

La définition juridique de la pénibilité au travail

Franck Héas (*)

Alors que le législateur de 2003 a fait de la pénibilité au travail un objet du dialogue social, la notion ne bénéficie pas d'un régime juridique établi et encore moins d'une définition admise en droit du travail. Si l'on peut considérer le travail pénible comme celui qui est difficile à supporter, les acceptions de la notion demeurent très éparses, tant dans la loi qu'en jurisprudence. À partir du droit positif, le présent article tente donc de proposer des critères spécifiques au concept de pénibilité et aboutit à deux éléments constitutifs : celui lié aux conditions de travail et celui lié à la personne du salarié (le dommage sur sa santé). Le premier est lié aux conditions concrètes et objectives dans lesquelles est fournie la prestation de travail, le second aux conséquences néfastes que l'activité professionnelle peut avoir à plus ou moins long terme sur la santé des individus. En dehors du risque professionnel, la pénibilité se caractériserait par une sorte d'usure du salarié du fait des conditions particulières de travail. Dès lors, la définition juridique de la notion de pénibilité impliquerait une appréciation subjective, nécessitant de prendre en compte les incidences du milieu du travail sur les situations individuelles, ce qui justifie l'implication croissante des partenaires sociaux.

Lors des débats relatifs à la refonte du système de retraite français, le thème de la pénibilité a été abordé. À cet égard, la loi du 21 août 2003 (article 12) portant réforme des retraites (1) a imposé la pénibilité au travail comme un objet du dialogue social. Les discussions entre partenaires sociaux, qui doivent avoir lieu au moins tous les trois ans, devront notamment porter sur la notion même de pénibilité, concept flou qui demeure également « un phénomène mal connu, difficilement quantifiable et très variable selon les métiers et les branches » (LECLERC, 2004). Toute la difficulté est alors de disposer d'une définition claire, précise et univoque : si la pénibilité doit faire l'objet de négociations, il convient préalablement de s'accorder sur le contenu de la notion.

Sur un strict plan juridique, cette notion de pénibilité au travail reste en effet à construire. Nos propos s'inscrivent modestement dans cette réflexion relative aux travaux pénibles : l'objectif est de

contribuer au débat et à la construction du concept, sans prétendre à la découverte d'une théorie juridique de la pénibilité au travail.

De manière exploratoire et dans une approche exclusivement juridique (2), les présents développements visent donc à cerner plus précisément cette notion et, à partir des différents aspects de la pénibilité, d'en dégager une définition applicable en droit du travail (3). En se basant sur les sources du droit du travail (loi, conventions collectives et jurisprudence), nous dégagerons les différentes acceptions du terme pour proposer des critères du concept de pénibilité au travail. La tâche n'est pas aisée pour plusieurs raisons. En premier lieu, le concept ne ressort nullement d'un régime juridique précis tant les acceptions du terme de pénibilité en droit du travail sont éparses (sans pour autant être nombreuses). En second lieu, la détermination de ce que pourrait être une pénibilité varie en fonction de la perception et de la résistance du salarié aux

* Maître de conférences à l'Université de Bretagne-Sud, Droit et Changement social UMR-CNRS 6028/MSH Guépin (Université de Nantes), IREJE (Université de Bretagne-Sud). L'auteur tient ici à remercier Jean-Pierre Chauchard et Patrick Chaumette, professeurs à l'Université de Nantes, pour les échanges fructueux que cet article a pu occasionner.

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

(2) À ce titre, les réflexions mériteraient d'être complétées par des approches autres, telles la médecine, l'ergonomie ou la psychologie notamment.

(3) Dans une approche plus légère et plus contestable, il a été proposé de définir la pénibilité au regard de « valeurs viriles » : « est pénible ce qui demande du muscle, n'est pas pénible ce qui demande de la finesse » (M. Bosquet, in *Le Nouvel Observateur*, 27 novembre 1972, p. 38).

contraintes de son environnement de travail. À cet égard, le caractère contraignant des conditions de travail est fonction des individus, des tâches exercées, du niveau de rémunération, de la taille de l'entreprise, du secteur d'activité ou du statut de l'intéressé notamment (4). Enfin, la technologie et les procédés évoluant, la notion de pénibilité représente un concept mouvant (5) qui fluctue avec les améliorations apportées au milieu professionnel et les nouvelles formes de pénibilité qui peuvent apparaître (rythme de travail, stress, variation des horaires, pressions liées aux résultats, harcèlement, etc.) (cf. CASTEL, 1995; DEJOURS, 1998; PAUGAM, 2000; *Documents pour le médecin du travail*, 2000; MAGGI-GERMAIN, 2003; *Droit ouvrier*, 2002; *Travail et emploi*, 2004, n° 97; SSL, 2004). À ce titre, nous pouvons rappeler que la loi de modernisation sociale de 2002 (6) a inclus à l'article L. 236-2 du Code du travail le concept de santé mentale à côté de celui de santé physique (LEROUGE, 2004).

Même si le concept de travail est lié aux notions de souffrance et d'effort et si les premières lois dites « sociales » du XIX^e siècle visaient à la protection d'une partie de la main-d'œuvre contre des conditions de travail susceptibles d'altérer leur santé ou leur état physique, le travail n'est pas uniquement la pénibilité.

Dérivé du mot peine, le vocable de pénibilité est apparu récemment dans le vocabulaire, son usage s'étant répandu dans les années 1960. Construit à partir de l'adjectif pénible, le terme renvoie notamment, dans un sens familier, à ce qui est « difficile à supporter » et qui nécessite par conséquent des efforts dans l'accomplissement de la prestation. Dans ce cadre, le travail pénible est un travail astreignant, contraignant, susceptible de causer de la souffrance ou de la douleur à son auteur et d'occasionner des désagréments.

En dépit de ces complications, le travail pénible, entendu comme celui qui est difficile à supporter, doit demeurer autonome sur le plan juridique et désigner une notion caractéristique en droit du travail. C'est à

cet objectif que s'attachent les présents développements. Il convient donc d'emblée d'établir la distinction avec d'autres notions juridiques voisines.

À ce titre les travaux dangereux, récurrents en droit du travail, désignent un concept particulier qui doit être distingué de celui de pénibilité (BANCE, 1978). Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons rappeler que le plan particulier de sécurité et de protection de la santé (7) doit notamment prendre en compte et mentionner les travaux dangereux, c'est-à-dire ceux qui peuvent « avoir une incidence particulière sur la sécurité et la santé des travailleurs (8) ». Pareillement, des travaux sont dangereux pour les femmes et les personnes de moins de dix-huit ans (9) et plusieurs activités leur sont donc proscrites (10). En outre, le Code du travail mentionne également les dangers susceptibles d'être provoqués par des activités spécifiques telles l'exploitation minière (11) ou le travail à domicile (12). Des substances ou préparations peuvent aussi être qualifiées de dangereuses pour les salariés (13) comme les éléments explosibles, inflammables, toxiques, nocifs, corrosifs, irritants ou encore cancérogènes (14).

Il en résulte que les travaux dangereux apparaissent en fonction de circonstances particulières. Ainsi, dans les mines et carrières, les emplois dangereux auxquels il est interdit d'affecter les personnes de moins de dix-huit ans sont ceux qui exposent leurs auteurs « à des dangers caractérisés en raison du fonctionnement de certains engins mécaniques ou de la mise en œuvre de certaines méthodes d'exploitation (15) ». Dans d'autres hypothèses, la notion de travail dangereux peut être davantage explicitée. C'est notamment le cas lorsque les travaux en question font l'objet d'une liste préétablie. Par exemple, deux arrêtés (16) déterminent les travaux dangereux pour lesquels il est interdit de recruter en intérim (17) ou en contrat de travail à durée déterminée (18) : il s'agit notamment des activités exposant au fluor gazeux, au tétrachlorométhane ou à l'arsénite de sodium.

(4) À titre d'exemple : *Premières Informations et premières synthèses*, 1999; *Premières Synthèses*, 2003; Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, 2001; *Premières Synthèses*, 2004.

(5) Les réglementations nationales divergent également sur la prise en compte de la pénibilité au travail (*Revue de l'OFCE*, 2001) : en Grèce par exemple, l'âge de départ en retraite peut être avancé de 5 ans pour les salariés ayant effectué des travaux pénibles ou insalubres.

(6) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, *JO*, 18 janvier 2002, p. 1008.

(7) Article L. 235-7 CT.

(8) Article R. 238-31 CT.

(9) Article L. 234-2 CT.

(10) Articles R. 234-9 et R. 234-10 CT pour les femmes et articles R. 234-11 et s. CT pour les jeunes travailleurs.

(11) Articles L. 712-5 et L. 712-11 CT.

(12) Article L. 721-22 CT.

(13) Article L. 231-6 CT.

(14) La liste de l'article R. 231-51 du Code du travail définissant les substances et préparations dangereuses est longue.

(15) Article R. 711-1 CT.

(16) Arrêté du 8 octobre 1990, *JO*, 9 novembre 1990, p. 13663 et arrêté du 27 juin 1991, *JO*, 17 juillet 1991, p. 9383.

(17) Article L. 124-2-3 2° CT.

(18) Article L. 122-3 2° CT.

Cette énumération, proche d'un inventaire à la Prévert, recouvre des situations objectivement dangereuses. Il s'agit toujours de circonstances spéciales et particulières, dans lesquelles il est considéré que la réalisation d'un risque professionnel est hautement probable. À ce titre, de telles activités sont marquées du sceau de la dangerosité. Dans cette analyse, les travaux explicitement dangereux pourraient désigner les activités susceptibles de causer un accident du travail ou une maladie professionnelle. Les travaux pénibles désignent des situations de travail différentes, l'altération de la santé du salarié étant irrémédiable, sans qu'il y ait nécessairement une probabilité forte qu'un risque professionnel se réalise.

Distincts des travaux dangereux, les travaux pénibles ne recouvrent pas davantage la notion de risque (BABIN, 2003 ; HÉAS, 2004). Juridiquement, le risque désigne un événement futur, plus ou moins certain (donc éventuel), susceptible de causer un préjudice à celui qui fournit une prestation de travail pour autrui (CORNU, 2005). Ainsi, en cas de «risques sérieux d'atteinte à la santé ou à l'intégrité physique ou morale de l'apprenti», l'administration du travail peut suspendre le contrat d'apprentissage (19). De même, le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut recourir à un expert «lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie professionnelle» existe dans l'établissement (20). Au-delà de ces exemples, il apparaît que le risque en entreprise se caractérise par l'aléa, alors que nous pourrions démontrer que la pénibilité aboutit de manière certaine à l'altération de la santé du salarié (21).

Enfin, en droit de la fonction publique, la notion d'emploi actif peut également apparaître proche de celle de pénibilité. Le Code des pensions civiles et militaires prévoit que la liquidation de la pension de retraite peut intervenir de manière anticipée, dès lors que l'intéressé a exercé ses fonctions, pendant une certaine période, dans des emplois classés dans la catégorie active. Il s'agit d'«emplois présentant un risque particulier ou des fatigues exceptionnelles (22)».

De la même manière, le statut national du personnel des industries électriques et gazières (23) envisa-

geait originellement la classification des emplois en trois catégories selon le degré de contrainte des postes (24), chaque catégorie impliquant des droits à la retraite différents. Outre les services sédentaires qui n'imposaient aucune sujétion particulière, les périodes effectuées en services dits «actifs» étaient majorées de deux mois par année, alors que les temps d'affectation à un service «insalubre» étaient majorés de quatre mois par année pour le calcul de la durée de cotisation. Les agents étaient considérés en services insalubres dès lors qu'ils étaient «appelés à exercer une fonction dans des conditions telles qu'il puisse en résulter pour eux une altération immédiate ou lointaine de leur santé (25)». En revanche, les services actifs désignaient «les emplois qui requièrent, de la part des agents qui les exercent, une dépense physique importante, ou qui exposent les agents aux intempéries, ou qui comportent des conditions de travail pénibles (26)».

D'autres bases de réflexion existent en droit positif pour approcher la notion de pénibilité en droit du travail. Ainsi, toujours en droit de la fonction publique, des primes et indemnités peuvent être attribuées aux agents soumis à des sujétions spéciales, afin de compenser les contraintes subies et les risques encourus dans l'exercice de leurs fonctions. Ce dispositif bénéficie par exemple aux individus exerçant des fonctions essentiellement itinérantes dans des services déconcentrés (27). Des indemnités peuvent également être allouées aux personnels chargés d'effectuer des travaux insalubres, salissants, ou dont l'exécution comporte certains risques (dangerosité) ou inconvénients (28). Les dispositifs sont toujours dégagés au cas par cas, au regard de la situation concrète des individus. Au-delà des circonstances particulières dans lesquelles peuvent apparaître la dangerosité, le risque ou les difficultés liées à la prestation de travail, ce type d'activité nécessite et impose à leur exécution une attention, une concentration, un soin ou des modes opératoires spécifiques, c'est-à-dire des efforts physiques ou mentaux importants. De tels postes de travail entraînent donc des sujétions et des contraintes pour ceux qui les occupent. De ce point de vue, il pourrait s'agir de travaux présentant une certaine forme de pénibilité.

(19) Article L. 117-5-1 CT.

(20) Article L. 236-9 1° CT.

(21) Sur la distinction du risque et de la pénibilité des conditions de travail : A. Cerf-Hollender, note sous Crim 8 octobre 2002, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2003, n° 2, p 354. Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu affirmer que «le risque grave (au sens de l'article L. 236-9 du Code du travail) ne saurait être constitué par la seule pénibilité au travail» (Paris 9 juin 2004, *RJS*, 11/04, n° 1230, p 857).

(22) Article L. 24 Code des pensions civiles et militaires de retraite.

(23) Décret n° 46-1541 du 22 juin 1946, *JO*, 25 juin 1946.

(24) Le texte proposait ainsi une liste des emplois actifs (ex. : conducteur de travaux, forgeron, machiniste) et insalubres (ex. : réparateur de fuites dans les gazogènes, sulfatiers, égoutiers). Les services sédentaires regroupaient tous les autres emplois, fonctions ou postes.

(25) Direction du personnel Électricité de France, Gaz de France, Pers. n° 169, 25 février 1950.

(26) Direction du personnel Électricité de France, Gaz de France, Pers. n° 226, 21 mai 1952.

(27) Décret n° 68-561 du 19 juin 1968 ; arrêté du 20 février 1996, *JO*, 28 février 1996, p 3142 ; arrêté du 31 décembre 1999, *JO*, 13 janvier 2000, p. 588.

(28) Décret n° 67-624 du 23 juillet 1967 ; arrêté du 31 décembre 1999, *JO*, 13 janvier 2000, p. 589.

En droit du travail, la tentative de cerner précisément la notion de pénibilité n'est pas davantage aisée. Néanmoins, il convient préalablement de proposer des indicateurs possibles de la pénibilité au travail avant de pouvoir suggérer et avancer une définition juridique du concept.

Les indicateurs possibles de la pénibilité au travail

Ne disposant pas à ce stade de réflexion, d'une définition juridique précise de la pénibilité, nous la considérons simplement comme la difficulté à supporter une prestation de travail. À partir de cet angle large d'analyse, les indicateurs de la pénibilité au travail peuvent être nombreux. Distinct des travaux dangereux, de la notion de risque ou d'autres acceptions proches en droit de la fonction publique, le concept de pénibilité doit pourtant être appréhendé de façon spécifique. Le Code du travail mentionne en effet plusieurs situations précises qui pourraient *a priori* illustrer une forme de pénibilité. C'est en raison de cette diversité que l'intervention des partenaires sociaux peut sembler pertinente dans le cadre de la négociation collective.

Les illustrations possibles d'une forme de pénibilité au travail

Si l'on considère en droit du travail le concept de façon extensive, entendu comme la difficulté ou la contrainte à occuper un emploi, un certain nombre d'outils ou de mécanismes juridiques existent, qui pourraient constituer des indicateurs éventuels d'une pénibilité au travail.

Dans le cadre de l'obligation générale de prévention, l'article L. 230-2 du Code du travail impose notamment à l'employeur d'évaluer les risques. À ce titre, s'agissant des activités susceptibles de présenter des risques d'exposition à des agents biologiques, l'employeur doit par exemple «déterminer la nature, la durée et les conditions de l'exposition des travailleurs» à ce type d'activité (29). Cette démarche d'analyse est effectuée au regard du classement des agents biologiques selon l'importance du risque d'infection et le danger potentiel qu'ils représentent pour les travailleurs (30). Les dispositifs de connaissance du temps et du degré d'ex-

position ou de contact du salarié avec des produits nocifs existent en matière de prévention des risques biologiques. Ils pourraient être activés pour établir ou constituer un indice du niveau de pénibilité des activités professionnelles concernées.

Le décret du 5 novembre 2001 instituant le document unique relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs (31) représente une étape essentielle dans le processus d'évaluation *a priori* des risques au sein des entreprises. Plus largement, le texte doit inciter à une démarche de connaissance et de ciblage des contraintes liées à l'environnement de travail. Il s'agit pour tout employeur de procéder préventivement à une «analyse des modalités d'exposition des salariés à des dangers ou à des facteurs de risques». Cette évaluation doit alors prendre en compte les «situations concrètes de travail (32)». En raison de leur caractère impérativement exhaustif, les indications et informations contenues dans le document unique de sécurité (33) pourraient être mobilisées pour déterminer les travaux exposant leurs auteurs à une forme de pénibilité. En effet, il est plus aisé avec un tel document d'établir pour un métier, une entreprise ou un secteur d'activité, des fonctions présentant des sujétions, contraintes ou désagréments caractéristiques d'un travail pénible.

Un autre indicateur possible de la pénibilité au travail pourrait être les cadences et rythmes de travail. Selon l'article L. 231-3-3 du Code du travail, les partenaires sociaux peuvent organiser par branche d'activité «les cadences et les rythmes de travail lorsqu'ils sont de nature à affecter l'hygiène et la sécurité des travailleurs». Ce cadre juridique pourrait permettre aux organisations de salariés et d'employeurs d'engager des négociations sur les activités considérées comme pénibles afin d'en aménager les conditions de travail. Il pourrait, par exemple, s'agir des travaux pour lesquels des équipements individuels de sécurité sont indispensables (34) ou des activités susceptibles d'être soumises aux intempéries (35).

De même, l'employeur a l'obligation d'établir la liste des postes au sein de l'entreprise qui nécessitent une formation renforcée à la sécurité pour les salariés engagés en contrat à durée déterminée ou en intérim (36). À travers cette exigence,

(29) Article R. 231-62 CT.

(30) Article R. 231-61-1 CT.

(31) Décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue à l'article L. 230-2 du Code du travail et modifiant le Code du travail, *JO*, 7 novembre 2001, p. 17523.

(32) Circulaire n° 6 DRT du 18 avril 2002 prise pour l'application du décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue à l'article L. 230-2 du Code du travail et modifiant le Code du travail.

(33) L'article R. 230-1 CT évoque «un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement».

(34) Article R. 233-1-3 CT.

(35) Article L. 731-1 CT.

(36) Article L. 231-3-1 alinéa 5 CT.

est admise l'idée selon laquelle certaines activités peuvent donc présenter des contraintes, exigences ou suggestions particulières de telle sorte que des personnes, présentes temporairement dans l'entreprise, ne pourront y être affectées sans préalable.

Au final, il ressort que les conditions dans lesquelles est accomplie la prestation de travail peuvent, par le biais de facteurs divers, renseigner de façon fiable sur le « degré de pénibilité de chaque profession (37) ». Le concept recouvre donc une notion protéiforme que le droit conventionnel appréhende également.

L'apport du droit conventionnel

Le Parlement n'a pas directement légiféré sur la question de la pénibilité au travail en matière de retraite. Lors des débats parlementaires, le ministre en charge du travail avait souligné que les partenaires sociaux devront « 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 (38) ». La loi d'août 2003 a donc prévu que la pénibilité fera l'objet de discussions entre partenaires sociaux (39), plus à même d'appréhender les situations concrètes et individuelles de travail pénible. Ainsi, en février 2005, une négociation interprofessionnelle a été initiée au niveau national sur le sujet. Une approche individualisée, ou du moins segmentée de la pénibilité au travail doit être privilégiée. Sans dédouaner complètement les pouvoirs publics, l'intervention des partenaires sociaux est en effet nécessaire et légitime pour définir et mesurer le degré de pénibilité, voire hiérarchiser les activités pénibles susceptibles d'être fournies par les salariés. À cet égard, la pénibilité au travail est déjà un thème de la négociation collective dans certaines entreprises.

Par exemple au sein du groupe Peugeot Citroën, un accord du 25 avril 2003 prévoit des compensations financières liées aux conditions de travail, lorsque survient une diminution de la prime indemnisant les contraintes spéciales de certains emplois

(horaires, postes, salubrité) (40). C'est admettre que certaines situations professionnelles présentent des contraintes et des désagréments qu'il est possible de compenser sur le plan financier. Cette démarche est 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 » (41). De même, dans les industries chimiques, les partenaires 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 (42). 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 (BANCE, art. cit., p. 172). Dans plusieurs secteurs d'activité, les négociations des partenaires sociaux ont pu porter sur la prise en compte de la pénibilité (43), pour en supprimer les effets (44) ou la compenser par des primes (45).

Il est donc possible aux organisations représentatives des employeurs et des salariés de lister par secteur d'activité, les emplois, tâches ou fonctions relevant de la catégorie des travaux pénibles : la pénibilité peut varier d'une branche professionnelle à une autre et d'une entreprise à une autre.

Par-delà les indicateurs possibles du travail pénible, le concept de pénibilité désigne une notion juridique complexe et peut recouvrir des mécanismes juridiques variés qui sont autant d'illustrations d'une certaine forme de pénibilité. C'est pourquoi des critères précis (46), constitutifs d'une pénibilité au travail doivent être avancés sur le plan juridique.

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

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

(39) Loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (article 12), préc.

(40) 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.

(41) Accord du 8 novembre 1973, *Liaisons sociales, Législation sociale*, C3, n° 4087, 30 novembre 1973.

(42) 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.

(43) 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.

(44) Accord du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, *Liaisons sociales, Législation sociale*, n° 4253, 17 mars 1975.

(45) 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.

(46) Cf. Y. STRULLOU (2003) : la difficulté serait alors que certaines personnes pourraient estimer leur activité pénible, sans que le critère retenu ne soit rempli.

L'acception juridique de la pénibilité au travail

Les frontières du concept étant posées, il s'agit à présent de rationaliser la notion de pénibilité pour en proposer une définition juridique. À cet égard, même si elles sont peu nombreuses, les acceptions du terme de pénibilité existent en droit du travail. Il s'agit toujours de situations de travail précises, ce qui peut donc permettre de proposer des critères spécifiques de la notion de pénibilité.

Les utilisations de la notion en droit du travail

Très peu usitée par le législateur, la notion de pénibilité n'est pas davantage établie en jurisprudence.

- Dans le Code du travail, les occurrences du terme de pénibilité sont peu nombreuses. De façon isolée, l'article L. 133-5 dispose que la convention de branche peut prévoir des majorations de salaire pour les travaux physiquement ou nerveusement pénibles. Toutefois, une telle convention ne peut instituer une rémunération au rendement pour les «travaux dangereux, pénibles ou insalubres» (47). De même, selon l'article R. 231-68 du Code du travail, la mise à disposition des salariés d'aides mécaniques ou d'accessoires de préhension peut permettre de rendre la tâche de manutention manuelle «plus sûre et moins pénible». Par ailleurs, l'article D. 432-1 du Code du travail mentionne de façon explicite un facteur possible de pénibilité constitué par «le caractère répétitif des tâches». Enfin, l'article R. 211-3 du Code du travail relatif à l'emploi des enfants contient également une acception du terme de pénibilité. Tout en interdisant de les employer à des travaux causant une fatigue anormale, ce texte exclut également «les travaux répétitifs ou exécutés dans une ambiance ou à un rythme qui leur confère une pénibilité caractérisée».

De surcroît, sans que le terme ne soit expressément inscrit dans la lettre du texte, il est possible de considérer que le Code du travail fait référence

à une forme de pénibilité à propos des travaux qu'il est interdit de confier aux personnes de moins de dix-huit ans dans les mines et carrières. Il s'agit d'«emplois ou de postes de travail exigeant des aptitudes physiques particulières ou comportant pour les intéressés ou pour les autres travailleurs des risques nécessitant une prudence et une attention soutenue» (48). Ces situations pouvant occasionner des difficultés à supporter la prestation de travail, il pourrait aussi s'agir de travaux pénibles.

Plus directement, le dispositif de cessation anticipée d'activité au bénéfice de certains travailleurs salariés (CATS) est une mesure permettant, dans un cadre conventionnel précis (49), de suspendre le contrat de travail à partir d'un certain âge et d'indemniser des catégories de travailleurs (50). Il s'agit de personnes ayant travaillé dans des conditions pénibles, c'est-à-dire en équipes successives, à la chaîne, de nuit ou bénéficiant de la qualité de travailleur handicapé (51). Plusieurs secteurs d'activité ont mis en place un tel dispositif afin de limiter les difficultés d'adaptation de ces personnels à l'évolution des emplois (52).

- En jurisprudence, la Cour de cassation fait référence à la notion de pénibilité ou à celle de travaux pénibles sans véritable ligne directrice. Il n'existe aucune approche globale du concept, la notion étant évoquée selon les requêtes des plaignants. Ainsi, c'est par le biais de plusieurs éléments de la relation professionnelle que les juges peuvent être amenés à évoquer ou recourir à la notion de pénibilité. Globalement, le concept demeure toutefois lié à l'environnement de travail et aux conditions dans lesquelles le travailleur subordonné fournit sa prestation. Ainsi, postérieurement à la réalisation d'un risque professionnel, le médecin du travail peut déclarer un salarié apte à la reprise, tout en limitant les charges et postures pénibles (53). À l'inverse, en cas d'avis médical d'inaptitude, l'employeur doit proposer au salarié inapte un poste de reclassement présentant une pénibilité physique inférieure à celle du poste précédent (54). De même, les circonstances pénibles de travail peuvent être à l'origine d'un accident du travail (55). La pénibilité a pu également être caractérisée lors d'un transfert

(47) Article L. 133-7 CT.

(48) Article R. 711-4 alinéa 2 CT.

(49) Un accord professionnel national, un accord d'entreprise et une convention avec l'État sont nécessaires.

(50) Décret n° 2005-58 du 27 janvier 2005 et arrêté du 28 janvier 2005, JO, 29 janvier 2005, p. 1552; décret n° 2000-105 du 9 février 2000, JO, 10 février, p. 2091; circulaire DGEFP n° 2000-23 du 10 octobre 2000, Liaisons sociales, Législation sociale, D2, n° 8120, 16 novembre 2000, p. 9.

(51) Article R. 322-7-2 CT.

(52) À titre d'exemples: CATS dans l'industrie du papier-carton, Liaisons sociales, Législation sociale, C2, n° 130, 28 septembre 2000; CATS dans les industries des carrières et des matériaux, Liaisons sociales, Législation sociale, C2, n° 139, 21 novembre 2000; CATS dans les bureaux d'études et cabinets d'ingénieurs-conseil, Liaisons sociales, Législation sociale, C2, n° 217, 12 août 2002; CATS pour le personnel au sol du transport aérien, Liaisons sociales, Bref social, n° 13982, 3 octobre 2003.

(53) Soc 22 mai 2002 n° 00-40772 Bousnina c / SA Lassarat Construction.

(54) Soc 21 janvier 2003 n° 00-45716 SA Humeau Bopy.

(55) Soc 25 octobre 2001 n° 00-13166 SA Péchiney c / CPAM. À propos d'une pénibilité liée à l'état de fatigue et aux «fatigues accumulées»: Soc 11 juin 1981, Bull. civ., V, n° 532.

de lieu de travail de Fontainebleau à Melun (56), ce qui augmentait le temps de trajet du personnel : selon l'arrêt de la cour d'appel cassé en l'espèce, les salariés plaignants habitant tous à proximité de l'ancien lieu de travail, « la mutation rendait plus pénibles leurs conditions de travail (57) ». Dans certaines espèces, la Cour de cassation est davantage explicite sur la notion de pénibilité. Ainsi, se référant toujours aux conditions de travail, la Chambre sociale a pu qualifier de travail pénible un labeur exécuté en position debout, rendant obligatoire le port du casque, imposant des manutentions manuelles et nécessitant pour les salariés la prise d'une collation supplémentaire (58).

La pénibilité peut également apparaître dans des contentieux liés à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes. En l'espèce, pour justifier des différences de salaire dans l'entreprise, l'employeur arguait que les manutentionnaires masculins procédaient à des travaux de chargement et déchargement, qu'ils portaient des charges lourdes et pouvaient travailler la nuit : leur travail était alors qualifié de pénible. À l'inverse, les manutentionnaires féminines étaient exclusivement affectées au tri des champignons. Pour la Cour de cassation, « le caractère pénible des tâches accomplies » ne pouvait justifier les différences de traitement (59).

Au-delà de l'environnement de travail, la pénibilité est également, en jurisprudence, une caractéristique inhérente à la personne du salarié. Dans un contentieux qui a donné lieu à cassation, la cour d'appel avait relevé que des travaux occasionnels de construction d'une villa pouvaient être qualifiés de pénibles, dès lors qu'ils avaient été effectués par un salarié en arrêt maladie suite à un accident du travail et souffrant d'une lombalgie aiguë (60). En l'espèce, la pénibilité était retenue au regard de la situation individuelle et de l'état de santé d'une personne, dont les aptitudes physiques étaient vraisemblablement réduites.

Dans le même sens, la Loi de modernisation sociale (61) a prévu que les personnes atteintes d'une incapacité inférieure à 80 % peuvent bénéficier d'une carte spéciale portant la mention « station debout pénible ». Dans sa rédaction antérieure à la Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (62), l'article L. 241-3-1 du Code de l'action sociale et des familles précisait à cet égard, que le document

était délivré en raison de « la réduction importante de la capacité et de l'autonomie de déplacement à pied » de l'intéressé. Dorénavant, cette carte d'invalidité permet d'obtenir « une priorité d'accès aux places assises dans les transports en commun et dans les espaces et les files d'attente, ainsi que dans les établissements et les manifestations accueillant du public ». De manière identique, les qualités et aptitudes de l'individu sont donc prises en compte pour apprécier la pénibilité. Il s'agit toujours d'un état relatif.

Il en ressort qu'en droit positif, la pénibilité est liée aux conditions de travail, à la dégradation de la santé des travailleurs qui peut en résulter et donc, à l'espérance de vie des personnes. Même si les implications sont nombreuses, il est fait recours à la notion de pénibilité de façon parcellaire et variée en droit du travail.

Les critères de la notion en droit du travail

En raison de l'utilisation de la notion dans des hypothèses limitées, nous pensons que la pénibilité renvoie à des situations particulières de travail. Ainsi, la pénibilité peut être liée aux conditions concrètes de fourniture de la prestation de travail ou apparaître postérieurement eu égard aux conséquences néfastes qu'une activité professionnelle peut avoir à plus ou moins long terme sur la santé des individus. À ce titre, la pénibilité n'est pas exclusivement liée aux conditions objectives de travail. Le concept se caractérise aussi par un élément subjectif, lié à la situation individuelle de la personne fournissant sa prestation de travail dans un tel environnement.

À l'inverse (63), les travaux dangereux et/ou risqués (64) illustrent une situation instantanée, constituée par un environnement de travail caractérisé par une dangerosité manifeste ou un risque réel. Plus spécifiquement, la pénibilité est également liée à la situation de l'individu qui fournit sa prestation de travail : son état de santé serait, de manière quasi irrémédiable, susceptible d'être altéré. Le travail dangereux et/ou risqué n'entraîne pas nécessairement la réalisation d'un risque professionnel. Cette situation est alors envisagée objectivement en tant que telle. Différemment, le travail pénible entraînerait, à plus ou moins long terme, une dégradation de l'état de santé du salarié. C'est donc de manière subjective, eu égard à la situation de l'intéressé, que

(56) Villes distantes d'une dizaine de kilomètres.

(57) Soc 10 décembre 1984, *Bull. civ.*, V, n° 474.

(58) Soc 14 novembre 2002, *Jurisp. soc.*, 2003, n° 668, p 27.

(59) Soc 12 février 1997, *Bull. civ.*, V, n° 58.

(60) Soc 5 décembre 2000 n° 4734 FS-D *Benedetti C/ Sté Alpes Trophées*.

(61) Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, préc.

(62) Loi n° 2005-102, *JO*, 12 février 2005, p. 2353.

(63) Même si les notions de travail dangereux et de travail pénible peuvent se rencontrer.

(64) *Supra*.

le droit du travail entendrait la situation pénible. Le travail dangereux et/ou risqué est apprécié concrètement pour ce qu'il est. Le travail pénible impliquerait une appréciation subjective, en tenant compte des incidences du milieu du travail sur la santé de la personne. La distinction de la dangerosité et de la pénibilité apparaîtrait donc dans les effets du travail fourni sur la personne. La pénibilité devrait donc être considérée comme une conséquence des conditions de travail (65) et être appréciée *in concreto*.

Cette observation appelle trois remarques. En premier lieu, la définition de la pénibilité au regard d'un critère subjectif pourrait induire des effets pervers. Il est en effet à craindre que, lors du recrutement, l'employeur tente d'apprécier la réceptivité du candidat à son environnement et aux conditions de travail. Une telle démarche pourrait alors être source de discriminations à l'endroit de personnes. En effet, il serait difficile de ne pas recourir à des critères tels le sexe, l'âge, l'état de santé ou les caractéristiques génétiques ce que l'article L. 122-45 du Code du travail proscrit expressément. En second lieu, le critère subjectif de la pénibilité impliquerait que le médecin du travail soit pleinement associé à la détermination des situations professionnelles considérées comme pénibles. Le praticien est essentiellement compétent dans la surveillance médicale des salariés afin d'éviter toute altération de leur santé (66) et toute usure anticipée (CHAUMETTE, 1981; SAVATIER, 1980). Dans cette mission de surveillance des conditions de travail et de la situation physique des individus, le médecin du travail demeure « le conseiller du chef d'entreprise (67) ». Enfin, s'il est admis qu'il convient de prendre en compte les situations individuelles, la pénibilité et la dégradation de l'état de santé subséquente pourraient s'apprécier au regard du degré d'autonomie de la personne dans la réalisation des actes de la vie courante. De ce point de vue, un critère de la pénibilité pourrait alors être l'incidence des conditions de travail sur l'espérance de vie des individus (STRUILLON, art. cit., pp. 954-956). C'est pourquoi le travail pénible est présent dans la problématique des retraites, dès lors que la question est envisagée transversalement et au regard de l'articulation des différents temps de l'existence (HÉAS, 2002).

*

* *

En résumé, la pénibilité serait une situation de travail dans laquelle la santé ou l'intégrité physique ou mentale du travailleur pourrait apparaître altérée à plus ou moins longue échéance. La pénibilité résulterait donc de conditions particulières dans lesquelles la prestation de travail est fournie, de telle sorte qu'une exposition prolongée à ce type d'environnement serait nécessairement préjudiciable à l'état de santé du salarié. En dehors de la réalisation d'un risque professionnel, la pénibilité se caractériserait donc par une sorte d'usure de l'individu, dont l'organisme se dégraderait inévitablement (68). Certes, cette dégradation pourrait résulter de la réalisation d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Néanmoins, ce qui caractériserait la pénibilité, c'est que l'état de dégradation physique ou mentale de l'individu qui pourrait en résulter semblerait acquis au regard des conditions particulières de travail, même en l'absence de risque professionnel (69).

En droit du travail, la notion de pénibilité pourrait donc être définie par deux éléments constitutifs. Liée aux contraintes inhérentes à l'activité professionnelle, la pénibilité serait en premier lieu déterminée au regard des conditions et de la nature du travail fourni (élément objectif). Liée à la personne, la pénibilité serait en second lieu caractérisée par les conséquences de l'environnement de travail sur la santé du salarié (élément subjectif) (STRUILLON, 2003). Dès lors, la pénibilité résulterait d'une situation de travail difficile et contraignante, causant à celui qui fournit la prestation de travail un dommage. Cette tentative de définition juridique mériterait d'être affinée, notamment quant au critère subjectif qui ne manquerait pas de poser des difficultés pratiques. Elle peut néanmoins constituer une base de réflexion dans la prise en compte de la pénibilité au travail sur le plan juridique.

(65) Cf. BANCE (1978), art. préc., p. 139. À ce titre, par l'intermédiaire de son pouvoir de direction et l'exécution de ses obligations de prévention (article L. 230-2 CT) et de sécurité (article L. 233-1 CT), l'employeur pourrait intervenir pour réduire le caractère pénible de certaines activités.

(66) Article L. 241-2 alinéa 1^{er} CT.

(67) Article R. 241-41 CT.

(68) Concept plus large, la notion de travail décent développé au sein de l'OIT pourrait inclure celle de travail pénible (SOMAVIA, 1999) : il s'agirait d'« travail productif allant de pair avec la protection des droits et permettant d'obtenir un revenu suffisant et de bénéficier d'une protection sociale appropriée. Cette notion implique aussi un volume de travail suffisant dans la mesure où tout un chacun doit avoir pleinement accès à des possibilités d'emploi lucratif ». Sur le travail décent : « Travail décent pour chacun », *Le Monde diplomatique*, septembre 2001, p. II ; RIT, 2003).

(69) Charges lourdes, tâches répétitives, horaires, fatigue, nécessité d'équipements de protection, travail à la chaîne, attention soutenue, travail de nuit, travail posté, etc.

Bibliographie

- BABIN M. (2003), *Le risque professionnel, Étude critique*, Thèse Droit, Nantes.
- BANCE P. (1978), « Recherche sur les concepts juridiques en matière de conditions de travail », *RFAS*, janvier-mars.
- CASTEL R. (1995), *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard.
- CHAUMETTE P. (1981), *Les services médicaux et sociaux du travail. L'essor de l'humain dans l'entreprise*, Thèse Droit, Rennes.
- CORNU G. (2005), *Dictionnaire juridique*, PUF.
- DEJOURS C. (1998), *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil.
- DOCUMENTS POUR LE MÉDECIN DU TRAVAIL (2000), « Travail posté et travail de nuit », n° 81, p. 53.
- DROIT OUVRIER (2002), « Harcèlement et discrimination au travail », juin.
- FONDATION EUROPÉENNE POUR L'AMÉLIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE TRAVAIL (2001), *Troisième enquête européenne sur les conditions de travail 2000*, Luxembourg.
- HÉAS F. (2002), Temps et retraite, *Bulletin social F. Lefebvre*, 06/02, p. 317.
- HÉAS F. (2004), « Risques et entreprise. Les risques saisis par le droit social », Colloque « *Risques naturels et technologiques, Politiques de prévention et indemnisation* », Le Mans, 23 janvier 2004.
- LECLERC D. (2003), Rapport 382 (2002-2003), Sénat, Tome 1, Commissions des affaires sociales, p. 50.
- LECLERC D. (2004), « Pénibilités et retraite : repères pour négociateur », *Santé et Travail*, n° 46, numéro spécial.
- LE MONDE DIPLOMATIQUE (2001), *Travail décent pour chacun*, septembre, p. II.
- LEROUGE L. (2004), *La reconnaissance de la santé mentale en droit du travail*, Thèse, Nantes.
- MAGGI-GERMAIN N. (2003), « Le stress au travail », *RJS*, 3/03, p. 191.
- PAUGAM S. (2000), *Le salarié de la précarité*, Paris, PUF.
- PREMIÈRES INFORMATIONS ET PREMIÈRES SYNTHÈSES (1999), *Travail et charge mentale*, juillet, n° 27-1.
- PREMIÈRES SYNTHÈSES (2003), *Les conditions de travail dans la fonction publique*, octobre, n° 40.1
- PREMIÈRES SYNTHÈSES (2003), *L'exposition aux risques et aux pénibilités du travail. Premiers résultats de l'enquête SUMER 2003*, décembre, n° 52.1.
- REVUE DE L'OFCE (2001), « Les réformes des systèmes de retraite en Europe », juillet, p. 143.
- RIT (2003), « La mesure du travail décent », 2003/2, vol 142, n° spécial.
- SAVATIER J. (1980), « La médecine du travail dans le système de protection de la santé », *Droit social*, n° spécial, p. 9.
- SOMAVIA J. (1999), *Un travail décent*, 87^e session de la Conférence internationale du travail, Genève.
- SSL (2004), *La nouvelle dimension de la santé au travail*, 19 avril, p. 4.
- STRUILLOU Y. (2003), « Pénibilité et réforme des retraites : rendez-vous manqué ou premier pas ? », *Droit social*, novembre, p. 959.
- STRUILLOU Y. (2003), *Pénibilité et retraite*, Rapport remis au Conseil d'orientation des retraites, avril, p. 9.
- TRAVAIL ET EMPLOI (2004), *Mal-être au travail*, n° 97.