



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

PÉNURIE DE MÉDECINS DU TRAVAIL ET VISITES MÉDICALES OBLIGATOIRES

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES

Référence de publication : Droit social 2011 p.351

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

PÉNURIE DE MÉDECINS DU TRAVAIL ET VISITES MÉDICALES OBLIGATOIRES

Quelles responsabilités ? Quelles perspectives ?

Le 9 novembre dernier, le Conseil constitutionnel (1) décidait, sur le fondement de l'article 45 de la Constitution, que les articles relatifs aux services de santé au travail insérés dans le projet de loi portant réforme des retraites devaient en être écartés faute de lien même indirect avec ce dernier. Les hauts magistrats n'ont pas été convaincus par la pertinence d'un rattachement à la problématique de la pénibilité ; pour eux, les dispositions en cause constituaient un « cavalier législatif ». Cette décision ne devrait cependant pas ajourner trop longtemps la réforme de la médecine du travail. En effet, dès le 10 novembre, un groupe de sénateurs a présenté une proposition de loi *relative à l'organisation de la médecine du travail*, reprenant à l'identique les dispositions rétorquées. Des députés leur ont rapidement emboîté le pas, déposant à leur tour sur le bureau de l'Assemblée nationale le même texte sous un intitulé différent (2). De son côté, le ministre du Travail, Xavier Bertrand, a très vite déclaré qu'il souhaitait voir la réforme adoptée avant la fin du premier trimestre 2011, objectif qui devrait être tenu (3).

De manière générale, l'objet de la réforme en cours est triple : consacrer, grâce à des contrats d'objectifs et de moyens conclus entre les services d'une part, l'autorité administrative et les CARSAT d'autre part, une approche plus systémique et plus collective de l'action des services de santé, améliorer la gouvernance des services interentreprises et étendre la surveillance médicale à des catégories de travailleurs qui n'en bénéficient pas. Difficile de ne pas approuver la détermination des pouvoirs publics face à un système qui, de toute évidence, ne peut plus fonctionner correctement. Le constat est clair : les acteurs de la santé au travail que sont les employeurs, les services de santé interentreprises et les médecins du travail ne sont plus en mesure de respecter les exigences légales actuellement en vigueur. Il n'est pas certain cependant que la réforme engagée soit de nature à répondre à l'une des causes majeures du dysfonctionnement : la démographie des médecins du travail (4), qui rend largement théorique la réalisation des tâches que la loi leur confère.

En effet, le nombre de médecins du travail ne cesse de diminuer. D'un côté, la profession vieillit. En 2009, plus de 55 % des médecins du travail étaient âgés d'au moins 55 ans et, dans les dix ans à venir, environ 80 % d'entre eux auront atteint l'âge de la retraite (5). D'un autre côté, elle souffre d'un problème majeur de recrutement qui est aujourd'hui moins lié à l'insuffisance du *numerus clausus* qu'à la crise des vocations (6). Les services de santé au travail, plus particulièrement les services interentreprises - la situation est pire encore dans les services de prévention de la fonction publique - assistent impuissants à la fonte de leurs effectifs médicaux. De moins en moins nombreux, les médecins du travail ne sont plus en mesure d'accomplir toutes les missions qui leur incombent.

En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 1946 que reprend l'article L. 4622-3 du Code du travail, « le rôle exclusivement préventif » du médecin du travail « consiste à éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail, notamment en surveillant les conditions d'hygiène du travail, les risques de contagion et l'état de santé des travailleurs ». Dès l'origine, cette définition justifiait une action des médecins du travail sur le milieu de travail. Cependant, la loi envisageait alors leur activité comme essentiellement clinique, reposant sur la réalisation de visites médicales périodiques visant au contrôle de l'aptitude. De ce fait, les examens médicaux ont longtemps constitué le mode d'action principal, sinon exclusif, des médecins du travail.

Cette approche individuelle et médicale n'est pas dénuée d'intérêt. Elle participe de la prévention des risques dans la mesure où l'examen clinique du salarié peut permettre d'identifier en amont les contre-indications à un emploi et de détecter très tôt les symptômes d'une pathologie professionnelle. Par ailleurs, le caractère systématique des visites en fait un outil de veille sanitaire particulièrement efficace. Il en résulte également une égalité de traitement des salariés, bénéficiaires, quelle que soit leur situation, des mêmes prestations, à laquelle certains syndicats restent attachés. Cependant, d'un autre côté, elle présente des insuffisances. Pour reprendre la distinction désormais classique établie par l'OMS, la prévention des risques à laquelle elle contribue s'entend principalement de la prévention secondaire, dans la mesure où elle ne permet qu'un diagnostic précoce des maladies (7). Elle ne contribue qu'à la marge à la prévention dite

primaire qui implique d'agir en amont sur les causes professionnelles des pathologies afin de les prévenir (8).

Ces limites ont conduit les pouvoirs publics à favoriser, à côté du suivi clinique individuel des salariés, l'action sur le milieu de travail (9). Dans un premier temps, ce sont les médecins du travail qui seuls exerçaient cette fonction. Cependant, sous la pression du droit communautaire, de nouveaux acteurs sont apparus : les « intervenants en prévention des risques professionnels » (IPRP) (10). Cette orientation nouvelle répond à l'idée qu'une prévention efficace des risques pour la santé physique et mentale des salariés requiert l'association de compétences diverses, dans des domaines aussi variés que la toxicologie, l'ergonomie, la psychologie, la sécurité... L'action sur le milieu de travail est ainsi progressivement devenue une entreprise collective, pluridisciplinaire et primordiale. Cette évolution, dont la mise en oeuvre s'est avérée laborieuse (11), devrait sortir renforcée de la réforme en cours : en effet, le texte en discussion envisage de remplacer la formule selon laquelle « les services de santé sont assurés par des... médecins du travail » par « les missions des services de santé au travail sont assurées par une équipe pluridisciplinaire... ». Corrélativement, les actions sur le milieu de travail devraient, elles aussi, se développer.

Cependant, dans le contexte actuel, marqué à la fois par le déficit de médecins du travail et la charge toujours importante que représentent les examens médicaux, on voit mal comment ces derniers pourraient participer pleinement à cette évolution. En effet, malgré les efforts déployés pour favoriser l'intervention des médecins sur le milieu de travail et cantonner les examens médicaux, ceux-ci représentent toujours l'essentiel de leur activité, pour deux raisons dont l'une trouve son origine dans la pénurie qui affecte la profession tandis que l'autre contribue à en aggraver l'ampleur (I). Le déficit de temps médical disponible qui en résulte est tel que, fréquemment, en particulier dans les services interentreprises, les médecins du travail ne sont pas en mesure de réaliser dans les délais l'ensemble des visites médicales prescrites. Confrontés à l'urgence, ils sont alors contraints d'établir une hiérarchie et de sacrifier les unes pour pouvoir réaliser celles qui leur paraissent les plus importantes. Ce faisant, ce sont tous les acteurs de la santé au travail qui se trouvent malgré eux repoussés en marge de la légalité et exposés à des sanctions. On songe à l'employeur, mais également aux services de santé au travail interentreprises

et aux médecins du travail eux-mêmes (II).

I. - LA PLACE PRÉPONDERANTE DES EXAMENS MÉDICAUX DANS LES MISSIONS DES MÉDECINS DU TRAVAIL : SOURCE ET CONSÉQUENCE DE LA PÉNURIE

Pour garantir l'effectivité de l'action du médecin du travail sur le milieu de travail, le Code du travail a fixé un certain nombre de règles dont la plus importante est sans doute la règle dite du tiers-temps, issue d'un décret 231-79 du 20 mars 1979, qui prévoit que chaque médecin du travail doit pouvoir consacrer au moins le tiers de son temps de travail à des actions sur le milieu de travail. Cette règle n'a cependant pas entraîné de changement significatif dans les modalités de fonctionnement des services de santé au travail et, singulièrement, des services interentreprises. En dépit des mesures adoptées, faute de médecins du travail, notre système reste, aujourd'hui encore, centré sur les examens médicaux (A). Obstacle au tiers-temps et à leur action en milieu de travail, le manque de médecins du travail est amplifié par l'attitude des partenaires sociaux qui, régulièrement, cèdent à la tentation de créer des visites médicales conventionnelles (B).

A - La pénurie de médecins du travail, facteur de repli sur l'activité clinique

Depuis le décret 2004-760 du 28 juillet 2004, l'employeur, en cas de service autonome, ou le président du service interentreprises sont les garants des conditions d'exercice de l'action du médecin en milieu de travail. Il leur appartient de prendre « toutes mesures pour lui permettre de consacrer à ses missions en milieu de travail le tiers de son temps de travail »⁽¹²⁾. Chaque année, ils doivent ainsi mettre à la disposition de chacun des médecins à temps plein du service au moins cent cinquante demi-journées de travail effectif⁽¹³⁾. Pour éviter les dépassements, l'article R.

4623-10 prévoit par ailleurs qu'un médecin à plein-temps ne peut réaliser plus de 3 200 examens médicaux par an, ni se voir attribuer la surveillance médicale de plus de 3 300 salariés. En outre, lorsqu'il agit dans le cadre d'un service interentreprises, le nombre maximum d'entreprises ou d'établissements qui lui est affecté ne peut excéder 450.

On le constate, la prépondérance des examens médicaux dans les missions du médecin du travail résulte déjà de la réglementation elle-même : 1/3 pour l'action en milieu de travail, 2/3 pour l'activité clinique. Cependant, en pratique, le temps consacré à cette dernière dépasse souvent les prévisions du Code du travail. L'une des raisons réside dans l'utilisation que certains médecins du travail font des 150 jours mis à leur disposition dans le cadre du tiers-temps. Il n'est pas rare en effet qu'ils en usent pour effectuer des visites médicales. Cette attitude s'explique parfois par de fortes réticences à l'égard de l'activité en milieu de travail qui, pour certains médecins, les écarte de leur mission véritable : l'activité clinique (14) Cependant, dans les services interentreprises confrontés à un déficit de temps médical, elle a souvent pour cause l'affectation à la surveillance de chaque médecin d'un nombre de salariés et d'entreprises supérieurs aux prévisions du code, impliquant une augmentation corrélative des visites médicales à réaliser.

Sur le plan juridique, quelles que soient ses motivations, le médecin du travail est parfaitement libre de consacrer le temps qu'il souhaite à l'activité clinique. En effet, la règle du tiers-temps ne lui est pas opposable et n'a d'autre objet que de lui garantir qu'il ne pourra être contraint de consacrer plus des deux tiers de son temps de travail au volet clinique de son activité. Elle ne crée pas d'obligation à sa charge. Cette liberté du médecin du travail dans l'exercice de ses missions repose sur un fondement juridique implacable : l'indépendance professionnelle des médecins. En vertu de l'article 5 du Code de déontologie médicale, « cette indépendance est acquise quand chacun de ses actes professionnels est déterminé seulement par le jugement de sa conscience et les références à ses connaissances scientifiques, avec, comme seul objectif, l'intérêt du malade » (15).

Comme tout médecin, le médecin du travail exerce ses missions dans le cadre des règles fixées par le Code de déontologie de la profession. Le Code du travail le prévoit expressément : « le médecin du travail est lié par un contrat de travail conclu avec l'employeur ou le président du service de

santé au travail interentreprises, dans les conditions prévues par le Code de déontologie médicale » (16). Le principe résulte également de l'article 95 de celui-ci : « Le fait que le médecin soit salarié n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions. En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part du médecin, de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie. Il doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce » (17).

Il en résulte que si le médecin du travail considère que les visites médicales constituent le moyen le plus efficace pour éviter l'altération de la santé des travailleurs placés sous sa surveillance, rien ne l'empêche de consacrer l'essentiel, voire même l'intégralité de son tiers-temps à des activités cliniques. Une telle décision est sans doute de nature à atténuer les conséquences visibles du manque de médecins du travail ; en revanche, elle entrave leur intervention en milieu de travail (18).

B - Le développement des visites médicales conventionnelles, facteur aggravant de la pénurie de médecins

Le Code du travail prévoit trois types de visites médicales qui doivent être réalisées par le médecin du travail : l'examen d'embauche dont le but est de veiller à ce que l'emploi du salarié ne présente aucun risque pour sa santé (R. 4624-10), les visites périodiques qui visent à vérifier son aptitude au poste (R. 4624-16) et, le cas échéant, les visites de reprise (R. 4624-21). En outre, le salarié ou l'employeur peuvent toujours solliciter des visites supplémentaires (R. 4624-18).

Chronophage et ne répondant que partiellement à l'objectif de prévention des risques professionnels, le volet clinique de l'activité du médecin du travail a fait l'objet, on l'a vu, d'une

tentative de cantonnement par la règle du tiers-temps. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a, dans le même but, espacé les visites périodiques. Ces dernières sont devenues en principe biennales (19), sauf pour les salariés qui bénéficient d'une surveillance médicale renforcée pour lesquels elles demeurent annuelles (20).

En effet, lorsqu'en 2004 (21) la périodicité des visites est passée de 12 à 24 mois, une exception a été prévue pour les bénéficiaires d'une surveillance médicale renforcée soumis à un contrôle au moins annuel (22). Sont concernés les salariés, présentant une vulnérabilité particulière, énumérés à l'article R. 4624-19 (23). Le texte vise aussi « les salariés affectés à certains travaux comportant des exigences ou des risques déterminés par les dispositions particulières intéressant certaines professions ou certains modes de travail », sachant que les partenaires sociaux se voient expressément reconnaître le droit d'étendre le champ de la surveillance médicale renforcée. En effet, « des accords collectifs de branche étendus peuvent préciser les métiers et postes concernés ainsi que convenir de situations relevant d'une telle surveillance en dehors des cas prévus par la réglementation » (24).

Or, de nombreux accords collectifs ont fait usage de cette faculté de dérogation en sorte que la baisse du nombre des examens médicaux périodiques qui devait résulter de la modification de leur périodicité n'a pas eu lieu dans les proportions escomptées (25). Les motivations des signataires de ces accords ne sont pas univoques. Ainsi, pour les syndicats, il s'agissait sans doute de faire écho aux craintes des médecins du travail qui redoutaient une remise en cause de leurs prérogatives et de minimiser la portée d'une réforme qui, selon eux, n'avait d'autre objet que de gérer la pénurie. Côté patronal, l'attachement à la visite médicale individuelle était également très fort, les employeurs considérant le plus souvent qu'elle constituait l'unique contrepartie à la cotisation qu'ils versent aux services de santé.

Ce qui surprend cependant c'est que ce consensus persiste aujourd'hui encore. Ni la pression du droit communautaire, ni la mise en évidence des limites d'une approche principalement clinique de la santé au travail, ni enfin la démographie des médecins du travail ne semblent pouvoir en venir à bout. On relève en effet que, dans le cadre de l'obligation faite aux entreprises de s'engager sur

l'emploi des *seniors* (26), pour répondre à l'objectif d'amélioration des conditions de travail des salariés en fin de carrière et de lutte contre la pénibilité, un certain nombre d'accords de groupes ou d'entreprises - et sans doute de plans d'action - instituent un suivi médical renforcé à partir d'un certain âge, fixé le plus souvent à 55 ans (27) Tel est également le cas d'accords de branches s'imposant aux entreprises dont l'effectif est compris entre 50 et 300 salariés et qui n'ont pas pris d'engagement particulier en faveur de l'emploi des *seniors*. Par exemple, l'accord sur l'emploi des *seniors* et la gestion des âges dans les industries chimiques ou encore l'accord relatif à l'emploi des *seniors* dans le secteur de l'hospitalisation privée réduisent à 12 mois la périodicité des visites médicales pour tous les salariés âgés respectivement d'au moins 55 et 50 ans. Il est vrai que ces clauses ont été exclues des arrêtés d'extension en raison de leur caractère trop général, ne prenant pas en compte la spécificité des emplois de la branche. Pour le ministre, elles sont donc contraires « à la politique générale de santé au travail telle qu'elle ressort des dispositions de l'article R. 4623-1 du Code du travail, lequel définit la mission de prévention du médecin du travail, et dont il découle que la multiplication des examens médicaux a pour effet une consommation du temps de travail du médecin du travail qui nuit à l'exercice de son action en milieu de travail et de son action de prévention des risques professionnels des salariés » (28). Exclues de l'extension, il semble que ces clauses n'en demeurent pas moins applicables dans les entreprises de moins de 300 salariés adhérentes des organisations patronales signataires. Mais sont-elles licites ?

En premier lieu, on note que ces accords sur l'emploi des *seniors* n'entrent pas dans le champ de R. 4624-19, 1° autorisant les dérogations conventionnelles à la périodicité des examens médicaux. En effet, la plupart d'entre eux ne sont pas des accords de branche et, dans le cas contraire, les stipulations modifiant la périodicité des visites médicales sont exclues de l'extension. Or, l'article R. 4624-19, 1° ne prévoit la possibilité d'élargir le champ de la surveillance médicale renforcée que par accords de branche étendus. Ne faut-il pas en déduire que, lorsqu'elles figurent dans des accords de branche ordinaires ou *a fortiori* décentralisés, de telles stipulations ne sont pas valables ? Une réponse négative s'impose.

En effet, les rapports entre conventions ou accords collectifs, lois et règlements sont régis par l'article L. 2251-1. Il en résulte que sauf disposition d'ordre public absolu, une convention ou un

accord peut toujours comporter des stipulations plus favorables aux salariés que celles des lois en vigueur (29). D'origine légale, ces principes d'articulation peuvent être écartés par une disposition de même rang. En revanche, un simple texte réglementaire ne peut valablement y déroger. Il en résulte que la périodicité des examens médicaux fixée par les articles R. 4624-16 et R. 4624-17 peut toujours être modifiée par un accord collectif de quelque niveau que ce soit, à condition qu'il en résulte une meilleure protection des salariés. Peu importent donc les termes plus restrictifs de l'article R. 4624-19 ; *a priori*, rien ne s'oppose à ce que les partenaires sociaux diminuent l'espacement des visites médicales de certains salariés, la mesure étant probablement plus favorable pour les bénéficiaires (30).

Mais, *en second lieu*, les partenaires sociaux peuvent-ils augmenter la périodicité des visites sur la base d'un simple critère d'âge ?

Aux termes de l'article R. 4624-19, les accords de branche étendus peuvent annualiser les visites médicales en raison de l'affectation des salariés à certains « métiers et postes » (31). Le texte permet aussi d'étendre le champ de la surveillance renforcée « en dehors des cas prévus par la réglementation », ce qui confère une grande liberté aux négociateurs. Mais les stipulations modifiant la périodicité des visites médicales sur la base d'un tel critère ne sont-elles pas discriminatoires (32) ? Autrement dit, ces clauses, dont l'objectif est incontestablement légitime, répondent-elles « à une exigence professionnelle essentielle et déterminante », qui doit en outre être proportionnée (33), sachant qu'aux termes de l'article 4 de la directive 2000/78, les exigences professionnelles essentielles et déterminantes résultent de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice ? Dès lors, peut-on stipuler des avantages au profit des salariés appartenant à une catégorie d'âge, sans tenir compte des emplois ou types d'emplois concernés ? Rien n'est moins sûr et les stipulations en cause apparaissent bel et bien discriminatoires.

Indépendamment de ces aspects juridiques qui devraient, selon nous, conduire à écarter ces clauses, on voit mal comment dans le contexte actuel, ces stipulations pourraient être mises en oeuvre, singulièrement dans les entreprises affiliées à un service de santé interentreprises. Pour résoudre la difficulté, les propositions de loi prévoient « qu'à l'issue d'un délai de 18 mois à

compter de la publication de la présente loi, les clauses d'accords collectifs comportant des obligations en matière d'examens médicaux réalisés par le médecin du travail différentes de celles prévues par le Code du travail, le Code rural et de la pêche maritime seront réputées caduques ».

II. - PÉNURIE DE MÉDECINS DU TRAVAIL ET RESPONSABILITÉS EN L'ABSENCE D'EXAMEN MÉDICAL

La pénurie de médecins du travail rendant matériellement impossible le respect des obligations réglementaires et, *a fortiori*, conventionnelles relatives à la surveillance médicale des salariés, se pose la question des responsabilités encourues en cas de manquements, responsabilité de l'employeur - et/ou de son représentant - (A) mais aussi, bien que dans une moindre mesure, responsabilité des autres acteurs (B).

A - Le risque de systématisation de la responsabilité de l'employeur

Rappelons que si, au plan civil, c'est à l'employeur, personne physique ou, hypothèse de loin la plus fréquente, personne morale, de répondre de l'inexécution des obligations fixées par la réglementation du travail, il semble que le droit pénal prenne aujourd'hui la même orientation. Certes, en principe, les manquements au droit du travail engagent, d'une part, la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou, le cas échéant, celle de son délégué de pouvoirs, et, d'autre part, par ricochet, celle de l'employeur personne morale qu'il représente. Toutefois, s'agissant des infractions non intentionnelles, la théorie de la responsabilité par représentation, qui fonde la responsabilité pénale des personnes morales en France, n'entraîne pas systématiquement un cumul des responsabilités pénales. Bien au contraire, l'évolution du droit positif traduit une incontestable autonomisation de la responsabilité des personnes morales et un glissement de la responsabilité des

personnes physiques vers les personnes morales, singulièrement lorsque l'infraction résulte d'une faute légère étroitement liée au fonctionnement de l'entreprise (34).

Il en résulte qu'en matière de surveillance médicale des salariés, comme dans beaucoup d'autres domaines, c'est la responsabilité de l'employeur qui sera le plus souvent engagée. Or, tant sur le plan civil que sur le plan pénal, il lui sera très difficile de s'y soustraire.

1. La réalisation des examens médicaux : une obligation de résultat ?

Même si le Code du travail indique juste que « le salarié bénéficie » d'un ou plusieurs examens médicaux, c'est à l'employeur que revient l'obligation d'en assurer la mise en oeuvre dans les délais prévus.

Le principe a été clairement affirmé par la Cour de cassation à propos *des visites médicales d'embauche*. Selon la chambre sociale, il appartient à l'employeur de faire en sorte que la visite d'embauche soit réalisée dans le délai légal, soit avant l'expiration de l'essai. À défaut, il a été jugé que la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée consécutive à une déclaration d'inaptitude du médecin du travail ouvre droit à des dommages et intérêts au profit du salarié (35). La solution résulte également sans ambiguïté des décisions rendues en matière de *visites de reprise* consécutives à une absence pour maladie professionnelle ou à un accident du travail ayant justifié un arrêt de travail de sept jours et plus. On sait en effet qu'en cas de manquement, la période de suspension se poursuit alors même que le salarié a repris le travail, prolongeant d'autant sa protection contre le licenciement (36). Dès lors, l'employeur qui n'a pas pris l'initiative de faire passer une telle visite ne peut licencier l'intéressé que dans les conditions de L. 1226-9 (L. 122-32-2 anc.), c'est-à-dire uniquement pour faute grave ou en raison de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir le contrat (37).

Bien plus, pour la jurisprudence, l'obligation de l'employeur de garantir l'effectivité de ces deux types d'examens médicaux participe de son obligation de sécurité de résultat. Selon la Cour de cassation, « l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité » et le non-respect de ses obligations en matière de visites médicales de reprise ou d'embauche cause nécessairement un préjudice au salarié (38). Le juge ne peut donc lui refuser le versement d'une indemnité au motif qu'il n'aurait pas fait la démonstration d'un dommage.

De nature à causer un préjudice au salarié indépendamment de la survenance d'une maladie ou d'un accident du travail, l'inexécution ou le retard de ces examens médicaux permettront de surcroît de ne pas écarter la faute inexcusable de l'employeur dans le cas contraire. Rappelons en effet, qu'en vertu de la jurisprudence issue des arrêts *Amiante*, la faute inexcusable de l'employeur résultant du manquement à son obligation de sécurité implique la démonstration que ce dernier « avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures pour l'en préserver » (39). Il est rare que cette condition de la faute inexcusable de l'employeur conduise les juges à en écarter l'existence, cependant, la preuve que l'employeur n'a pas pris toutes les mesures sera encore facilitée en cas de méconnaissance de la réglementation sur les visites médicales.

Rattachée par la jurisprudence à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, l'obligation de veiller au suivi médical des salariés en emprunte la force ; elle constitue, elle aussi, une obligation de résultat dont seule la force majeure pourrait libérer l'employeur. Or, la preuve de cette dernière est, on le sait, difficile à rapporter. Elle implique pour le débiteur de démontrer que l'inexécution des examens médicaux ou leur exécution tardive est imputable à un événement extérieur, imprévisible et/ou irrésistible, mais surtout inévitable et rendant l'exécution de l'obligation, non pas simplement plus difficile ou plus coûteuse, mais absolument impossible (40). Elle n'est ainsi que rarement admise par les juges. S'agissant plus précisément de la visite d'embauche, il a été jugé dans un arrêt que la défaillance du service de santé interentreprises auquel l'entreprise est affiliée (41) ne permet pas de la caractériser. Cependant, aujourd'hui, peut-on sérieusement soutenir que la situation de certains services de santé interentreprises, confrontés à un déficit de temps médical et à

une pénurie de candidats au recrutement - y compris à l'étranger - ne constitue pas un empêchement absolu à l'exécution de ses obligations par l'employeur ? L'équité qui fonde l'exception que constitue la force majeure ne commande-t-elle pas, dans certains cas, qu'elle soit admise ?

Si quelques arrêts attestent de la sévérité de la jurisprudence à l'égard de l'employeur en cas d'absence ou de retard dans la réalisation des visites d'embauche ou de reprise (42), il n'existe pas, à notre connaissance, de décision similaire en ce qui concerne les visites périodiques.

Certes, un arrêt est récemment intervenu s'agissant de la surveillance médicale renforcée mise en place en 2002 (43). L'espèce concernait un salarié handicapé, embauché par une association dans le cadre d'un CIE, qui avait demandé au juge prud'homal de prononcer la résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur pour manquement à l'exécution de bonne foi du contrat. Pour justifier sa demande, il invoquait notamment le fait qu'en tant que salarié handicapé (44), il devait faire l'objet d'un suivi renforcé de la part du médecin du travail. Il aurait donc dû passer une visite médicale un an après celle réalisée à l'occasion de son embauche (45) ; or, ce n'est que près de deux ans après cette dernière qu'il avait fait l'objet d'une nouvelle visite, suivie de divers examens complémentaires décidés par le médecin du travail (46) qui - l'article R. 4624-19 l'énonce expressément - ne peuvent être substitués à la visite périodique réglementaire. En affirmant au contraire que le médecin du travail est juge de la fréquence des examens, la cour d'appel de Rouen n'a pas, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, tiré les conséquences légales de ses constatations. Il ressort de cet arrêt que le retard dans la réalisation d'une visite périodique constitue en lui-même un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat. La solution doit-elle être généralisée à toutes les visites périodiques ? On peut penser qu'elle s'explique par le fait que le salarié relevait de la surveillance médicale renforcée et la spécificité des dispositions applicables.

Dès lors, la question se pose de savoir si les visites biennales comme les visites d'embauche et de reprise participent, elles aussi, de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur. N'est-il pas préférable de considérer qu'en ce qui les concerne l'employeur n'est tenu que d'une obligation de

moyen, dans la mesure où, même si tous les examens médicaux visent à vérifier l'aptitude du salarié à son emploi, ils ne revêtent pas tous la même importance ? Les visites d'embauche et de reprise sont en effet justifiées par la survenance d'un événement particulier (une décision d'embauche, un accident ou une maladie), qui nécessite une (r)évaluation de l'aptitude du salarié dans un délai précis. En revanche, la visite périodique n'est pour sa part conditionnée que par l'écoulement du temps ; elle ne répond à aucune nécessité particulière, d'autant que le salarié comme l'employeur peuvent à tout moment solliciter le médecin du travail.

Cependant, d'un point de vue juridique, il paraît difficile de ne pas rattacher la visite périodique à l'obligation de prévention des risques professionnels au sens de l'article L. 4121-1 du Code du travail qui, selon la jurisprudence, fonde l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur. On voit mal dans ces conditions comment les juges pourraient considérer que l'obligation pour l'employeur de faire bénéficier le salarié d'une visite périodique ne constitue pas une condition de l'obligation de sécurité de résultat dont l'employeur doit assurer l'effectivité. En outre, en l'absence de dispositions en ce sens, il paraît discutable d'établir une hiérarchie entre les différentes visites médicales obligatoires.

Indépendamment des visites imposées par la réglementation, qu'en est-il de la responsabilité de l'employeur en cas de non-respect de ses engagements conventionnels concernant la surveillance médicale de ses salariés ? Si on écarte les clauses exclusivement fondées sur un critère d'âge qui sont, à notre avis, illicites, l'employeur commet une faute en cas d'inexécution ou d'exécution tardive. Cependant, la portée de l'obligation dépend des situations. Ainsi, l'extension du champ de la protection médicale renforcée, en application de R. 4623-1 du Code du travail, participe de l'obligation de sécurité de résultat. En revanche, la portée des obligations créées par les partenaires sociaux et qui diffèrent de celles prévues par la réglementation dépend de la rédaction de la clause.

2. Incertitudes autour de la responsabilité pénale

L'inexécution des examens médicaux, même due au manque de médecins du travail, est également de nature à engager la responsabilité pénale de l'employeur et/ou de son représentant, soit en tant que telle, soit en raison de l'atteinte à l'intégrité physique d'un salarié.

Avant que n'intervienne la nouvelle codification, la jurisprudence avait plusieurs fois jugé que le fait qu'un salarié n'ait pas bénéficié, dans les conditions fixées par la réglementation, de l'une ou l'autre des visites médicales obligatoires constituait la contravention de l'article R. 264-1 anc. du Code du travail (47). Ce texte visait, sans plus de précision, « les infractions aux dispositions des articles L. 241-1 à L. 241-11 et des règlements pris pour leur application ». Eu égard à la généralité de la définition de l'élément matériel de l'infraction, toutes les dispositions réglementaires du livre II, titre IV, avaient ainsi vocation à entrer dans le champ de l'incrimination. Quelle qu'en soit la cause, le défaut ou l'irrégularité des examens médicaux pouvait ainsi justifier la sanction du chef d'entreprise ou de l'employeur.

Cependant, la recodification est de ce point de vue à l'origine d'une certaine confusion. En effet, l'article R. 264-1 a été remplacé par trois textes d'incrimination, les articles R. 4745-1 à 3, dont le contenu s'avère être beaucoup plus précis que celui du texte ancien. Du point de vue de la légalité criminelle, on ne peut que se réjouir de cette évolution. Pourtant, il n'est pas certain qu'elle se traduise par une plus grande sécurité juridique des justiciables.

Plus précisément, les trois nouveaux articles se voient implicitement assignés des objectifs distincts. R. 4745-1 sanctionne la méconnaissance des « dispositions relatives aux missions et à l'organisation des services de santé au travail », R. 4745-2 incrimine les atteintes aux droits des médecins du travail, qu'il s'agisse de recrutement, d'exercice de leurs missions ou de respect du statut protecteur, enfin R. 4745-3 concerne spécifiquement la méconnaissance du droit pour le médecin du travail de faire des propositions pour permettre l'adaptation du poste à l'état de santé du salarié et des obligations qui en résultent pour l'employeur. Compte tenu de cette répartition, la méconnaissance des obligations afférentes aux examens médicaux pourrait entrer dans le champ de R. 4745-1.

Cependant, chaque texte vise spécialement un certain nombre d'articles de la partie législative et renvoie, sans autre précision, aux règlements pris pour leur application. Il convient donc d'identifier ces derniers pour délimiter le champ des différentes contraventions. Or, les dispositions relatives aux examens médicaux ne font pas partie du chapitre consacré aux missions et organisation des services de santé au travail - visés par R. 4745-1 - mais du chapitre concernant les actions du médecin, ce qui peut susciter des doutes sur leur incrimination par R. 4745-1. Bref, l'identification des règlements d'application incriminés est assez confuse.

Des arguments militent cependant en faveur de l'incrimination de l'ineffectivité des examens médicaux par l'article R. 4745-1. Tout d'abord, en l'état du droit - mais les choses pourraient changer avec la réforme en cours - les services de santé sont assurés par les médecins du travail (48) ; dès lors, la confusion entre les missions des services de santé et les actions des médecins peut être admise. De plus, rappelons que la recodification est réputée faite à droit constant (49). Il n'est donc pas envisageable pour l'heure de dépenaliser les manquements en matière de surveillance médicale. Il n'empêche que, du point de vue de la légalité criminelle, la situation est loin d'être satisfaisante et la réforme envisagée pourrait fort opportunément venir clarifier les choses.

Pour l'heure, il semble donc que, en cas de défaut ou de retard des examens médicaux, l'employeur personne physique ou son représentant encourt une amende de 1 500 €. Par ailleurs, aux termes de L. 4745-1, l'infraction est correctionnalisée en cas de récidive dans le délai de trois ans. Les personnes physiques encourent alors quatre mois d'emprisonnement et 3 750 € d'amende ainsi qu'une peine d'affichage du jugement aux portes de l'établissement ou d'insertion dans des journaux. Cependant, le plus souvent, c'est la personne morale qui sera seule condamnée. Conformément au droit commun, elle encourt alors une amende de 7 500 €, portée à 18 750 € en cas de récidive commise dans les conditions de L. 4745-1.

Par ailleurs, le chef d'entreprise ou son délégataire de pouvoir et/ou l'employeur personne morale s'exposent à des sanctions pénales lorsqu'un salarié est victime d'une atteinte involontaire à la vie

(50) ou à l'intégrité physique (51) et qu'il existe un lien de causalité avec le défaut d'examen médical. S'agissant des personnes physiques, le lien de causalité ne sera le plus souvent qu'indirect (52). Aussi, depuis la loi Fauchon du 10 juillet 2000, la responsabilité pour homicide ou blessures involontaires du chef d'entreprise, ou de son délégué de pouvoir, suppose que soit établie, soit la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, soit une « faute caractérisée ». L'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ne suffisent pas ; le comportement de l'agent doit être inadmissible. Tel était le cas dans une affaire où, suite à un accident du travail, un salarié avait été réintégré dans son poste alors qu'il ne s'était pas présenté à la seconde visite de reprise, sans que l'employeur ne réponde aux demandes formulées par le médecin du travail suite à la première visite et sans qu'il tienne compte des réserves formulées par celui-ci (53).

Cependant, le défaut d'examen médical ne saurait constituer en soi la faute qualifiée exigée à l'article 121-3. Il en résulte que, le plus souvent, seule la responsabilité de l'employeur, personne morale, sera retenue. Rappelons en effet que les personnes morales ne bénéficient pas des dispositions issues de la loi Fauchon. En conséquence, l'employeur peut être sanctionné dès lors qu'une faute pénale simple a été commise par la personne physique qui le représente (54).

Ainsi, il apparaît que le non-respect des obligations patronales en matière de surveillance médicale aura le plus souvent des conséquences pénales à l'égard de la seule personne morale « employeur ». L'amende sera certes la seule sanction mais son montant est cependant aggravé.

B - La responsabilité improbable des autres acteurs

La réalisation des examens médicaux ne dépend pas de l'action du seul employeur. D'autres acteurs y contribuent nécessairement, comme les services de santé interentreprises et les médecins du

travail. En cas d'inexécution, dans quelle mesure leur responsabilité peut-elle être engagée ?

En vertu du Code du travail, il appartient aux employeurs d'organiser les services de santé au travail. Deux modalités sont prévues par les textes (55). Dans les entreprises de taille importante, le service de santé peut ou doit être constitué sous la forme d'un service interne à l'entreprise (56), dit « service autonome » ; dans les autres, il prend la forme d'un service interentreprises extérieur à l'entreprise (57). Dans la première hypothèse, le service de santé est intégré à l'organisation de l'entreprise ; il n'a pas la personnalité juridique et, en cas de défaillance, les responsabilités en cause sont celles de l'employeur et, éventuellement, du médecin du travail. En revanche, dans la seconde, le service de santé est un groupement doté de la personnalité juridique, auquel incombe un certain nombre d'obligations, notamment à l'égard de ses adhérents.

Constitués « en vue de l'application des dispositions relatives à la santé au travail » (58), les services interentreprises manquent à leurs obligations à l'égard des employeurs adhérents en ne leur fournissant pas les moyens d'assurer les examens médicaux prévus par la réglementation. Ainsi, l'employeur condamné parce que l'un de ses salariés n'a pas été examiné par le médecin du travail dans les conditions fixées par le code pourrait se retourner contre le service auquel il est affilié si le manquement est dû à la défaillance de ce dernier. En revanche, sauf disposition expresse contraire, les services interentreprises ne sont pas tenus de réaliser les visites prévues en marge de la réglementation par les conventions ou accords collectifs de travail.

Mais quelle est la portée de l'engagement des services interentreprises ? Ont-ils l'obligation d'offrir aux entreprises adhérentes les moyens de respecter effectivement la réglementation ou, l'obligation contractée, n'est-elle qu'une obligation de moyens ? Il semble que cette seconde option soit la plus pertinente. En effet, contrairement aux employeurs qui ont, à l'égard de leurs salariés, une obligation de sécurité de résultat dont la rigueur est justifiée par la subordination inhérente au salariat et la nécessité, dans une société moderne, de hisser la protection de la santé des personnes au plus haut niveau des valeurs, le lien qui unit les services de santé aux entreprises adhérentes ne présente pas les mêmes caractéristiques. Dès lors, rien ne justifie que leur soit imposée une obligation de résultat qui aboutirait, de surcroît, à transférer une part du poids de l'obligation de

sécurité de l'employeur sur les services interentreprises. Ces derniers ne peuvent donc être tenus responsables de l'inexécution d'exams médicaux imposés par la réglementation, dès lors que la cause en est le manque de temps médical et que des efforts sérieux ont été déployés pour tenter de remédier au problème.

Au-delà pourraient-ils être tenus de répondre d'un manquement imputable, non pas au déficit de temps médical, mais à la décision du médecin du travail compétent de ne pas effectuer l'examen médical requis par la réglementation ? La réponse dépend des prérogatives dont dispose le service pour remédier à une telle situation et, corrélativement, de la portée de l'indépendance du médecin dans l'exercice de ses missions. On l'a vu, l'indépendance du médecin du travail lui permet non seulement d'établir librement l'ordre de ses priorités d'action mais également de déterminer leurs modalités d'exécution. Il peut ainsi décider de consacrer l'intégralité de son temps de travail aux visites médicales ; inversement, il peut décider de consacrer plus du tiers de son temps à l'action en milieu de travail, quitte à renoncer à la réalisation de certains exams médicaux prévus par la réglementation. Certes, on pourrait considérer que la liberté du médecin n'est pas strictement identique selon la nature de la visite en cause : visite biennale, d'une part, visites d'embauche, de reprise ou annuelle, d'autre part. Pour ces dernières, on voit mal comment l'approche pourrait ne pas être clinique et individuelle. Le but est en effet de vérifier, après la survenance d'un événement ou en raison de la situation particulière dans laquelle se trouve le salarié, que l'emploi ne présente pour lui aucun risque. Dès lors, quelle autre modalité d'action le médecin pourrait-il privilégier ? Cependant, peut-on aller jusqu'à considérer que le médecin du travail qui refuserait d'y procéder commettrait une faute disciplinaire (59) ? Cela impliquerait de porter une appréciation sur les modalités d'exécution de ses missions, ce qu'exclut le Code de déontologie médicale.

Dans ces conditions, qu'il s'agisse de visite périodique, de reprise ou d'embauche, il paraît difficile d'admettre une quelconque responsabilité du service de santé interentreprises à l'égard de ses adhérents.

À noter que si le médecin du travail qui n'effectue pas de visites médicales n'encourt pas de sanction disciplinaire, il pourrait, en cas d'atteinte à l'intégrité physique du salarié, se voir

reprocher son imprudence ou sa négligence et engager sa responsabilité pénale pour homicide ou blessures involontaires... un lien de causalité direct entre le dommage et le manquement est cependant nécessaire.

CONCLUSION

Dans le contexte juridique actuel, la pénurie de médecins du travail place les acteurs dans une situation difficile : d'un côté, ils sont dans l'impossibilité matérielle de remplir leurs obligations réglementaires, de l'autre, cette situation n'est pas de nature à infléchir leur responsabilité. Certes, ce second point vaut surtout pour les employeurs. Mais, elle suscite des inquiétudes chez les autres acteurs quant à la nature de leurs propres obligations. Elle entrave, par ailleurs, la prévention des risques au sein des entreprises en privilégiant une logique de réparation au détriment d'une véritable dynamique de prévention des risques professionnels qui implique des moyens adaptés.

Pour des raisons d'efficacité mais aussi d'équité une réforme s'impose donc. On remarque cependant que le texte actuellement en discussion au Parlement n'offre pas de réponses au problème. Certes quelques mesures effleurent la question du manque de médecins : la possibilité de recruter des internes spécialisés en médecine du travail et celle de recourir, sous réserve d'un accord collectif étendu et après avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, à des médecins non spécialisés en médecine du travail pour des catégories de salariés jusque-là exclues de toute surveillance médicale (60). Elles sont cependant très insuffisantes et bien en deçà des propositions du rapport de MM. Dellacherie, Frimat et Leclercq qui préconisait de plus larges possibilités de mobilité professionnelle au profit des médecins expérimentés, non spécialisés en médecine du travail, sous réserve d'une formation adaptée et validée par un diplôme spécifique (61). Il est vrai qu'il peut paraître opportun de ne pas dissocier cette question du problème plus global de la mobilité professionnelle des médecins en général toujours en souffrance, à condition qu'il puisse être traité dans un délai raisonnable car, pour la médecine du travail, il y a urgence.

Il convient de souligner cependant que l'absence de solution au problème de la pénurie de médecins dans les propositions de loi s'explique aussi par le fait que plusieurs leviers d'action envisageables, comme les modalités et la périodicité des visites médicales, ne relèvent pas du pouvoir législatif. Il faudra donc attendre l'adoption des décrets pour connaître les mesures que le Gouvernement entend adopter (62). Une chose est sûre : à défaut de consensus sur les contenus des missions des médecins du travail (action en milieu de travail et/ou examens médicaux), une remise à plat du volet clinique de leur activité s'impose (63)

(1) Décision 2010/617 du 9 novembre 2010.

(2) Proposition de loi visant à réformer la médecine du travail pour mieux prévenir la pénibilité et le maintien dans l'emploi déposé le 7 décembre 2010.

(3) La proposition de loi amendée a en effet été adoptée en première lecture au Sénat le 27 janvier. Elle doit à présent être examinée par l'Assemblée nationale.

(4) M. Babin, « Les perspectives de la médecine du travail », *Droit social*, 2005, pp. 653 et s.

(5) Rapport de MM. Ch. Dellacherie, P. Frimat, G. Leclercq, « La santé au travail. Vision nouvelle et professions d'avenir », avril 2010, p. 12.

(6) Rapport préc. p. 35 : « en 2009, sur 105 postes offerts en médecine du travail, seuls 63 ont été pourvus ».

(7) Selon l'OMS, il convient de distinguer trois stades de prévention. La prévention primaire : elle comprend « tous les actes destinés à diminuer l'incidence d'une maladie dans une population, donc à réduire le risque d'apparition de cas nouveau ». La prévention secondaire : elle comprend « tous les actes destinés à diminuer la prévalence d'une maladie dans une population, donc à réduire la durée d'évolution de la maladie ». Elle prend en compte le dépistage précoce et le traitement des premières atteintes. La prévention tertiaire : elle comprend tous les actes destinés à « diminuer la prévalence des incapacités chroniques ou des récidives dans une population, donc à réduire au maximum les invalidités fonctionnelles consécutives à la maladie ».

(8) Cf. IGAS, rapport sur le bilan de la réforme de la médecine du travail, octobre 2007, pp. 5 et s. ; M. Babin, préc. sp., note 114, p. 663.

(9) R. 4623-1, in fine, C. trav.

(10) Plus précisément, l'art. 7 de la directive 89/391 du 12 juin 1989, tel que transposé par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

(11) IGAS, rapport préc. p. 22 ; cf. ég. N. Dedessus-Le-Moustier, « La pluridisciplinarité en santé au travail : analyse juridique », Travail et emploi, n° 103, juillet-septembre, 2005, pp. 65 et s.

(12) R. 4624-1, C. trav.

(13) R. 4624-2, C. trav. Pour les médecins à temps partiel, il convient de procéder à une

proratisation.

(14) Cf. par ex., « Menaces sur la visite médicale du travail », Santé et Travail, janvier 2011, n° 73.

(15) Le principe est également énoncé à l'article R. 4127-5 du Code de la santé publique.

(16) R. 4623-4, C. trav.

(17) Art. 95 du Code de déontologie médicale et R. 4127-95 du Code de la santé publique.

(18) Inversement, situation plus rare en pratique, l'indépendance du médecin peut le conduire à privilégier l'action sur le milieu de travail et, à l'extrême limite, à ne plus effectuer la moindre visite périodique. Cf. infra.

(19) R. 4624-16, C. trav.

(20) R. 4624-17, C. trav.

(21) Décret 2004-760 du 28 juillet 2004.

(22) R. 4624-17, C. trav.

(23) Il s'agit : « des salariés qui viennent de changer de type d'activité ou d'entrer en France, pendant une période de dix-huit mois à compter de leur nouvelle affectation ; des travailleurs handicapés ; des femmes enceintes ; mères dans les six mois qui suivent leur accouchement et pendant la durée de leur allaitement ; des travailleurs âgés de moins de dix-huit ans ».

(24) R. 4624-19, C. trav.

(25) Rapport de l'IGAS préc., pp. 30 et s. Le rapport relève également l'interprétation contestable de certains textes comme ceux sur le travail sur écran qui avaient conduit certains médecins du travail à considérer que tous les salariés travaillant sur écran de visualisation devaient bénéficier de la SMR ! Cette dérive, qui aboutissait à maintenir la visite annuelle pour un très grand nombre de salariés, avait suscité une mise au point du ministre qui dans une lettre du 26 juin 2005 dénonçait « une interprétation excessive et contre l'esprit de la réforme ». Pour éviter un phénomène similaire, les propositions de lois prévoient que des accords collectifs étendus pourront déroger à l'organisation et au choix du service de santé ainsi qu'aux modalités de surveillance de l'état de santé des artistes et techniciens intermittents du spectacle, des mannequins, des salariés du particulier employeur ou encore des VRP à condition que ces dérogations ne modifient pas la périodicité des examens médicaux définie par le Code du travail.

(26) L. 138-24 et s., C. Sécu. soc. issus de la LFSS pour 2009.

(27) Accord du 18 décembre 2009 relatif à l'emploi des seniors au sein des sociétés composant l'UES Aviva ; accord du 12 janvier 2010 en faveur de l'emploi et de la motivation des seniors de Peugeot Citroën Automobiles SA, accord du 9 décembre 2009 sur l'emploi des seniors chez Renault Retail Group...

(28) Arrêté du 20 avril 2010, art. 1^{er} concernant l'accord dans les industries chimiques ; arrêté du 22 mars 2010 art. 1^{er} relatif à l'accord dans le secteur de l'hospitalisation privée.

(29) Le principe selon lequel une convention collective peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements constitue même un principe fondamental du droit du travail. Cons. constit., 25 juillet 1989, Droit social, 1989, 627.

(30) Rappelons que le caractère plus ou moins favorable à la loi d'une stipulation ne s'apprécie pas par rapport à la totalité des salariés. L'appréciation se fait en principe par rapport à « l'ensemble des salariés », entendu comme la collectivité des bénéficiaires des mesures en cause. Cependant, « la comparaison en considération de la situation d'un salarié semble préférée lorsque l'intéressé réclame, en présence d'un concours de dispositions de la loi et du statut collectif..., le bénéfice de la plus favorable ». Grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n° 179-181, sp., p. 830. Que l'on se place de l'un ou l'autre de ces deux points de vue, le bénéfice de visites conventionnelles constitue bien une mesure plus favorable.

(31) R. 4619-1°, C. trav.

(32) Directive 2000/78, art. 2.2, a) : « une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ».

(33) L. 1133-1, C. trav. et 225-3, 3°, C. pénal issus de la loi 2008-496 du 27 mai 2008.

(34) En excluant les personnes morales de son champ d'application, la loi Fauchon du 10 juillet 2000 relative à l'élément moral des infractions non intentionnelles constitue la principale illustration de cette évolution. (E. Fortis et A. Coeuret, Droit pénal du travail, Litec, 4^{ème} éd., n° 347 et s.) Cette orientation est par ailleurs celle que préconise l'Administration. Ainsi, la circulaire du 13 février 2006, interprétant la loi dite Perben II du 9 mars 2004, sur l'adaptation de la justice à l'évolution de la criminalité, à l'origine de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, précise que pour les infractions postérieures au 31 décembre 2005, « en cas d'infraction non intentionnelle, mais également d'infraction de nature technique (...), les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées ». Depuis lors, un certain nombre d'arrêts ont en effet condamné la personne morale sans même que son représentant, personne physique, n'ait été identifié. Par ex. Crim., 20 juin 2006, RSC, 2006, p. 885, obs. Y. Mayaud ; Crim., 15 janvier 2008, Droit pénal, 2008, comm. 71 ; Crim. 25 juin 2008, Droit pénal, 2008, comm. 140.

(35) Cass. soc., 28 mars 2001, n° 99-41626, inédit. Dans cet arrêt, le montant des dommages et intérêts correspondait aux rémunérations dues au salarié jusqu'au terme du contrat. On sait cependant que, depuis, la chambre sociale a opéré un revirement et décide que les dommages et intérêts dus à un salarié dont le contrat à durée déterminée a été rompu de façon anticipée pour inaptitude ne doivent pas tenir compte des salaires qui auraient été versés jusqu'au terme du contrat. Le salarié n'étant plus en mesure d'accomplir sa prestation, il ne peut prétendre aux salaires correspondants. Cass. soc. 18 nov. 2003, Bull. V, n° 285 ; Cass. soc., 20 mai 2009, n° 07-44505.

(36) Cass. soc., 22 mars 1989, Bull. V, n° 235.

(37) Cass. soc., 28 février 2006, n° 05-41555.

(38) Cass. soc., 13 décembre 2006, n° 05-44580 pour la visite de reprise ; Soc., 5 octobre 2010, n° 09-40913 pour la visite d'embauche.

(39) Cass. soc., 28 février 2002, arrêts Amiante.

(40) P.-H. Antonmattei, « Ouragan sur la force majeure », JCP, 1996, G, I, 3907 ; A. Bousiges, L'évolution de la force majeure en droit du travail, écrits en l'honneur de J. Savatier, PUF, 1992, sp., p. 97.

(41) Cass. soc., 28 mars 2001, n° 99-41626, inédit.

(42) Soulignons que la Cour de cassation témoigne également d'une certaine sévérité à l'égard du salarié qui ne se rend pas à la visite de reprise à laquelle le médecin du travail l'a convoqué. Selon elle, son comportement constitue une faute et, même, une faute grave. Cass. soc., 28 octobre 2009, n° 08-42748, inédit ; Cass. soc., 29 novembre 2006, n° 04-47302. Il est probable que cette faute du salarié soit rattachable à l'obligation de sécurité résultant de L. 4122-1, C. trav.

(43) Cass. soc., 26 octobre 2010, n° 09-42634.

(44) R. 4624-19, C. trav.

(45) R. 4624-17, C. trav.

(46) Conformément à l'article R. 4624-20, C. trav.

(47) Par ex. Cass. crim., 25 janvier 2000, n° 99-83764, inédit ; Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-85638.

(48) L. 4622-2, C. trav.

(49) Il n'est pas certain cependant que les nouvelles incriminations soient aussi compréhensives que l'ancien article R. 264-1.

(50) 221-6, C. pénal.

(51) 222-19 et s., C. pénal.

(52) Hypothèse où la personne n'a pas causé directement le dommage mais a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter. Art. 121-3, al. 3, C. pénal.

(53) Cass. crim., 20 mars 2007, n° 06-85638.

(54) Cass. crim., 24 octobre 2000, Bull. crim., n° 308 ; Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-83843.

(55) D. 4622-1, C. trav.

(56) D. 4622-5, C. trav.

(57) L. 4622-7, C. trav.

(58) C'est la formule généralement utilisée dans les statuts des services.

(59) Le prononcé d'une sanction disciplinaire suppose en toute hypothèse le respect de la procédure d'autorisation de l'inspecteur du travail, après avis du médecin inspecteur régional du travail (L. 4623-5, C. trav.) et, probablement, après consultation de la commission de contrôle (D. 4622-43 et D. 4622-44, C. trav.).

(60) Art. 6 de la proposition de loi. On peut ajouter l'interdiction des dérogations conventionnelles à la périodicité des examens médicaux les concernant. Il s'agit d'éviter que l'extension du champ personnel de la surveillance médicale des services interentreprises ne vienne encore aggraver leur situation.

(61) Rapport préc.

(62) Ces décrets devraient être rédigés en concertation avec les partenaires sociaux et le Conseil de l'ordre des médecins. Interview de J.-D. Combrexelle, Médecins, nov.-déc. 2010, n° 14, p. 27.

(63) Les rapports successifs sur la question pourraient être une source d'inspiration. On songe au rapport Gosselin, qui préconise, notamment, de revenir sur le caractère général et systématique de

la surveillance médicale au profit d'un suivi plus individualisé, en quelque sorte « sur mesure », dont les modalités dépendraient des risques liés au poste de travail et de l'état de santé du salarié. Rapport au ministre délégué à l'Emploi, « Aptitude et inaptitude au travail : diagnostic et perspectives », février 2007. Les propositions sur ce point du rapport Dellacherie et al., s'inscrivent dans une même logique : « La mission est favorable à "transformer la procédure d'aptitude systématique en une procédure ciblée de prévention des inaptitudes" », allant jusqu'à préconiser la suppression d'avis d'aptitude (simple attestation de visite), pour se prononcer sur « des aménagements nécessaires à rendre le poste apte à être occupé par un salarié », rapp. préc., p. 31.