

## LA « PENIBILITE » : FIN de PARTIE

### Analyse de la 5<sup>ème</sup> ordonnance

La question des travaux « pénibles » et/ou dangereux pour la sécurité et la santé est la première qui s'est posée au XIX<sup>ème</sup> siècle. La réponse des travailleurs était de les supprimer si possible, de les limiter sinon. Les employeurs ont alors organisé leur impunité : les accidents du travail, même lorsqu'une faute grave de l'employeur mettait en cause leur responsabilité, n'ont jamais été considéré pour ce qu'ils sont, des délits ou des crimes, mais comme la résultante d'un « risque » professionnel, pour lequel il suffisait de s'assurer et pour lequel la victime ne se voyait dédommager financièrement qu'à titre forfaitaire et non en fonction du préjudice subi comme dans tous les autres domaines de la vie sociale. Pourquoi dès lors s'attaquer aux causes des accidents et maladies professionnelles si, à court terme, cela coûte moins d'en indemniser les conséquences ?

La branche Accidents du travail (AT) et maladies professionnelles (MP) est tenue par le patronat (C.N.P.F puis M.E.D.E.F) depuis les débuts de la Sécurité sociale : le faux paritarisme qui s'y est instauré lui a ainsi assuré sans discontinuer la présidence de la commission des AT/MP avant qu'un accord interprofessionnel du 28 février 2006 sur la « gouvernance » de la branche n'en fasse la règle. Le patronat garde ainsi la main pour limiter au maximum la reconnaissance des AT et des MP et en minimiser l'indemnisation.

Lorsque la casse des retraites (1994,2003, 2008, 2010, 2012...) a mis en lumière la différence d'espérance de vie selon les métiers exercés, des organisations syndicales ont troqué baisse générale des retraites et abandon des conquis collectifs sur le départ en retraite anticipée pour les métiers reconnus pénibles contre la promesse qu'un effort serait fait en direction de ces travailleurs. Cet immense recul, sous l'argument thatchérien « c'est mieux que rien », s'est concrétisé tout d'abord par la mise en place d'une fiche d'exposition à des facteurs de risques professionnels sur laquelle l'employeur devait consigner, sous peine de sanctions pénales, les conditions de pénibilité, la période d'exposition et les mesures de prévention « pour faire disparaître ou réduire ces facteurs ». Fiche et mesures de prévention ont été mises à la poubelle par la loi Rebsamen n°2015-994 du 17 août 2015 au profit de la mise en œuvre d'un « Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité » (fichier inclus dans le fichier « Compte Personnel d'Activité »). Ce « compte » est individuel, il mesure, avec une déclaration annuelle dématérialisée de l'employeur, l'évolution de la détérioration de l'état de santé traduite en points cumulables tout au long de la souffrance (le contraire de la prévention, les salariés ont « intérêt » à souffrir le plus possible s'ils veulent accumuler des points). Le salarié « décide » alors ce qu'il fait avec ses points.

**La cinquième ordonnance réécrit au grand bénéfice des employeurs les dispositions qui organisaient déjà ces reculs depuis 2014 :**

► **De la fausse prévention à son abandon officiel :**

**1/ La « pénibilité » n'existe plus, remplacée par un « compte de prévention » et il n'est plus question de s'occuper des causes mais des conséquences, des « effets de l'exposition » des salariés à « certains facteurs de risques professionnels ».**

**2/ Les situations de conditions de travail les plus fréquentes et les plus pénibles ne seront éventuellement prises en compte qu'à la fin de la vie active :**

Avant l'ordonnance, la loi, oubliant des risques majeurs tels les rayonnements ou les agents biologiques, listait depuis le décret n° 2011-354 du 30 mars 2011 seulement 10 « facteurs de risques » : 3 au titre des « contraintes physiques marquées » (**Manutentions manuelles de charges ; Postures pénibles définies comme positions forcées des articulations ; Vibrations mécaniques**) ; 4 au titre de « l'environnement physique agressif » (**Agents chimiques dangereux mentionnés aux articles R. 4412-3 et R. 4412-60, y compris les poussières et les fumées**) ; Activités exercées en milieu hyperbare ; Températures extrêmes ; Bruit mentionné à l'article R. 4431-1) ; 3 au titre de « certains rythmes de travail » (Travail de nuit dans les conditions fixées aux articles L. 3122-2 à L. 3122-5 ; Travail en équipes successives alternantes ; Travail répétitif caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte).

Hormis le travail posté impliquant au moins 50 nuits par an, l'**ordonnance décide de ne plus mesurer les situations les plus pénibles et les plus invalidantes** : l'exposition aux « contraintes physiques marquées » ainsi qu'aux « agents chimiques dangereux, y compris les poussières et les fumées », qui sont le lot quotidien de millions de salariés, qui voient le licenciement pour inaptitude s'ajouter à la souffrance. Les agents chimiques dangereux ainsi ignorés sont notamment les substances et mélanges qui répondent aux critères de classification relatifs aux dangers physiques, aux dangers pour la santé ou aux dangers pour l'environnement définis à l'annexe I du règlement (CE) n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 que les agents cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction.

Et pour les « risques professionnels » restants, qui vont être « précisés » par décret, l'ordonnance en banalise la dangerosité en supprimant leur précédente caractérisation comme « susceptibles de laisser des traces durables, identifiables et irréversibles sur la santé ».

► **Des employeurs exemptés ou impunis :**

**1/ L'obligation de faire un accord ou, à défaut, un plan de prévention, pourra tomber si l'entreprise peut se prévaloir d'un taux de « sinistralité » inférieur à un taux fixé par décret :**

La « *sinistralité* » est un néologisme créé par les assurances, un taux de « sinistralité » étant un ratio financier entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes encaissées. Il est utilisé dans la branche AT/MP pour fixer les taux de cotisation des employeurs. Ici nulle prévention, il n'est question que de gestion et de rentabilité.

**2/ Pour les éventuelles pénalités, les patrons parlent aux patrons :**

Qui va fixer la pénalité en cas en cas d'absence d'accord ou de plan de prévention pour les entreprises qui y sont soumises ?

En décidant que la pénalité devait être notifiée par le « directeur de l'organisme chargé de la gestion du risque accidents du travail et maladies professionnelles », autrement dit l'organisme tenu, comme on l'a vu, par le MEDEF, le projet d'ordonnance avant la signature de Jupiter revenait sur la règle antérieure qui laissait au D.I.R.E.C.C.T.E le soin de fixer cette pénalité, après enquête et mise en demeure de l'inspecteur du travail et en tenant compte des mesures prises par l'entreprise pour prévenir la pénibilité au travail.

Il semble que la « prévisibilité » chère au patronat ait finalement conduit à revenir à une « *autorité administrative compétente* » à définir (sans doute le D.I.R.E.C.C.T.E) avec un montant fixé par un décret et une affectation plus étroitement contrôlée par le MEDEF (« *organismes nationaux de la branche accidents du travail et maladies professionnelles* »).

## ► Des salariés sans réparation ni compensation :

### 1/ La pénibilité soluble dans un « compte »

Le mot est proscrit, le « compte personnel de prévention de la pénibilité » devient le « compte professionnel de prévention ».

### 2/ Le patronat décide les emplois qui devront faire l'objet d'une déclaration :

En donnant aux organisations professionnelles patronales le soin - soit par accord collectif étendu, soit à défaut par un référentiel de branche homologué - de déterminer les postes, métiers ou situations de travail devant faire l'objet d'une déclaration, en présumant de bonne foi et en exonérant par avance de toute pénalité l'employeur ayant suivi le référentiel pour faire ou non une déclaration de salariés exposés, l'ordonnance confirme la réglementation actuelle qui organise la restriction des déclarations et exonère les employeurs de leurs responsabilités sur la santé et la sécurité de leurs salariés.

### 3/ Le patronat contrôle les recours contre les déclarations de l'employeur... et toute la gestion du « compte » :

Les déclarations de l'employeur ne pourront - tout comme les litiges sur l'ouverture du « compte », l'affectation de « points », l'utilisation du compte et sa gestion – faire l'objet d'un recours aux prud'hommes. Seule est autorisée le contentieux de la sécurité sociale, dont les salariés ont depuis longtemps pu vérifier à quel point il était sous influence patronale, le faux paritarisme ayant tombé le masque en 2004. Ajoutons que pour faire bonne mesure, le salarié ne pourra exercer de recours contre la décision de son employeur que s'il a préalablement porté cette contestation devant son employeur... Et il devra faire vite, le délai de prescription étant de deux ans et la facilité antérieure (lettre R.A.R) ayant été étrangement écartée. Quant au sérieux de l'examen de son recours, il était prévu l'avis d'une commission disposant de personnels mis à disposition par les organismes gestionnaires ; cette mise à disposition n'est plus prévue.

Sur ce point comme sur tous les autres, les décisions ne seront plus prises comme avant par la Caisse nationale d'assurance vieillesse, mais par la caisse d'assurance maladie et plus spécialement par la branche accidents du travail et maladies professionnelles. Un changement fondamental qu'il faut mesurer au regard de l'histoire toute récente du « fonds de financement des droits liés au compte personnel de prévention de la pénibilité » créé par la loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 comme « établissement public de l'Etat » : le Conseil d'Etat a annulé le 4 mars 2016 le décret du 9 octobre 2014 relatif à ce fonds en tant qu'il n'a pas fixé à un niveau plus élevé les taux de la cotisation additionnelle demandée aux

entreprises ayant employé des salariés au-delà des seuils d'exposition ; quant à la deuxième ressource du fonds, la cotisation due par les employeurs au titre des salariés qu'ils emploient et qui entrent dans le champ d'application du compte personnel de prévention de la pénibilité, la loi Rebsamen n° 2015-994 du 17 août 2015 en a exonéré les employeurs pour les années 2015 et 2016. Côté dépenses, la prise en mains des expertises par la branche accidents du travail et maladies professionnelles est une solide indication de ce qui attend les salariés.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2018, l'ensemble des biens, droits et obligations du fonds chargé du financement des droits liés au compte personnel de prévention de la pénibilité sont transférés de plein droit aux organismes nationaux de la branche accidents du travail et maladies professionnelles.

#### **4/ Les utilisations possibles des « points » du « compte » sont sans rapport avec la prévention et autant de leurre :**

Trois utilisations possibles pour les « points » accumulés par la souffrance :

- **Partir en formation de reconversion en espérant accéder à un poste non exposé ou moins exposé** : outre que les salariés qui ont les conditions de travail les plus difficiles sont souvent ceux qui ont le moins de possibilités de se « reconvertir », cette façon d'envisager les choses revient à remplacer un salarié exposé par un autre. Enfin, s'il est prévu que les « points » soient transformés en heures de formation inscrites sur le « compte personnel de formation », rien n'assure que formation il y aura. Entre autres parce qu'une réelle formation pour se « reconvertir » nécessite beaucoup d'heures, au point que l'ordonnance prévoit (nouvel article L.6323-4 du code du travail) que le salarié pourra lui-même figner les heures manquantes.
- **Travailler à temps partiel avec compensation** revient à remplacer un salarié exposé à temps plein par deux salariés exposés à temps partiel. Le montant de la compensation n'est pas encore défini, il le sera par décret. De surcroît, l'employeur pourra s'opposer à cette demande en invoquant les conséquences sur « l'activité économique de l'entreprise ».
- **Partir plus tôt en retraite** : pour avoir une majoration de la durée d'assurance et un départ avant l'âge légal de départ en retraite de droit commun, il faudra avoir accumulé des « points » sur 20 ans au maximum. Nulle prévention pour les salariés qui auront été exposés toute leur vie durant. La liquidation des points acquis ne peut avoir lieu qu'au-delà d'un nombre suffisant et qu'à partir de 55 ans. Quant au montant des « points » et de ce qu'ils permettront, au vu du nombre réduit de « facteurs de risques » pris en compte, au vu de leur mode de déclaration et de la gestion assurantielle du « compte », le nombre de salariés concernés sera aussi réduit que la majoration d'assurance (limitée à deux ans) à laquelle ils pourront prétendre.

La nécessité et la pression législative vont les conduire, chemin faisant, à laisser filer les précieux « points » dans l'utilisation « formation professionnelle » : il en est déjà ainsi pour les 20 premiers points et un décret à paraître doit préciser « les conditions et limites » dans lesquelles les points acquis ne peuvent être affectés qu'à cette utilisation. De même, en mettant « *à la disposition du travailleur un service d'information sur internet lui permettant de connaître le nombre de points qu'il a acquis et consommés au cours de l'année civile précédente, le nombre total de points inscrits sur son compte ainsi que les utilisations possibles de ces points* », l'ordonnance ne fait que reprendre ce qui existe déjà (le « compte

personnel d'activité » englobant le « compte personnel de prévention de la pénibilité » rebaptisé par l'ordonnance en « compte professionnel de prévention »). Et ce gigantesque fichier a entre autres pour fonctions de transférer de façon asymétrique des « droits » d'un « compte » dans celui de la formation.

Si les modalités de prise en charge des trois utilisations possibles seront déterminées par décret, le nouvel article L.4163-21 indique clairement que la branche AT/MP en assurera le contrôle. Pas sûr par ailleurs qu'elle ne s'exonère pas du financement de la « formation professionnelle » de reconversion au détriment de la caisse d'assurance maladie car l'ordonnance semble bien le mettre à la charge de cette dernière (nouvel article L.431-1 du code de la sécurité sociale) :

#### ► **Et le contrôle public ?**

**Les employeurs délinquants seront contrôlés par la branche AT/MP.**

S'il n'a jamais été question d'un contrôle, comme cela aurait dû être, par l'inspection du travail réduite à transmettre le cas échéant « *toute information utile* » , l'ordonnance a troqué le contrôle par les organismes de l'assurance vieillesse (qui avaient quelque intérêt à sanctionner les employeurs qui contribuaient à alourdir leurs charges) par les organismes gestionnaires de la branche AT/MP dont on a vu qu'ils n'avaient pas vocation à faire du zèle en la matière. Même attribution pour les très éventuelles sanctions.

#### ► **Et les salariés exposés aux « facteurs de risques professionnels » qu'on a renoncé à mesurer ?**

Pour les millions de salariés confrontés aux « *contraintes physiques marquées* » (Manutentions manuelles de charges ; Postures pénibles définies comme positions forcées des articulations ; Vibrations mécaniques) ou à un « environnement physique agressif » (Agents chimiques dangereux, y compris les poussières et les fumées), leur prise en compte est simple (nouvel article L.351-1-4 du code de la sécurité sociale) : il leur suffira en temps voulu d'être atteint d'une maladie professionnelle, la bonne, celle qui figurera dans la liste d'un décret à venir et être suffisamment mal en point pour dépasser le taux d'incapacité permanente qui sera déterminé par décret.

La victime pourrait aussi, si elle est assez gaillarde, « bénéficié » au titre de la « reconversion professionnelle » d'un « abondement » de son « compte personnel de formation ». Sans commentaire.

#### ► **Un dernier, pour la route**

Toutes les dispositions de l'ordonnance que le patronat estime urgente entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2017 ou le 1<sup>er</sup> janvier 2018. Une douce attention, les employeurs qui auraient déclaré des salariés exposés aux quatre « facteurs de risques » qu'on ne va plus mesurer n'auront pas à verser la cotisation due pour le quatrième trimestre 2017.

Pour tout ce qui concerne le « compte personnel de prévention », cela pourra attendre le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Et pour la prise en charge de la « reconversion professionnelle » à travers le « compte », il faudra aussi attendre le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

