

Négociation et confrontation au réel en matière de pénibilité

Xavier Haubry
Inspecteur du travail,

Chargé d'enseignement à l'Université *Paris Ouest*, Nanterre La Défense.

Introduction

Xavier Haubry est inspecteur du travail mais aussi enseignant à l'université Paris X Nanterre. Ce double statut lui permet d'avoir une certaine liberté de parole.

Les textes de loi sur la pénibilité au travail ont plus pour but de faire accepter la réforme des retraites qu'un réel objectif de prendre en compte la pénibilité au travail et de chercher à la diminuer. Tout cela en limitant autant que possible le coût de ces textes relatifs à la pénibilité.

Le traitement de la pénibilité est théoriquement négocié, mais l'employeur peut se passer d'accords en élaborant, seul, un plan d'action pour échapper aux pénalités mais aussi à la négociation. Cette situation est déjà actuellement présente dans le traitement de l'emploi des seniors.

Au niveau de la négociation, dans les entreprises, les traitements sur la pénibilité sont souvent ignorés, et rentrent souvent en contradiction avec les accords et les engagements de principe préalablement discutés. Il en résulte une possible dégradation de la situation de travail.

1. Pénibilité, travail et sortie du travail

Annie Jolivet a précédemment présenté les sorties collectives du travail, avec le système des préretraites, où on fait sortir les seniors de l'entreprise. Ces seniors sont souvent ceux sur lesquels on commence à voir les conséquences de la pénibilité. Aujourd'hui la pénibilité se traite de manière individualisée.

1.1. Une pénibilité traitée individuellement par l'arrêt du travail et l'inaptitude

On retrouve deux formes principales de traitement individualisé de la pénibilité au travail.

Les arrêts maladie prolongés pendant plusieurs mois voire plusieurs années, qui concernent des salariés qui ne pourront parfois jamais reprendre le travail.

La voie de l'inaptitude, constatée par le médecin du travail. Elle pose problème car cette action du médecin du travail va consister à aider l'entreprise à faire sortir la personne qui n'a pas pu supporter les conditions de travail qui y sont imposées. Sur le plan individuel, cette situation est compréhensible ; mais, sur le plan collectif, elle interroge sur les raisons qui font que nous ne sommes pas capables d'éviter ces situations de manière massive.

1.2. La réforme des retraites : travailler plus dans un contexte de fortes discriminations liées à l'âge.

Le texte sur la pénibilité au travail est lié à la réforme des retraites. Sur les discriminations liées à l'âge, si on veut améliorer la situation de la pénibilité il faut changer certains réflexes pouvant exister dans les entreprises par rapport aux seniors, au moment de leur sortie ou de leur entrée dans les effectifs.

Sortie effective lors de plans de sauvegarde de l'emploi, ou plan de licenciement, nombreuses mesures finissent par faire sortir les séniors de l'entreprise. Avec un certain consensus de l'employeur, des syndicats et même de l'Etat qui a longtemps financièrement incité à ce type de mesure.

Entrée, avec une forte discrimination à l'embauche dans le secteur privé mais aussi dans le public avec pendant longtemps des restrictions d'âges au niveau des concours de la fonction publique, situation qui aurait été qualifiée de discrimination liée à l'âge et donc illégale dans le privé. L'Etat a mis très longtemps pour évoluer sur ce sujet.

2. Négocier sur la pénibilité : Qui ? Comment ? Pourquoi ?

2.1. Présentation rapide du cadre juridique issu de la réforme des retraites

Négocier sur la pénibilité : sans revenir en détails sur les facteurs de risque en eux même, on peut se concentrer sur les frontières de ces facteurs de risque et sur le caractère très incomplet des textes.

L'exemple des températures extrêmes. A partir de quand une température devient elle extrême ? Pour quelle durée d'exposition ? Le fait que ce soit l'employeur qui décide si ses employés sont soumis à des critères de températures extrêmes est regrettable puisque ce n'est pas la personne la mieux placée pour reconnaître que ces employés effectuent un travail pénible. Il pourra donc, facilement, s'auto exonérer de nombreuses obligations liées à la pénibilité.

L'exemple des facteurs physiques, montre que de nombreux critères ne sont pas prévus. Les postures pénibles sont prévues mais définies comme une position forcée des articulations. Si on reste debout toute la journée, cela ne sera pas nécessairement pris en compte malgré le fait que cette position comporte des risques importants.

L'employeur détermine les postes exposés et va inscrire dans le document unique d'évaluation des risques la liste de ces postes pénibles ainsi que le nombre de salariés occupant ces postes. Les services du ministère du travail et la circulaire de la direction générale du travail n'a pas prévu de dispositif de contrôle à ce niveau là. Pourtant l'enjeu est de savoir si l'entreprise dépasse ou non les 50% d'employés remplissant les critères de pénibilité, et c'est ce qui déterminera si l'entreprise va être assujettie ou non à la négociation d'un accord ou à la mise en place d'un plan d'action. Si l'employeur déclare 40% d'emplois pénibles au sein de son entreprise, alors on retiendra 40%.

Au niveau du seuil de cinquante salariés, on peut craindre l'apparition d'un phénomène déjà rencontré dans de nombreux autres domaines que la pénibilité : la sous-traitance des risques. Par exemple une entreprise de deux cents salariés qui ne souhaite pas négocier avec les syndicats sur la pénibilité d'un certain nombre de postes va préférer sous traiter ces risques dans des entreprises de moins de cinquante salariés. Une pratique courante dans le de domaine du nucléaire ou celui des travaux publics. On peut se poser la question du bien fondé de ce seuil de cinquante salariés, et pourquoi un travail serait moins pénible dans une entreprise de moins de cinquante salariés. La seule raison pouvant expliquer ce seuil est le coût que pourrait avoir un tel dispositif.

On retrouve une notion d'exposition significative, qui permettra de déterminer si un salarié est exposé ou non à un risque. Une nouvelle fois c'est l'employeur qui, seul, apportera la réponse à cette question.

Le seul contrôle imaginable est une mise en demeure de l'inspecteur ou du contrôleur du travail dans le cas d'un abus manifeste d'un employeur qui se considérerait comme non assujetti malgré de nombreux éléments indiscutables prouvant le contraire.

Accords ou plan d'action, les deux sont possibles pour les entreprises. L'accord est à négocier avec les organisations syndicales, on cherche un accord sur les engagements de l'employeur sur cette question. Le plan d'action est moins contraignant pour l'entreprise, il lui suffit de dresser un document qu'elle appelle : plan d'action en matière de pénibilité. Elle peut mettre ce qu'elle a envie dedans, pas de contradicteurs existant, malgré une probable consultation du CHSCT. Mais si ce document n'est pas

sérieux, avec des critères peu ambitieux et peut être même des objectifs déjà atteints, rien n'interdira à l'employeur de poursuivre ce plan d'action. Pas de négociations obligatoires au niveau de l'élaboration de ce plan d'action, si l'employeur décide de ne pas ouvrir de négociations avec les syndicats sur cette question, il en a le droit. Un employeur qui assumerait ne pas vouloir négocier la question du plan d'action, resterait dans le cadre légal, et pourrait déposer son plan d'action en l'état.

En synthèse : pas facile d'être assujéti. Il faut avoir plus de cinquante personnes dans l'entreprise, ne pas avoir externalisé les risques les plus grands, reconnaître plus de 50% d'employés en situation de pénibilité. Si jamais on est assujéti, il est assez facile de contourner la sanction car soit on trouve des organisations syndicales conciliantes qui signent un accord pas très ambitieux soit on a même pas envie de négocier sur la question et on élabore tout seul un plan d'action. Ce plan d'action peut être très ambitieux comme à la limite de la moquerie de la philosophie du dispositif. Dès lors qu'il aura été déposé on pourra échapper à toute sanction. Même si on ne respectait pas toutes ces premières étapes qui permettent assez facilement d'éviter la sanction, la procédure de mise en œuvre de la sanction est tellement lourde qu'elle a peu de chance d'aboutir de manière massive.

2.2. La procédure de sanction

Cette procédure consiste, dans un premier temps, en une visite d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail. Le code du travail ne fait pas de distinction entre inspecteur et contrôleur du travail dans l'attribution du suivi et du contrôle entreprises mais, dans la pratique, il existe une limite fixée à cinquante salariés. Les inspecteurs contrôlent plutôt les grandes entreprises, à partir de cinquante, les contrôleurs les établissements plus petits. En pratique les inspecteurs seront donc plus confrontés au texte relatif à la pénibilité, mais les deux peuvent se rencontrer dans la réalité. Si un employeur dans son document unique d'évaluation des risques dit qu'il ne franchit pas les 50%, on s'arrête et on ne va pas plus loin, sauf abus manifeste. Pas de sanction pour ce type d'abus.

Si on franchit les seuils de 50% et de cinquante salariés on va regarder si on a un accord ou un plan d'action. S'il n'existe rien, on va pouvoir poursuivre la procédure. S'il existe quelque chose, on regardera seulement de manière formelle si l'accord ou le plan d'action est conforme et signé. On va cependant se dégager totalement du fond, du contenu de cet accord ou de ce plan d'action. Est-ce que le diagnostic préalable tient la route ou pas, cela ne fait pas partie des points de contrôle prévus ni par la législateur, ni par la circulaire de la direction générale du travail.

On va en fait cocher des cases ; est-ce que sur les deux thèmes suivants : réduction des poly-expositions et adaptation et aménagement du poste de travail on a au moins un des deux thèmes qui est prévu, si oui, on passe à la case suivante. La case suivante : parmi les quatre thèmes présentés dans le tableau exposé précédemment, on a besoin d'avoir deux parmi ces quatre qui doivent être cochés. C'est l'amélioration des conditions de travail, le développement des compétences et des qualifications, l'aménagement des fins de carrière et le maintien en activité avec anticipation et aide au retour des personnes inaptes. On a un article sur un de ces thèmes, et un autre sur l'autre de ces thèmes, malgré le manque d'ambition et le manque de sérieux du contenu, qui ne sera peut être même pas respecté, ce n'est pas important. Formellement on a un plan d'action qui remplit les conditions de validité et la procédure de sanction ne pourra pas être mise en œuvre. Pour chaque niveau retenu on doit avoir des objectifs chiffrés et des indicateurs.

Ma crainte, à titre personnel, est qu'on rencontre la même difficulté déjà soulignée par de nombreuses équipes de recherche à propos des indicateurs qui ont été fixés par les pouvoirs publics dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) et la révision générale des politiques publiques (RGPP). Quels sont les indicateurs qui ont été fixés, quels ont été les objectifs que l'Etat s'est fixés ? Des objectifs qu'il était sûr de pouvoir atteindre. Exemple, un nombre d'étrangers expulsés. Est-ce que l'objectif est pertinent ou pas ? Est-ce, compte tenu notamment des moyens mis en œuvre, conforme à

l'intérêt général ? Ce n'était pas la question. La question était de savoir si on pouvait atteindre cet objectif pour pouvoir dire en fin de mandat qu'on avait atteint les objectifs. Les entreprises commencent exactement à faire la même chose sur la pénibilité : elles vont regarder la situation actuelle et vont se fixer un objectif qui sera peut être en dessous de ce qu'elles font déjà. Le texte ne précise pas qu'il faut avoir de meilleurs résultats que précédemment. Même si l'objectif n'est pas atteint, cet aspect là ne fait pas l'objet du contrôle et ne pourra donc faire l'objet de la procédure de sanction. Ce dispositif de sanction, semble donc difficile à mettre en œuvre.

Concernant la mise en œuvre de la pénalité, la procédure est un peu lourde. Après un premier contrôle, elle se poursuit par une mise en demeure qui elle-même va s'étaler sur un délai de 6 mois, ce qui est particulièrement généreux. Si c'est 6 mois pour négocier, on pourrait se dire qu'il y a intérêt à négocier en prenant le temps de faire correctement les choses afin d'aboutir à des résultats. Si c'est 6 mois pour élaborer un document de 3 pages qu'on va appeler plan d'action en matière de pénibilité et dont le contenu sera éventuellement un peu creux, on peut se demander si ce délai de 6 mois n'est pas de trop. A l'issue de ces six mois, seul le directeur régional de la DIRRECTE, et sans délégation de signature sur cette question, peut prononcer une mesure de sanction dans le mois qui suit l'expiration de la mise en demeure. Le fait de ne pouvoir déléguer sa signature sur cette question est un des freins supplémentaires à la mise en œuvre du dispositif alors qu'on aurait pu imaginer une possibilité de délégation à la hiérarchie intermédiaire (responsable d'unité territoriale de chaque département voire directeur adjoint du travail). Ensuite la DIRRECTE adresse une notification à l'entreprise avec copie à la CARSAT / MSA.

2.3. Présentation (critique) rapide de quelques accords signés (anonymisés)

Je vous propose une présentation rapide de quelques accords parvenus dans nos services.

Le 1^{er} concerne une grande entreprise du BTP. Concernant la méthode tout d'abord. Ils ont repris l'accord sénior (négocié antérieurement) comportant 4 séries de mesure. Deux spécifiques aux séniors et deux autres qui faisaient dire à l'entreprise qu'il n'était pas nécessaire de négocier sur la pénibilité. Le premier thème abordait les entretiens de deuxième partie de carrière, le but n'étant pas de diminuer la pénibilité mais de définir si les personnes pouvaient ou non continuer à travailler avec la possibilité d'une sortie anticipée de manière progressive du travail. Les 2 thèmes suivants prévoyaient des formations SST (c'est une bonne idée pour le secteur du BTP) et des formations gestes et postures. Aucune possibilité d'aménagement de postes voire de diminution de charges portées n'ont été envisagées, la pénibilité étant directement renvoyée sur l'individu, ce qui est beaucoup plus pratique. Le mélange sénior/pénibilité est possible juridiquement mais est également contraire à l'idée de prévention : c'est en partie les conditions de travail des jeunes d'aujourd'hui qui feront l'employabilité des séniors de demain.

Autre exemple dans l'industrie chimique. Des actions de prévention sont mentionnées mais très vaguement définies (Ex : manutentions manuelles : fournitures de matériel d'aide à la manutention). Aucune information ou précision sur les postes concernés, à partir de combien de kilos, quel type de matériel (transpalette mécanique, électrique, diable...) permettant d'éviter à l'entreprise de se voir imposer un engagement. Des termes non contraignants, peu d'objectifs chiffrés qui lui éviteront également de se voir dire qu'elle n'a pas respecté son engagement. Par contre, lorsque c'est obligatoire, il y a un objectif chiffré : par exemple dans le cas présent, « *50% des salariés exposés à au moins un des facteurs de pénibilité se verront proposer une action de formation/sensibilisation à la prévention des facteurs de pénibilité* ». Là encore, on renvoie à l'individu plus qu'à l'aménagement du poste de travail. Le but n'est pas d'empêcher les gens d'être cassés par le travail mais on pourra les former pour leur expliquer comment ne pas trop se casser pour la suite tout en continuant à porter des choses lourdes.

Si on fait une synthèse des différents accords arrivant dans nos services, on est très proche de ce qu'on a vu en matière de RPS avec le système de feu vert, feu orange, feu rouge et des situations très embêtantes dans les 2 sens. Parfois, de très bons accords papier, avec une entreprise ayant le feu vert mais avec des situations catastrophiques en termes de RPS. A l'inverse des feux rouges pour des entreprises, pas suffisamment importantes pour avoir un directeur des relations sociales dont le métier est de négocier en permanence, mais mettant en place des actions et connaissant des situations peu graves.

Il me semble que c'est un peu le même problème sur la pénibilité. On renvoie à des accords, à la négociation, mais je ne suis pas certain que les employeurs aient tendance à s'en emparer de manière spontanée, ni que les organisations syndicales puissent investir correctement ce champ. Rappelons-nous l'époque du comité permanent amiante ou tout le monde était autour de la table, y compris les organisations syndicales de salariés, et le résultat que cela a donné. Je ne pense pas que la voie de la négociation soit aujourd'hui la meilleure voie pour améliorer les conditions de travail, l'Etat devrait peut être assumer son rôle de définir les règles et faire ce qu'il faut pour vérifier si elles sont respectées ou pas.

3. La pénibilité face aux préjugés (à partir d'expériences de terrain)

3.1. Qu'est-ce qui est pénible ? Aspects objectifs et subjectifs

Comment peut-on définir la pénibilité, et ce qui est pénible ? On a vu que la définition de la pénibilité était assez restrictive et qu'un certain nombre de choses pénibles ne rentraient pas dans cette définition (Cf. : la posture debout n'étant pas une position forcée des articulations).

Prenons l'exemple de l'entretien annuel. Ce n'est pas du tout évoqué par les textes, ni par les circulaires que la pénibilité liée à l'organisation du travail peut exister, mais est-ce prévisible par un texte ? Les entretiens d'évaluation sont en soi ni bons ou mauvais. Ils peuvent être très bons pour le moral des salariés comme s'avérer catastrophiques. Tout dépend de la manière dont ils sont conduits, la manière dont on va former les évaluateurs et du fait que les entreprises jouent le jeu. Cela peut donner le meilleur comme le pire. Il est difficile de fixer les règles en la matière, que celles-ci soient définies par l'Etat, une branche ou une entreprise. La présence de dispositions relatives à cette question dans un texte ou un accord ne sera pas un élément déterminant sur les bonnes ou mauvaises conditions de travail.

Autre exemple : celui du jus d'orange. Une affaire qui clairement ne pourrait pas rentrer dans les critères définis par les textes, et pourtant une salariée était en situation de grande souffrance. Pour résumer, l'origine de la demande d'intervention provenait d'une déléguée du personnel. L'inspecteur du travail, venant enquêter sur cette situation, rencontre de multiples acteurs (salariée concernée, collègues, hiérarchie, RRH, ...). L'une des tâches de cette salariée consistait, dans cette cafétéria faisant également restaurant d'entreprise, à presser des oranges dans le cadre de la préparation des petits déjeuners. Cette dame était très appréciée de l'ensemble du personnel, ainsi que ces jus d'orange, et son travail était aussi l'occasion de discuter avec chacun. Seulement, le niveau de prestation payé par l'entreprise n'étant pas assez élevé pour maintenir le pressage des oranges, celui-ci fut remplacé par des briques prêtes à l'emploi imposant à cette salariée, comme elle le dit elle-même, « à défaire des palettes et bouger des objets ». A l'issue des discussions, il ressort que l'une des causes principales de souffrance de cette dame provenait du fait qu'auparavant elle se sentait utile socialement, au delà du geste technique consistant à presser les oranges. Même si l'utilité sociale continuait à exister, il n'y avait plus de contact humain et le sentiment du travail bien fait disparaissait.

Cet exemple est donné pour essayer démontrer qu'il est difficile d'appréhender de manière globale avec des textes rédigés dans des termes généraux, la question de la pénibilité.

3.2. Que faire pour diminuer la pénibilité ? (difficulté de surmonter les choix idéologiques en matière de gestion du personnel et d'organisation du travail)

Pour conclure, une petite note d'espoir sur des choses qui permettraient de diminuer la pénibilité.

C'est très bien de prévoir des accords qui vont plus loin, ou de faire une évaluation des risques qui vient identifier des risques qui ne le seraient pas par des textes étatiques. Mais il existe déjà des obligations légales et réglementaires dont le simple respect suffirait grandement à l'amélioration des situations de travail.

Je vais prendre l'exemple du siège. L'article R 4225-5 du code du travail impose l'obligation d'avoir un siège soit au poste de travail soit à proximité immédiate. Cette obligation est malheureusement souvent non respectée, notamment dans les activités de commerce ou de restauration rapide pour des questions quasi-idéologique (image donnée à la clientèle). Le non respect de cette obligation est à l'origine de pathologies nombreuses et graves souvent invalidantes et donc « *excluentes* » professionnellement et socialement. On peut d'ailleurs faire le lien avec la question des discriminations à l'embauche et la sortie prématurée du travail dès que le travail commence à vous casser un peu. Généralement, dans ce type d'activité, s'ajoutent à l'absence de siège des conditions d'ambiance telle que de la lumière et de la musique un peu forte donnant au client l'envie d'acheter rapidement sans trop réfléchir pour partir rapidement, l'objectif est atteint pour l'enseigne. Pour les salariés qui s'y trouvent de manière durable et prolongée, ce n'est pas forcément évident en termes de conditions de travail. Je vais vous citer l'exemple d'un bras de fer que j'ai eu avec une grande entreprise de restauration rapide dont je vous tairais le nom. On a plus de 50 salariés affectés sur cet établissement. Un seul siège existe et celui-ci est prévu pour une personne reconnue travailleur handicapé. Ce siège est situé dans une toute petite pièce, non visible, pour recompter l'argent. Le jour du contrôle, cette personne n'est pas là, et le siège est utilisé pour poser l'argent car il y a très peu de place. Je demande vivement à l'employeur de mettre en place plusieurs sièges comme le code du travail le prévoit. Il me fait la proposition d'installer un strapontin dans un endroit à l'écart et surtout non visible par les clients, proposition dont je ne vais pas me satisfaire. Mais les résistances de cette entreprise ont conduit à des arrêts de travail puis au final à des licenciements pour inaptitude sans possibilité de reclassement. (2 personnes l'an dernier). Quel intérêt, dans ce type de situation, à prévoir des entretiens de seconde carrière ou des formations ?

Pour autant, je pense qu'on a besoin de quelqu'un, peut être les ergonomes, pour aider les entreprises à aménager les postes de travail indépendamment des obligations légales et réglementaires qui seront toujours un peu techniques par rapport aux obligations qu'elles vont définir.

Alors que faire ? Comment fait-on pour passer par l'ergonome, sans contraindre l'employeur trop fortement, et sans l'imposer à l'ergonome sans quoi la plus value en serait probablement fortement limitée. Faut-il se contenter de subir la contrainte réglementaire ou faut-il réellement aller plus loin ? Comment reconnaître les efforts faits par les entreprises qui jouent le jeu, et éviter que les travailleurs et la collectivité ne subissent les conséquences de ceux qui refusent à diminuer la pénibilité de manière réelle/concrète (mesurable) ?

Si on fait le lien entre les réformes qui sont intervenues (et qui interviendront encore probablement à l'avenir), je pense notamment à la question de l'interdisciplinarité dans les services de santé au travail, quel place l'ergonome peut il occuper sur cette question de l'interdisciplinarité ?

On a peut être quelque chose qui peut s'imaginer, et j'ai une proposition à formuler – certes un peu utopique, et peut être même un peu naïve. Aujourd'hui, le médecin du travail se prononce sur l'aptitude d'un salarié à occuper le poste. C'est d'abord un médecin, qui connaît les pathologies et les dommages que peuvent causer de mauvaises conditions de travail. Imaginons que demain, il ne pourrait pas forcément le faire seul, certainement avec un tiers, un ergonome par exemple, imaginons qu'il se prononce sur l'aptitude du poste à recevoir un être humain. On aurait très probablement beaucoup de situations de pénibilité qui disparaîtraient, beaucoup de situations que nous n'aurions plus à régler tant

sur le plan individuel que collectif. Les conditions de travail seraient clairement améliorées et cela permettrait une adaptation à l'évolution des métiers et des activités économiques que, en tout état de cause, les textes ne pourront jamais suivre car les choses bougent très vite et qu'il y a trop de situations différentes.