

PROJET. Synthèse des nouvelles obligations pratiques sur la pénibilité et l'égalité professionnelle.

Pénibilité et égalité hommes-femmes : où en sommes-nous ?

Laurence Cohen, Avocat associé, cabinet Chassany Watrelot & Associés

La loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites comporte des dispositions qualifiées par certains de « cavaliers de la réforme » du fait de leur lien en apparence éloigné avec la retraite*. C'est le cas, en particulier, des dispositions relatives à la « pénibilité » au travail et de celles complétant l'arsenal législatif en faveur de l'égalité professionnelle hommes-femmes.

La méthode utilisée par le législateur pour intégrer ces thématiques dans les politiques de ressources humaines est celle initiée pour l'emploi des seniors, consistant à imposer aux entreprises de négocier un accord ou d'adopter un plan d'action sous peine d'une pénalité financière dite du « 1 % ».

Cette obligation d'un « nouveau type » est plus contraignante qu'une obligation de négociation – imposant simplement à l'entreprise d'initier une négociation –

tout en l'étant moins qu'une obligation de résultat – qui obligerait l'entreprise à conclure un accord. Faute d'accord, l'entreprise devra mettre en place des actions concrètes et « mesurables », ou, à défaut, s'acquitter d'une pénalité financière.

Agir ou payer : l'entreprise devra désormais choisir ! Mais pour choisir en toute connaissance de cause, encore faut-il être en mesure d'apprécier toutes les données du choix.

Or, les textes d'application de ces dispositions ne sont pas encore tous connus à ce jour, et ce, alors même que le législateur impose aux entreprises (et, en corollaire, à leurs partenaires sociaux) un calendrier extrêmement serré ! Rappelons en effet que les « pénalités » sont susceptibles d'être appliquées dès le 1^{er} janvier 2012 (moyennant toutefois la mise en œuvre d'une procédure de

mise en demeure préalable prévue par les projets de décrets).

Ce manque de visibilité est accru par l'enchevêtrement des textes. Les dispositions issues de la réforme des retraites se superposent à des textes antérieurs qui n'ont pas été « toilettés » par la loi du 9 novembre 2010, de sorte que l'ensemble forme un millefeuille parfois indigeste... C'est le cas en particulier des textes sur l'égalité « hommes-femmes ». L'articulation entre la négociation obligatoire et le plan d'action à présenter en tout état de cause au comité d'entreprise est, par exemple, très mal définie.

Il nous a par conséquent paru nécessaire, à l'occasion de la parution des premiers textes d'application, de procéder à une synthèse des obligations pratiques résultant des nouveaux textes et de leur articulation avec les dispositions pré-existantes. ■

* Tels que les qualifient Pierre-Yves Verkindt et Elisabeth Graujeman dans leur ouvrage « Réforme des retraites et emploi des seniors – Le nouveau droit de la retraite après la loi du 9 novembre 2010 (coll. Droit vivant, Éd. Liaisons), les auteurs précisant toutefois qu'ils ne constituent pas des cavaliers « législatifs » puisque, à la différence des dispositions relatives à la médecine du travail, les dispositions relatives à la pénibilité et à l'égalité hommes-femmes ont échappé à la censure du Conseil constitutionnel.

TOUR D'HORIZON DES TEXTES D'APPLICATION PUBLIÉS ET DE CEUX RESTANT À PARAÎTRE

Textes d'application	Publiés	À paraître
Compensation de la pénibilité (droit à retraite anticipée à raison de la pénibilité des parcours professionnels)	Décrets n° 2011-352 et 353 du 30 mars 2011 portant dispositions réglementaires d'application. Arrêté du 30 mars 2011 fixant la liste de référence des lésions consécutives à un accident du travail et identiques à celles indemnisées au titre d'une maladie professionnelle, mentionnée à l'article R. 351-24-1 du Code de la sécurité sociale. Circulaire DSS 2011/151 du 18 avril 2011 relative à la mise en œuvre de la retraite à raison de la pénibilité.	Aucun décret supplémentaire n'est visé par la loi.
Prévention de la pénibilité	Décret n° 2011-354 du 30 mars 2011 relatif à la liste des facteurs de risques.	Arrêté fixant le modèle de fiche de suivi des expositions. Décrets : – fixant la durée d'absence pour maladie au-delà de laquelle la fiche de suivi doit être remise aux salariés; – fixant la date à compter de laquelle les expositions aux risques « pénibilité » devront donner lieu à l'établissement d'une fiche de suivi; – relatif aux accords conclus en faveur de la prévention de la pénibilité; – relatif à la pénalité appliquée en l'absence d'accord ou de plan d'action (proportion de salariés imposant la mise en place du plan d'action, contenu du plan d'action).
Égalité professionnelle hommes-femmes	V. tableau ci-après : textes antérieurs à la loi du 9 nov. 2010.	Décrets : – fixant les indicateurs et objectifs de progression que doit contenir le plan d'action; – relatif aux modalités de suivi de la réalisation des objectifs et des mesures de l'accord et du plan d'action; – relatif aux modalités de fixation par l'autorité administrative de la pénalité encourue à défaut d'accord ou de plan d'action.

PRÉVENTION/COMPENSATION DE LA PÉNIBILITÉ

Prévention de la pénibilité		Compensation de la pénibilité
Fiche individuelle de suivi (C. trav., art. L. 4121-3-1, D. 4121-5)	Accord /plan d'action (CSS, art. L. 138-29 à L. 138-31; R. 138-32 à R. 138-37, D. 138-26 à D. 138-28)	Départ à la retraite anticipé (CSS, art. L. 351-1-4, D. 351-1-8 à D. 351-1-12)
<p>Dans toutes les structures, obligation d'établir, le cas échéant, <i>une fiche de suivi individuelle des expositions à un ou plusieurs facteurs de « pénibilité »</i> :</p> <ul style="list-style-type: none"> – facteurs de risques « liés à des contraintes physiques marquées, un environnement physique agressif ou certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur la santé des salariés » ; – déterminés par l'article D. 4121-5 du Code du travail¹. <p>Contenu de la fiche de suivi :</p> <ul style="list-style-type: none"> – conditions et période d'exposition ; – mesures de prévention mises en œuvre pour faire disparaître ou réduire les facteurs de risques ; – droit de rectification au profit du salarié. <p>Modèle (arrêté à paraître).</p>	<p>Vise les structures :</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>d'au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe² d'au moins 50 salariés³ ;</i> – <i>dont au moins 50 % de l'effectif des salariés⁴</i> sont exposés aux facteurs de risques professionnels visés à l'article D. 4121-5 du Code du travail. <p>Obligation :</p> <p>accord ou, à défaut, plan d'action</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>diagnostic préalable des situations de pénibilité ;</i> – <i>liste de thèmes obligatoires⁵ ;</i> – durée maximale : 3 ans. <p>Sanction :</p> <ul style="list-style-type: none"> – <i>mise en demeure de l'inspecteur du travail de régulariser dans les six mois ;</i> – pénalité ≤ 1 % des rémunérations et gains⁶ des salariés concernés au cours des périodes non couvertes, <i>fixée par le DIRECCTE en fonction notamment des motifs de la défaillance.</i> – <i>Pas de pénalité :</i> <ul style="list-style-type: none"> • pour les entreprises de 50 à 300 salariés (ou appartenant à un groupe de 50 à 300 salariés) couvertes par un accord de branche étendu dont le contenu est conforme à la liste des thèmes obligatoires ; • pour les entreprises ayant conclu un accord/plan d'action seniors comportant expressément des mesures de prévention de la pénibilité. 	<p>Possibilité de liquidation de la pension à taux plein à 60 ans, même si la durée d'assurance requise n'est pas atteinte.</p> <p>Condition principale : taux d'IPP au moins = à 20 % reconnu au titre d'une (ou plusieurs) maladie professionnelle ou d'un ou plusieurs accident du travail⁷.</p> <p>Condition subsidiaire si le taux d'IPP est < à 20 % : validation du départ anticipé par une commission pluridisciplinaire si :</p> <ul style="list-style-type: none"> – taux d'IPP entre 10 % et 20 % ; – exposition aux facteurs de risques professionnels de l'article D. 4121-5 du Code du travail pendant dix-sept ans ; – causalité directe IPP - facteurs de risques. <p>Financement du dispositif par une nouvelle contribution de la branche AT-MP, à compter de la tarification 2012.</p>
<p>Entrée en vigueur : <i>applicable aux expositions intervenues à compter d'une date qui sera fixée par décret et au plus tard au 1^{er} janvier 2012 (décret à paraître).</i></p>	<p>Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.</p>	<p>Application aux pensions de retraite liquidées à compter du 1^{er} juillet 2011.</p>

1. Facteurs de risques : les manutentions manuelles de charges définies à l'art. R. 4541-2, les postures pénibles définies comme positions forcées des articulations, les vibrations mécaniques mentionnées à l'art. R. 4441-1, les agents chimiques dangereux mentionnés aux articles R. 4412-3 et R. 4412-60, y compris les poussières et les fumées, les activités exercées en milieu hyperbare définies à l'article R. 4461-1, les températures extrêmes, le bruit mentionné à l'article R. 4431-1, le travail de nuit dans les conditions fixées aux articles L. 3122-29 à L. 3122-31, le travail en équipes successives alternantes, le travail répétitif caractérisé par la répétition d'un même geste, à une cadence contrainte, imposée ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce, avec un temps de cycle défini.

2. Groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail, i.e. groupe dans lequel doit être constitué un comité de groupe.

3. Calcul de l'effectif conformément à l'article L. 1111-2 du Code du travail : sont pris en compte intégralement les salariés sous CDI à temps plein et les travailleurs à domicile ; sont pris en compte au prorata de leur temps de présence au cours des douze derniers mois les salariés sous CDD ou intermittents, les travailleurs mis à disposition présents dans les locaux et y travaillant depuis au moins un an ; les salariés à temps partiel, quel que soit leur contrat, sont pris en compte au prorata de leur temps de travail.

4. Calculé selon les dispositions de l'article D. 138-25 du Code de la sécurité sociale : appréciation au 31 décembre en fonction de la moyenne au cours de l'année civile des effectifs déterminés chaque mois ; sont pris en compte les salariés titulaires d'un contrat de travail le dernier jour de chaque mois, y compris les salariés absents, conformément aux dispositions des articles L. 1111-2, L. 1111-3 et L. 1251-54 du Code du travail.

5. Projet de décret : au moins l'un des deux thèmes suivants : réduction des poly-expositions aux facteurs de risques « pénibilité » ; adaptation et aménagement du poste de travail ; au moins deux autres thèmes parmi : amélioration des conditions de travail notamment d'ordre organisationnel ; développement des compétences et des qualifications et accès à la formation ; aménagement des fins de carrière ; maintien dans l'emploi et prévention de la désinsertion professionnelle des salariés exposés.

6. Rémunérations et gains au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

7. L'accident du travail doit avoir entraîné des lésions identiques à celles indemnisées au titre de la maladie professionnelle et listées par un arrêté du 30 mars 2011.

LES MESURES EN FAVEUR DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES

Dispositions déjà applicables avant la loi du 9 novembre 2010 (maintenues)
(structures assujetties à la NAO)
(C. trav., art. L. 2242-5, L. 2242-6 et L. 2242-7)

Nouvelles obligations issues de la loi du 9 novembre 2010
(structures d'au moins 50 salariés)
(C. trav., art. L. 2242-5 et L. 2242-5-1)

Les structures assujetties à la NAO doivent négocier annuellement sur les objectifs d'égalité professionnelle femmes/hommes et les mesures permettant de les atteindre (C. trav., art. L. 2242-5).

- **Objet** : conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, conditions de travail et d'emploi, en particulier celles des salariés à temps partiel, articulation vie professionnelle / responsabilités familiales.

- **La négociation** :
 - s'appuie sur les éléments figurant dans le rapport annuel au CE sur la situation comparée hommes/femmes (C. trav., art. L. 2323 57);
 - doit également viser à définir et à programmer les **mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes** (C. trav., art. L. 2242-7 et L. 2242-10 C. trav., exigeant que les accords sur les salaires soient déposés en étant accompagnés d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunération).

L'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes doit être systématiquement pris en compte **pour chaque thème spécifique de négociation obligatoire** (C. trav., art. L. 2242-6).

► **Toutes ces obligations sont maintenues** : elles se superposent aux obligations issues de la loi du 9 novembre 2010.

Obligation de négociation et non de conclure un accord.

La NAO porte également sur l'application de l'article L. 241-3-1 du Code de la sécurité sociale et sur les conditions dans lesquelles l'employeur peut prendre en charge tout ou partie du supplément de cotisations (C. trav., art. L. 2242-5);

Les structures d'au moins 50 salariés doivent être couvertes :
► **soit par un accord collectif égalité hommes/femmes** (tel que mentionné à l'article L. 2242-5 du Code du travail);

► **soit par les objectifs et mesures constituant le plan d'action désormais obligatoirement défini dans les rapports annuels à communiquer au CE** (C. trav., art. L. 2323-47 visant les structures < 300 salariés et L. 2323-57 visant les structures ≥ 300 salariés) :

- évaluation des objectifs et des mesures prises pour l'année N-1 ;
- détermination des objectifs de progression pour l'année à venir ;
- définition qualitative et quantitative des actions permettant de les atteindre ;
- évaluation du coût des actions.

CONTENU DE L'ACCORD OU DU PLAN D'ACTION (ET DE SA SYNTHÈSE), SELON LE PROJET DE DÉCRET :

Entreprise	Objectifs de progression	Indicateurs
< 300 salariés	Au moins 2 parmi les domaines d'action visés par le rapport de situation comparé prévu à l'article L. 2323-47.	Au moins les 3 indicateurs de situation comparée suivants : – salaire médian ou salaire moyen ; – durée moyenne entre deux promotions ; – exercice de fonctions d'encadrement.
≥ 300 salariés	Au moins 3 parmi les domaines d'action visés par le rapport de situation comparé prévu à l'article L. 2323-57.	

À défaut : pénalité fonction des efforts et motifs de défaillance de l'entreprise, ne pouvant être > à 1 % des rémunérations et gains², **appliquée le cas échéant après mise en demeure préalable de l'inspecteur du travail et défaut de régularisation dans un délai de six mois** (v. projet de décret).

En cas d'accord : périodicité de la négociation portée à **trois ans**.

Entrée en vigueur : pour les entreprises couvertes par un accord/plan d'action à la date de publication de la loi du 9 novembre 2010, à l'échéance de l'accord ou du plan d'action.

Pour les autres entreprises : **le 1^{er} janvier 2012**.

1. Calcul de l'effectif conformément à l'article L. 1111-2 du Code du travail : sont pris en compte intégralement les salariés sous CDI à temps plein et les travailleurs à domicile ; sont pris en compte au prorata de leur temps de présence au cours des douze derniers mois les salariés sous CDD ou intermittents, les travailleurs mis à disposition présents dans les locaux et y travaillant depuis au moins un an ; les salariés à temps partiel, quel que soit leur contrat, sont pris en compte au prorata de leur temps de travail.

2. Rémunérations et gains au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

Légende : les précisions figurant en bleu dans le texte résultent pour l'heure des projets de décrets.