSCT, accord CATS par exemple (54).

B. Les autres voies de négociation sur la pénibilité

Privilégiant, dans un cadre précis, la voie conventionnelle pour régler la question de la pénibilité, la loi de novembre 2010 (article 86) prévoit également à titre expérimental (jusqu'au 31 décembre 2013) la possibilité par accord de branche de créer des dispositifs d'allègement ou de compensation de la charge

de travail des salariés exposés à des facteurs de pénibilité : passage à temps partiel en fin de carrière, tutorat, prime, repos ou congés supplémentaires. Il revient donc aux partenaires sociaux de mettre éventuellement en place de telles modalités, en plus d'un accord ou plan de prévention de la pénibilité. La manutention portuaire, le pétrole et le BTP sont ainsi des branches qui ont signé des accords de prévention de la pénibilité en 2011. Dans d'autres secteurs tels la métallurgie, les industries chimiques, l'industrie pharmaceutique ou celle du papier-carton, les négociations de branche se prolongent ou se révèlent bien incertaines.

L'article 2 du décret n° 2011-823 du 7 juillet 2011 précise par ailleurs que les accords ou plans d'action préexistants peuvent valoir accords ou plans d'action relatifs à la prévention de la pénibilité, dès lors que leur contenu est conforme aux exigences posées par la loi de novembre 2010. Par conséquent, l'employeur peut être considéré comme remplissant l'obligation de prévenir la pénibilité, *via* un accord autre antérieur ayant inclus une telle problématique. Il peut s'agir d'accords (ou plans d'actions) innovants ayant déjà envisagé la pénibilité, à l'occasion d'une négociation sur les conditions de travail, la GPEC, la protection de la santé ou l'aménagement des lieux et environnement de travail par exemple. Ainsi, l'accord de groupe européen GDF Suez relatif à la GPEC du 23 février 2010 prévoit des bilans de carrière et des changements de fonctions, tout en renforçant l'accès à la formation des salariés exposés à une pénibilité ; des objectifs chiffrés sont prévus avec une communication des indicateurs aux représentants du personnel. Plus complets, d'autres accords antérieurs à la loi de novembre 2011 pourront valoir accord sur la prévention de la pénibilité. C'est le cas vraisemblablement de l'accord du 3 novembre 2010 sur la prévention et la réduction de la pénibilité dans le secteur du déménagement ; sont prévues des mesures de limitation des manutentions manuelles, de restriction des ports de charges, une information précise des nouveaux embauchés, une prise en compte des capacités physiques et de l'ancienneté des salariés ou la constitution de binômes « senior-junior », une formation à l'effort physique et à l'hygiène de vie.

Dans le même sens, les accords négociés avant la loi de novembre 2010 en matière d'emploi des seniors peuvent valoir, par équivalence, négociation sur la prévention de la pénibilité. Il s'agit des accords (ou plans d'action) en faveur de l'emploi des salariés âgés,

(51) Article L. 4612-2 C. trav.

(52) Et affectée à la branche AT/MP.

(53) Article R. 138-35 CSS. La directive DGT n° 8 du 28 octobre 2011 souligne que le Direccte a « un pouvoir d'appréciation » sur l'application ou non de la pénalité.

(54) Niel S., Morin C., Comment négocier la pénibilité ?, Sem. soc. Lamy 2001, n° 1487, p. 8.

obligatoires dans les entreprises de plus de cinquante salariés depuis le 1^{er} janvier 2010, sous peine d'une pénalité de 1 % de la masse salariale (55). L'assimilation n'est pas saugrenue, puisque parmi les thèmes susceptibles d'être inclus dans l'accord ou le plan en faveur de l'emploi des seniors figure notamment l'amélioration des conditions de travail et la prévention des situations de pénibilité (56). Il serait donc redondant d'exiger d'une entreprise un accord ou un plan de prévention de la pénibilité, alors qu'un accord ou plan relatif à l'emploi des seniors et toujours en vigueur prévoit des mesures en la matière. A cet égard, l'accord collectif national du 23 décembre 2009 en faveur de l'emploi des salariés âgés dans le bâtiment et les travaux publics vise un objectif explicite de prévention : limitation du port de charges, sensibilisation des fabricants pour le conditionnement des matériaux, renforcement de la mécanisation, développement du choix des équipements de travail, etc. Pareillement, l'accord du 22 avril 2011 relatif aux situations de pénibilité au sein de la société Thalès Alenia Space France est explicitement prévu en lien avec un accord antérieur du groupe sur l'emploi des seniors. Des facteurs de pénibilité spécifiques à l'entreprise sont ainsi arrêtés : il peut s'agir de critères physiques (travail sous microscope ou loupe, port de charges, contraintes posturales, vibrations), environnementaux (bruit, températures extrêmes, émanation de produits chimiques ou atmosphère saturée) ou organisationnels (équipes alternantes ou travail de nuit). Les postes exposant aux facteurs de pénibilité sont listés (cablage, fabrication mécanique, peinture par exemple) et les salariés concernés pourront, sous condition, bénéficier de mesures de compensation (temps de repos avant le départ en retraite, aide financière pour un rachat de trimestre au titre de l'assurance vieillesse, temps partiel à 50 % dans l'année précédant la retraite).

Le caractère transversal de la pénibilité impose également de tenir compte d'autres négociations qui ont pu aboutir sur d'autres thématiques (proches). Ainsi,

dans le groupe Renault, un accord du 4 février 2011 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences prévoit un aménagement des fins de carrières des personnes exposées à la pénibilité en usine (jusqu'au 31 décembre 2013) : le dispositif concerne les salariés volontaires ayant travaillé quinze ans en horaires décalés ou ayant un taux d'incapacité permanente de 10 % ; il permet de dispenser les intéressés de leur activité, sous réserve de périodes temporaires de reprise pour du tutorat ; le salarié perçoit 75 % de sa rémunération brute. Pareillement, un accord sur la pénibilité du 1^{er} février 2011 chez Sanofi Aventis, qui vise à identifier les situations considérées comme telles, privilégie le développement de l'ergonomie ou la mise en place de commissions de réflexion sur l'amélioration des conditions de travail.

Plus largement, la diversité des accords et/ou plan susceptibles de porter sur l'emploi des seniors, la GPEC (57), la résorption des écarts entre hommes et femmes (58) ou la pénibilité peuvent amener à envisager une négociation collective unique et la conclusion d'un accord d'ensemble. Les sujets sont en effet susceptibles d'interférer et concernent directement ou indirectement la question des conditions de travail ; les méthodologies devant être suivies sont également proches (diagnostic, mesures correctives, définition d'objectifs, indicateurs et suivi) (59). Ces quelques exemples illustrent la variété des dispositions conventionnelles susceptibles de permettre une prévention de la pénibilité au travail. Certes, la loi peut très certainement fixer un cadre en la matière. Pour autant, il revient plus précisément aux partenaires sociaux d'être imaginatifs pour régler la prise en compte de la pénibilité de certaines relations de travail. Si la certification des entreprises peut aussi être envisagée dans le domaine de la santé au travail (60), il nous semble important que ce sujet demeure avant tout un objet de dialogue social, car il s'agit d'abord d'un « *attribut essentiel de l'état des personnes* » (61).

Franck Héas

(55) Articles L. 138-24 et s. CSS.

(56) Article R. 138-26 CSS : les autres thèmes qui peuvent également concourir à l'emploi des seniors sont le recrutement de salariés âgés, l'anticipation de l'évolution des carrières professionnelles, le développement des compétences et des qualifications et l'accès à la formation, l'aménagement des fins de carrière et la transition entre activité et retraite ou la transmission des savoirs et des compétences et le développement du tutorat.

(57) Article L. 2242-15 C. trav.

(58) Article L. 2323-57 C. trav.

(59) Niel S., Morin C., Accord unique égalité, pénibilité, seniors, GPEC, Les cahiers du DRH 2011, n° 181, p. 3.

(60) Penneau A., La certification des entreprises dans le domaine de la santé au travail, JCP S 2011, 1408.

(61) Savatier R., un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, D 1958, Chronique, p. 95.