



COUR DE CASSATION

N° F181

7442

Décision attaquée : 29 mars 2018 de la cour d'appel de Paris

la société EDF

C/

M. X...

Rapporteur : Claude Vieillard

RAPPORT

Décision attaquée : CA de Paris 29/03/2018
Déclaration de pourvoi : 28/05/2018
Mémoire ampliatif : 28/09/2018 Signification le même jour
Article 700 : 300 euros
Mémoire en défense : 28/11/2018 Signification le même jour
Article 700 : 5 000 euros

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. X... a été employé par la société Électricité de France (EDF) en qualité de rondier, chaudronnier et technicien, au sein de la centrale de Saint-Ouen (93). Estimant avoir été exposé à l'inhalation de fibres d'amiante durant son activité professionnelle, il a saisi le conseil de prud'hommes de Paris le 11 juin 2013 afin d'obtenir la condamnation de la société EDF au versement de dommages-intérêts au titre de son préjudice d'anxiété et pour manquement à l'obligation de sécurité de résultat pesant sur son employeur.

Par jugement du 24 novembre 2015, le conseil de prud'hommes de Paris a débouté M. X... de sa demande. Celui-ci a interjeté appel de cette décision le 24 novembre 2015.

Par arrêt du 29 mars 2018, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et a condamné la société EDF à verser à M. X... la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts, en réparation de son préjudice d'anxiété. Elle a retenu que "si,

au nom d'un statut social dérogatoire, réservé par la loi à certains salariés, est admis pour ceux-ci un droit à voir indemniser « leur préjudice d'anxiété » dans des conditions également dérogatoires – au regard du caractère systématique de l'indemnisation de ce préjudice qui décharge les salariés concernés du fardeau de toute preuve – les dispositions et le régime général de la responsabilité demeurent, en effet, applicables aux salariés exposés à l'amiante, travaillant pour des entreprises « non listées »”. Elle en a déduit que “comme les salariés des entreprises « listées », les salariés qui ont travaillé pour la société EDF et ont été exposés à l'inhalation de poussières d'amiante sont en mesure d'éprouver, eux aussi, l'inquiétude permanente de voir se déclarer à tout moment l'une des graves maladies liées à cette inhalation ; que le demandeur, prétendant remplir les conditions exigées par le régime général de la responsabilité est en conséquence recevable à soumettre à la cour sa demande, quand bien même la société EDF ne figure pas sur la liste précitée”. Elle a par ailleurs considéré que le demandeur établissait avoir été exposé à l'inhalation de poussières d'amiante, de nature à justifier le préjudice d'inquiétude dont il sollicitait réparation.

La société EDF s'est pourvue en cassation le 28 mai 2018.

Une demande de jonction entre les différents pourvois formés par la société EDF contre chacun des salariés indemnisés dans les mêmes conditions que M. X... a été présentée au président de la chambre sociale. Par ordonnance du 27 juin 2018, ces pourvois ont été joints.

La société EDF a déposé, le 28 septembre 2018, un mémoire ampliatif qu'elle a fait signifier le même jour à M. X... et aux autres salariés.

M. X... et les autres défendeurs aux pourvois ont déposé le 28 novembre 2018 un mémoire en défense, signifié le même jour à la société EDF.

Par ordonnance du 17 décembre 2018, le premier président de la Cour de cassation a renvoyé l'examen du pourvoi n° F 18-17.442 devant l'assemblée plénière et par ordonnance du même jour, il a ordonné la disjonction de ce pourvoi de ceux qui lui avaient été joints sous ce numéro.

La recevabilité du pourvoi et la régularité de la procédure suivie devant la Cour de cassation n'appellent pas d'observations particulières.

2 - Analyse succincte des moyens

Faisant grief à la cour d'appel de dire M. X... recevable en sa demande et de la condamner à lui payer la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice d'anxiété, outre la somme de 100 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, la société EDF présente un moyen unique de cassation constitué de quatre branches, les trois dernières étant formulées à titre subsidiaire.

Dans la première branche, il est soutenu que la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel ;

qu'ils ne peuvent demander cette réparation qu'à l'encontre de leur employeur, et dans la mesure où celui-ci entre lui-même dans les prévisions de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 ; qu'or la société EDF ne figurant pas dans la liste des établissements visés par ce texte et ses salariés n'ayant pas travaillé dans l'un des établissements qu'il mentionne, ils ne pouvaient prétendre à l'indemnisation par la société EDF d'un préjudice moral au titre de leur exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ; que la cour d'appel a ainsi violé les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail dans leur rédaction alors applicable, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

Dans la deuxième branche, il est soutenu que l'employeur, qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale ; qu'en refusant que la société EDF puisse s'exonérer de sa responsabilité par la preuve des mesures qu'elle prétend avoir mises en oeuvre et en refusant de les examiner, la cour d'appel a violé les dispositions précitées.

Dans la troisième branche, il est soutenu qu'en se bornant à relever que les salariés, ayant justifié de leur exposition à l'amiante, sont « en mesure » d'éprouver l'inquiétude permanente de voir se déclarer à tout moment l'une des graves maladies liées à cette inhalation, sans relever que, compte tenu de l'intensité et de la durée de cette exposition, ils étaient exposés à un risque suffisamment élevé de développer une telle affection pour justifier de façon réelle et légitime de l'anxiété spécifique, dans laquelle ils se trouveraient, de développer une telle affection, la cour d'appel a privé ses décisions de base légale au regard des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail, ensemble de l'article 1147 ancien du code civil, désormais article 1231-1 du même code.

Dans la quatrième branche, il est allégué qu'en accordant à chacun des défendeurs la même somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice considéré par principe comme « intangible », sans examiner la situation particulière de chacun d'eux face à ce risque, la cour d'appel a privé ses décisions de base légale au regard des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, ensemble de l'article 1147 ancien du code civil, désormais article 1231-1 du même code.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi conduit à poser la question suivante : un salarié travaillant au contact de l'amiante, dans un établissement n'étant pas inscrit sur la liste des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, peut-il obtenir réparation d'un préjudice moral ou d'anxiété lié au risque de développer une maladie professionnelle et dans quelles conditions ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

L'étude de l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative à la réparation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à

l'amiante, ainsi que des commentaires qu'elle a suscités (4-1) conduit à poser trois questions, dont la dernière est plus spécifiquement celle à laquelle l'assemblée plénière devra répondre dans le cadre du présent pourvoi (4-2).

4-1 Evolution de la jurisprudence de la chambre sociale quant à la réparation du préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante

L'amiante (nom masculin) ou « asbeste » en ancien français, est un terme désignant certains minéraux à texture fibreuse utilisés dans l'industrie.

L'amiante a attiré l'attention de certains industriels à la fin du XIXe siècle pour sa résistance à la chaleur, au feu, à la tension, aux agressions électriques et chimiques, ainsi que pour son pouvoir absorbant.

Sous sa forme friable, il a été utilisé notamment dans de nombreux calorifugeages et flocages. On le trouve également (forme non friable) incorporé dans des produits en ciment ou dans des liants divers. Il a aussi été employé pour les patins de frein ou en garniture de chaudières ou fours électriques, ou encore dans diverses installations électriques pour ses capacités d'isolation électrique à forte température. Il a été massivement utilisé dans les bâtiments pour ses propriétés ignifuges, isolantes, sa flexibilité, sa résistance à la tension et parfois pour sa résistance aux produits chimiques.

Cependant ce matériau est toxique. L'inhalation de fibres d'amiante est à l'origine de l'asbestose (fibrose pulmonaire), de lésions pleurales, de cancers broncho-pulmonaires, ainsi que de cancers de la plèvre (mésothéliome) et de cancers du larynx et des voies digestives. Les victimes sont principalement les « travailleurs de l'amiante », mais aussi des personnes exposées de manière environnementale et souvent à leur insu.

Le danger était connu dès les années 1890 pour l'inhalation. Le premier cas mortel a été décrit en 1899, mais il a fallu attendre 1945 et le tableau 25 des maladies professionnelles "*des affections professionnelles consécutives à l'inhalation des poussières de silice et amiantifères*" pour une première reconnaissance des pathologies liées à l'amiante. Les risques découlant de l'utilisation de ce matériau sont toutefois demeurés sous-estimés pendant plusieurs années. Le décret n° 77-949 du 17 août 1977, modifié en 1987 et 1992, marque le début du contrôle sanitaire de l'exposition des travailleurs à l'amiante. Cette réglementation s'est malheureusement révélée peu efficace¹. L'usage de l'amiante n'est interdit, en France, que depuis le 1^{er} janvier 1997, date d'entrée en vigueur du décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996.

Comme l'ont constaté certains auteurs², le drame de l'amiante a posé avec une acuité particulière la question de la recherche des responsabilités, conduisant notamment la

¹ Rapport d'information n° 37 (2005-2006) de MM Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, au nom de la mission sénatoriale

² Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 28 juin 2010, 733

Cour de cassation à assouplir la définition de la faute inexcusable de l'employeur pour faciliter l'action des victimes (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, Bulletin civil 2002, V, n°81) et les pouvoirs publics à mettre en place deux fonds : le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) et le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA).

Ce dernier dispositif a été créé par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999. Il institue une allocation de cessation anticipée d'activité (ACAATA) qui est versée aux salariés et anciens salariés "*des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante*"³ sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle, lorsqu'ils remplissent les conditions suivantes : 1°) travailler ou avoir travaillé dans un des établissements mentionnés ci-dessus et figurant sur une liste établie par arrêté, pendant la période où y étaient fabriqués des matériaux contenant de l'amiante, 2°) avoir atteint un âge déterminé, qui pourra varier, sans pouvoir être inférieur à cinquante ans.

Ont également droit, dès l'âge de cinquante ans, à l'allocation de cessation anticipée d'activité les salariés ou anciens salariés reconnus atteints au titre du régime général d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale.

Le bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité ne peut se cumuler ni avec l'un des revenus ou l'une des allocations mentionnées à l'article L. 131-2 du code de la sécurité sociale ni avec un avantage de vieillesse ou d'invalidité. Le montant de l'allocation est calculé en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts de la dernière année d'activité salariée du bénéficiaire. L'allocation cesse d'être versée lorsque le bénéficiaire remplit les conditions requises pour bénéficier d'une pension de vieillesse au taux plein.

La demande d'admission au bénéfice de l'ACAATA ne prive pas le salarié de son droit à être indemnisé au titre de la législation sur les maladies professionnelles si une pathologie se révèle, ni d'invoquer dans ce cas les conséquences de la faute inexcusable à l'origine de cette pathologie.

Ce dispositif, étendu par l'article 36 de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999, a généré un contentieux important. Devant le juge administratif, d'abord, saisi de contestations contre les refus de l'administration de classer les entreprises requérantes parmi celles visées par les arrêtés. Devant le juge judiciaire ensuite : l'allocation étant bien souvent d'un faible montant, l'enjeu a été d'obtenir un complément de réparation⁴.

* * *

Certains plaideurs ont demandé à la juridiction prud'homale de réparer le préjudice économique lié aux pertes de revenus résultant de la cessation prématurée de leur

³ Version d'origine

⁴ Laurent Gamet - Le préjudice d'anxiété - Droit social 2015 p.55 et Morane Keim-Bagot, Droit social 2015 p.360

contrat de travail, consécutive à une faute de leur employeur, qui les avait exposés à l'amiante. D'autres ont sollicité une indemnisation complémentaire au titre de leur "préjudice d'anxiété", constitué par la crainte de développer l'une des pathologies occasionnées par l'inhalation de poussières d'amiante, déjà responsables d'un nombre de décès important et qui irait grandissant compte tenu de la très grande durée d'incubation de ces maladies (jusqu'à quarante ans).

La chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie de pourvois formés contre une série d'arrêtés de la cour d'appel de Bordeaux ayant accepté l'indemnisation de ces deux préjudices.

Les demandeurs aux pourvois soutenaient notamment que si l'anxiété suscitée par l'exposition au risque constituait un trouble psychologique suffisamment caractérisé pour appeler une "réparation spécifique", celui-ci ne saurait être pris en charge que dans les conditions prévues par les articles 451-1 et 461-1 et 461-2 du code de la sécurité sociale.

Autrement dit la seule exposition à un risque ne serait pas détachable de la notion de maladie professionnelle et ne pourrait constituer à elle seule une source autonome de préjudice ouvrant droit à réparation, car cela reviendrait à contourner le régime spécifique et forfaitaire de réparation des maladies professionnelles et à méconnaître les dispositions de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale.

Le rapporteur du dossier a observé que la Cour de cassation avait censuré une juridiction du fond ayant déclaré irrecevable la demande en paiement de dommages et intérêts d'un salarié qui prétendait avoir subi un préjudice de carrière du fait de sa maladie causée par les mauvaises conditions de son travail, en énonçant que "*le salarié dont l'affection ne peut pas être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles peut engager une action contre son employeur selon le droit commun de la responsabilité civile contractuelle*" (Soc., 28 octobre 1997, pourvoi n° 95-40.272, 95-40.509, Bulletin 1997, V, n° 339), confirmant une solution précédemment adoptée (Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.025, Bulletin 1994 V N° 269).

Par un arrêt du 11 mai 2010⁵, publié au Rapport annuel, la chambre sociale, en sa formation plénière, a censuré les décisions soumises acceptant l'indemnisation de pertes de revenus :

"Vu l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 ;

Attendu, selon ce texte, qui crée un dispositif spécifique destiné à compenser la perte d'espérance de vie que peuvent connaître des salariés en raison de leur exposition à l'amiante, qu'une allocation de cessation anticipée d'activité (dite ACAATA) est versée aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flocage et de calorifugeage à l'amiante ou de construction et de réparations navales, sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle, lorsqu'ils remplissent certaines conditions ; que le salarié qui est admis au bénéfice de l'allocation de cessation

⁵ Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 09-42.241 et suivants, Bull. 2010, V, n° 106, publié au Rapport annuel

anticipée d'activité présente sa démission à son employeur ; qu'il résulte de ces dispositions que le salarié qui a demandé le bénéfice de l'allocation n'est pas fondé à obtenir de l'employeur fautif, sur le fondement des règles de la responsabilité civile, réparation d'une perte de revenu résultant de la mise en oeuvre du dispositif légal ;"

mais les a approuvées en ce qu'elles avaient admis le préjudice d'anxiété :

"Mais attendu que, sans méconnaître les dispositions du code de la sécurité sociale visées dans la seconde branche du moyen, la cour d'appel a relevé que les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse ; qu'elle a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété et légalement justifié sa décision ;"

Les commentateurs de l'arrêt ont souligné son caractère novateur.

Ils notent que ce n'est pas la première fois qu'un préjudice d'anxiété est reconnu (1^{re} Civ., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-12.868, Bulletin 1996, I, n° 306), mais que l'originalité de la décision commentée réside en ce que le préjudice d'anxiété n'est pas consécutif à une atteinte corporelle, les victimes, bien qu'ayant été exposées, n'ayant contracté aucune affection liée à l'amiante⁶.

Si certains approuvent la solution adoptée⁷, ils posent la question de son extension à des salariés qui, en raison de leur activité professionnelle, sont exposés à d'autres maladies liées au travail. Ils observent toutefois qu'en qualifiant le préjudice d'anxiété de spécifique, la Cour de cassation semble vouloir en limiter le domaine d'application, les éléments retenus attestant que la Haute Juridiction entend subordonner la réparation du préjudice d'anxiété à la preuve de l'exposition du salarié à un risque avéré et d'une réelle gravité pour sa santé. Ils ajoutent qu'une telle preuve n'a pas été exigée en l'espèce car l'inscription de l'établissement sur la liste était à elle seule de nature à établir à la fois l'existence du risque et l'exposition à ce risque, tout en relevant que cela ne correspond peut-être pas à la réalité dans la mesure où le système des listes fermées d'établissements éligibles au dispositif de préretraite permet à des salariés qui ont travaillé dans une entreprise figurant sur une de ces listes d'en bénéficier sans avoir nécessairement été, eux-mêmes, exposés à l'amiante, alors que, a contrario, des salariés effectivement exposés, mais ayant travaillé dans une entreprise non inscrite, n'en bénéficient pas.

⁶ Philippe Stoffel-Munck, La Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 11 octobre 2010, doct. 1015

⁷ Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic, La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 28 juin 2010, 733

Ils suggèrent, en tout cas, qu'il soit exigé que le risque soit avéré et que le demandeur y ait été exposé de façon suffisante et durable⁸. Ils mettent en garde contre le risque, en prenant en charge un préjudice aussi subjectif et insaisissable, "*d'ouvrir la boîte de Pandore et de conduire à une multiplication des demandes d'indemnisation de prétendus préjudices d'anxiété ou d'angoisse*".

Dans un arrêt du 8 février 2012⁹, la chambre sociale approuve les juges du fond d'avoir déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître de demandes au titre d'un préjudice économique résultant de la perte de revenus consécutive à l'entrée dans le dispositif de l'ACAATA, ainsi que d'un préjudice d'anxiété.

Par un arrêt du 4 décembre 2012¹⁰, elle dispense la demanderesse d'apporter la preuve d'un suivi médical qui était pourtant retenu pour caractériser le préjudice dans l'arrêt du 11 mai 2010.

Un auteur¹¹ critique cette position :

"En écartant du débat judiciaire l'exigence d'une preuve résultant d'un contrôle médical, périodique ou non, la Cour de cassation rend éminemment délicate tant l'approche de la preuve d'un préjudice d'anxiété que celle d'une preuve contraire à laquelle l'employeur doit avoir accès pour que soit respecté le principe du procès équitable ou de l'égalité des armes. On comprend le moyen du pourvoi en cassation qui invoquait l'absence de preuve d'un contrôle médical par référence à l'arrêt du 11 mai 2010. On est nécessairement interpellé par l'évolution de la jurisprudence et l'abandon d'un critère objectif de l'anxiété dont l'indemnisation est poursuivie."

Un autre¹² souligne que "*les critiques, déjà nombreuses, à l'occasion de l'arrêt du 11 mai 2010, vont donc pouvoir reprendre de plus belle....Le préjudice d'anxiété pose donc véritablement problème en ce qu'il conduit à réparer un sentiment absolument impossible à prouver, a fortiori quantifier, et pourtant très répandu dans nos sociétés anxieuses*".

Le 27 juin 2013¹³, pour refuser de transmettre au Conseil constitutionnel trois questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, tel qu'interprété par la Cour de cassation, notamment "*en ce qu'il permet aux juges, statuant en droit commun, d'ordonner la réparation d'un préjudice d'anxiété au profit des salariés qui ont opté pour un départ facultatif en pré-retraite amiante sans avoir à*

⁸ Patrice Jourdain RTD Civ. 2010 p.564

⁹ Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-15.247 et autres

¹⁰ Soc., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.294, Bull. 2012, V, n° 316

¹¹ Philippe Plichon La Semaine Juridique Sociale n° 4, 22 Janvier 2013, 1042

¹² M. Peyronnet, Dalloz actualité du 16 janvier 2013

¹³ Soc., 27 juin 2013, pourvoi n° 12-29.347, Bull. 2013, V, n° 176

rechercher si les demandeurs sont même affectés par un agent pathogène et en ce qu'il institue ainsi un régime de responsabilité distinct de celui qui est applicable pour le même préjudice à l'ensemble des citoyens", la chambre sociale énonce que la disposition législative en cause telle qu'interprétée n'exclut pas toute cause d'exonération de responsabilité et ne constitue ni une charge publique, ni un avantage disproportionné.

Par plusieurs arrêts rendus le 25 septembre 2013, la chambre sociale, en sa formation plénière, a précisé sa jurisprudence, s'agissant de l'indemnisation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante :

1) Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.157, Bull. 2013, V, n° 209 :

* la déclaration de la maladie et le contentieux auquel elle a donné lieu ne privent pas le salarié du droit de demander à la juridiction prud'homale la réparation des conséquences du trouble psychologique, compris dans le préjudice d'anxiété, subi avant la déclaration de la maladie

* ayant constaté que les requérants n'avaient pas déclaré souffrir d'une maladie professionnelle causée par l'amiante et que n'étaient contestés ni leur droit à bénéficier de l'ACAATA, ni son montant, la cour d'appel en a exactement déduit que leurs demandes indemnitaires fondées sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat relevaient de la compétence de la juridiction prud'homale

* l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante.

2) Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.110, Bull. 2013, V, n° 201 : même solution :

“Mais attendu que l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que le trouble lié au bouleversement dans les conditions d'existence et au changement de situation sociale, par suite de la cessation d'activité intervenue en application de la loi du 23 décembre 1998, n'ouvrait pas droit à une indemnisation distincte de celle accordée en réparation du préjudice d'anxiété ;”

3) Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 11-20.948, Bull. 2013, V, n° 212 : confirmation des solutions précédentes et garantie par l'AGS :

* rejet de la demande d'indemnisation de la perte de revenus résultant de la mise en oeuvre du dispositif légal :

“Mais attendu que selon l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, qui crée un dispositif spécifique destiné à compenser la perte d'espérance de vie que peuvent connaître des salariés en raison de leur exposition à l'amiante, une allocation de cessation anticipée

*d'activité est versée aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flocage et de calorifugeage à l'amiante ou de construction et de réparations navales, sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle, lorsqu'ils remplissent certaines conditions ; que le salarié qui est admis au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité présente sa démission à son employeur ; **qu'il résulte de ces dispositions que le salarié qui a demandé le bénéfice de l'allocation n'est pas fondé à obtenir de l'employeur fautif, sur le fondement des règles de la responsabilité civile, réparation d'une perte de revenu résultant de la mise en oeuvre du dispositif légal ;**"*

* rejet de la demande de réparation du préjudice résultant du bouleversement dans les conditions d'existence :

"Mais attendu qu'ayant constaté que le salarié fondait sa demande sur la baisse substantielle de ses revenus compensée par une inactivité non souhaitée résultant de l'adhésion au dispositif de l'ACAATA, la cour d'appel en a exactement déduit, sans modifier l'objet du litige ni avoir à effectuer une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que cette demande, qui ne visait qu'à voir réparer sous une autre dénomination son préjudice économique, ne pouvait qu'être rejetée ; que le moyen n'est pas fondé ;"

* indemnisation d'un préjudice spécifique d'anxiété, pour le salarié relevant du dispositif ACAATA, que celui-ci se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers

* garantie par l'AGS :

"Mais attendu que les dommages-intérêts dus au salarié à raison de l'inexécution par l'employeur d'une obligation découlant du contrat de travail sont garantis par l'AGS dans les conditions prévues par l'article L. 3253-6 du code du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;"

4) Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.912, Bull. 2013, V, n° 202 : confirmation des solutions précédentes sur la garantie de l'AGS et sur le rejet de l'indemnisation d'un préjudice en lien avec les conditions d'existence.

5) Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.883, 12-13.307, Bull. 2013, V, n° 208 : confirmation des solutions précédentes.

Un auteur, Patrice Jourdain¹⁴, critique la position "pragmatique" de la Cour de cassation, en ce qu'elle rejette la demande d'indemnisation du trouble dans les conditions d'existence en l'incluant dans le préjudice spécifique d'anxiété, tout en indiquant la comprendre, et finalement l'approuver :

"Soucieuse de ne pas multiplier à l'infini les postes de préjudice réparables et d'éviter les doublons d'indemnisation, [la Cour de cassation] a préféré couper court aux revendications sans cesse plus nombreuses des victimes. En acceptant d'indemniser le préjudice d'anxiété, elle a déjà fait preuve d'une certaine audace et a pris le risque de débordements. D'aucuns lui ont d'ailleurs fait grief d'objectiver ce préjudice essentiellement subjectif et d'en systématiser

¹⁴ RTD Civ. 2013 p.844

la réparation dans la mesure où le préjudice se déduirait automatiquement de l'inscription de l'établissement de l'employeur sur la liste, établie par arrêté ministériel, des établissements où sont fabriqués et traités l'amiante ou des matériaux qui en contiennent (C. Bernard, note D. 2010. 2048, préc. ; adde, Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus !, RCA 2013. étude 3 ; M. Develay, Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition, RLDC 2013, n° 5041). Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé souhaitable de ne pas ouvrir davantage encore la boîte de Pandore, déjà largement entr'ouverte par l'indemnisation du préjudice d'anxiété."

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 juin 2013 refusant de transmettre au Conseil constitutionnel trois questions prioritaires de constitutionnalité portant sur l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, tel qu'interprété par la Cour de cassation, est rendu le 19 mars 2014¹⁵ un arrêt, non publié, qui confirme une nouvelle fois la compétence de la juridiction prud'homale et l'indemnisation d'un préjudice spécifique d'anxiété dans les conditions déjà précisées, la réparation de tout autre préjudice étant néanmoins exclue :

*"Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que chaque salarié, qui avait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvait, par le fait de l'employeur, **lequel n'était pas parvenu à démontrer l'existence d'une cause d'exonération de responsabilité**, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'il se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers, a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété ;"*

Par deux arrêts publiés rendus le 2 avril 2014¹⁶, la chambre sociale censure la position de la cour d'appel de Lyon qui, d'une part avait considéré que la prise en charge de sa maladie au titre de la législation sur les risques professionnels frappait d'irrecevabilité l'action du salarié en réparation de ses préjudices complémentaires présentée devant la juridiction prud'homale, d'autre part avait exigé que les salariés relevant du dispositif ACAATA rapportent la preuve du sentiment d'anxiété généré par leur exposition à l'amiante :

"Attendu que pour déclarer irrecevable l'action de M. Y..., l'arrêt retient que la prise en charge de sa maladie au titre de la législation sur les risques professionnels frappe d'irrecevabilité son action en réparation de ses préjudices complémentaires présentée devant la juridiction prud'homale, peu important le fait que la demande ait été introduite antérieurement à la reconnaissance de la maladie professionnelle ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la déclaration de la maladie professionnelle et le contentieux auquel elle peut donner lieu devant la juridiction de sécurité sociale ne privent pas le salarié du droit de demander à la juridiction prud'homale la réparation des conséquences du trouble psychologique, compris dans le préjudice d'anxiété, subi avant la déclaration de la maladie, la

¹⁵ Soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-29.347

¹⁶ Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-29.825, Bull. 2014, V, n° 95 et Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-28.637 et suivants, Bull. 2014, V, n° 95

cour d'appel a violé les textes susvisés ;” (pourvoi n° 12-29.825, solution déjà adoptée par l'un des arrêts du 25 septembre 2013).

“Attendu que pour débouter les salariés de leurs demandes au titre des préjudices d'anxiété et de bouleversement des conditions d'existence, les arrêts retiennent que les intéressés ne versent aucune pièce sur leur état de santé, sur une éventuelle anxiété, sur un suivi médical et sur leurs conditions d'existence de sorte qu'ils ne prouvent pas que leur exposition à l'amiante leur ait généré de tels préjudices ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les salariés avaient travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, en sorte qu'ils pouvaient prétendre à l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété réparant l'ensemble des troubles psychologiques induits par l'exposition au risque, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes et le principe susvisés ;” (pourvois n° 12-28.637 et suivants).

L'un des commentateurs de ces arrêts note¹⁷ :

“La Cour de cassation persiste et signe. Alors que les réactions doctrinales, plutôt partagées, parfois critiques sur sa jurisprudence inaugurée en 2010 auraient pu l'influencer et infléchir ses solutions, la Cour de cassation a, au contraire, renforcé la ligne directrice par deux arrêts le 2 avril 2014. Celle-ci peut se résumer ainsi : les salariés qui ont travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante (ou des matériaux contenant de l'amiante) doivent bénéficier d'un traitement spécifique, car cette exposition à l'amiante, produit extrêmement dangereux (susceptible de déclencher des cancers), a pu, légitimement, susciter un sentiment d'angoisse face à la maladie qui a pu être contractée. Ce sentiment d'angoisse face à la maladie est réparable : c'est le « préjudice d'anxiété »”.

Il observe que la situation des salariés exposés à l'amiante est différente de celle des personnes contaminées, dont le préjudice d'angoisse se définit comme l'anxiété des malades à l'idée de développer, plus tard, de graves maladies, du fait même de la contamination (hépatite C, par exemple), la nomenclature Dintilhac en faisant un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel (« Préjudices liés à des pathologies évolutives »).

Il évoque la distinction dommage d'anxiété/maladie, qui repose d'abord sur un critère chronologique : le préjudice d'anxiété est antérieur à la constatation de la maladie, ensuite sur un critère juridictionnel et juridique : l'anxiété est prise en charge au titre du droit commun de la responsabilité civile, et non dans le cadre de la législation sur les accidents du travail, d'où la compétence de la juridiction prud'homale pour statuer, en application de l'article 1147 du code civil. *“Les employeurs ne peuvent donc avancer que l'anxiété est un trouble psychologique qui, s'il découle de l'activité professionnelle, doit être pris en charge par la législation sur les accidents du travail (art. L. 461-1 CSS)*

¹⁷ Christophe Willmann, Professeur à l'Université de Rouen, Recueil Dalloz 2014 p.1312

et ne peut donner lieu à une réparation complémentaire, notamment au titre « des souffrances morales » que dans le cadre des articles L. 451-1 et L. 452-3 du code de la sécurité sociale”. Mais si le salarié n’est, par définition, pas malade, il ne peut bénéficier du régime de la présomption d’imputabilité, liée à sa qualité d’assuré social, pris en charge au titre de la législation sur les accidents et les maladies professionnelles. Il relève du droit commun de la preuve et celle-ci peut s’avérer délicate. La Cour de cassation, indique l’auteur, résout ce problème : dès lors que les salariés ont travaillé dans l’un des établissements mentionnés à l’article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l’amiante ou des matériaux contenant de l’amiante, ils peuvent prétendre à l’indemnisation d’un préjudice d’anxiété réparant l’ensemble des troubles psychologiques induits par l’exposition au risque. Toutefois, estime-t-il, si le régime probatoire mis en place par la Cour de cassation est très intéressant pour les salariés des entreprises visées par le régime des préretraites amiante, il laisse de côté les autres salariés, ceux dont les entreprises ne sont pas visées à l’article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel.

La chambre sociale confirme ce régime probatoire allégé (la preuve du préjudice d’anxiété se déduit du dispositif de l’ACAATA) par un arrêt, non publié, du 2 juillet 2014¹⁸ qui, au visa du seul article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et au motif qu’elle viole ce texte en ajoutant la condition de la preuve d’une exposition personnelle du salarié à l’amiante, censure une cour d’appel pour avoir retenu que les affirmations du salarié, dont l’emploi était décrit par les bulletins de salaire comme agent technique de la catégorie des employés administratifs, en plus des attestations produites aux débats, ne permettaient pas d’établir la réalité d’une exposition à l’amiante pendant la période au cours laquelle il avait travaillé pour le compte de la société, et que le seul fait qu’il ait bénéficié de l’ACAATA par rapport à l’inscription de l’employeur sur la liste des établissements soumis à ce dispositif ne saurait constituer une preuve d’une réelle exposition.

Le même jour¹⁹, elle juge que²⁰ :

Le préjudice d’anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l’amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu’engendre la connaissance de ce risque par les salariés.

En conséquence, viole l’article L. 3253-8, 1°, du code du travail l’arrêt qui, pour dire que l’AGS devra garantir la créance fixée au passif d’une société au titre du préjudice d’anxiété, retient que ce préjudice découle du manquement contractuel fautif de l’employeur, lequel résulte de l’exposition à l’amiante des salariés au cours de l’exécution du contrat de travail, soit antérieurement à l’ouverture de la procédure collective, alors que le préjudice d’anxiété était né à la date à laquelle les salariés avaient eu connaissance de l’arrêté ministériel d’inscription de l’activité de réparation et de construction navale de cette société sur la

¹⁸ Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-10.644

¹⁹ Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 12-29.788 et suivants, Bull. 2014, V, n° 160

²⁰ Sommaire de l’arrêt

liste des établissements permettant la mise en oeuvre de l'ACAATA, soit, en l'espèce, à une date nécessairement postérieure à l'ouverture de la procédure collective.

Comme le relève un auteur²¹, la chambre sociale tranche ainsi clairement la question de la date de naissance de la créance de réparation du préjudice d'anxiété, retenant la thèse adoptée par la cour d'appel de Lyon²², selon laquelle seule la prise de conscience du risque d'exposition peut constituer le préjudice d'anxiété. Restait toutefois à déterminer une date objective de connaissance du risque. La solution retenue est approuvée par le commentateur : *“Lier étroitement la réparation du préjudice d'anxiété au dispositif de l'ACAATA révèle sa spécificité. Il s'agit pour le juge de circonscrire le sentiment d'anxiété à défaut de quoi l'exposition aux autres produits nocifs que sont les huiles minérales, les poussières de bois, le goudron va déclencher un contentieux similaire. D'ailleurs, est-ce que le juge du travail est le plus compétent pour assurer la réparation d'un préjudice corporel, fût-il d'ordre psychique ? Rien n'est moins certain, même s'il est le meilleur garant de la prévention des risques liés au travail.”*

Plusieurs arrêts rendus le 3 mars 2015, en formation plénière de chambre, confirment les solutions précédemment dégagées :

- les salariés d'un établissement figurant dans la liste de ceux ayant fabriqué des matériaux contenant de l'amiante, qui ont choisi de continuer à travailler, ne subissent pas de perte de revenus et le préjudice lié à la perte d'espérance de vie est réparé par les dommages-intérêts déjà alloués au titre du préjudice d'anxiété (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-21.833 et suivants, Bull. 2015, V, n° 40, plénière de chambre)
- l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante (même arrêt)
- viole l'article L. 4121-1 du code du travail, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, la cour d'appel qui, pour débouter les salariés de leur demande au titre du préjudice d'anxiété et du préjudice découlant du bouleversement dans les conditions d'existence, retient que la seule inscription de l'entreprise sur la liste ministérielle ne permet pas de présumer l'existence de ces préjudices et que les intéressés doivent rapporter la preuve de la réalité et de l'étendue de leurs préjudices (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.476 et suivants, Bull. 2015, V, n° 42)
- un salarié remplissant les conditions d'adhésion prévues par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel, a droit, qu'il ait ou non adhéré à ce régime légal, à la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.486, Bull. 2015, V, n° 31, publié au rapport annuel).

²¹ Dominique Asquinazi-Bailleux, La Semaine Juridique Social n° 44, 28 octobre 2014, 1415

²² CA Lyon, ch. Soc., 29 mars 2013, n° 12/04709

L'un des arrêts (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-26.175, Bull. 2015, V, n° 41), également rendu en formation plénière de chambre, publié au Rapport annuel, retient pour la première fois que la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise pour les salariés exposés à l'amiante qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel :

“Vu l'article L. 4121-1 du code du travail, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Z... agent de la société EDF-GDF du 11 septembre 1967 au 1er février 2002, exerçait les fonctions de plombier ; qu'affecté à Marseille, du mois de février 1970 au mois d'avril 1979, au poste de plombier chef-ouvrier, en charge de la découpe des joints de gaz et estimant avoir été exposé à l'amiante, il a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice d'anxiété ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer au salarié une certaine somme en réparation de son préjudice d'anxiété, l'arrêt retient que peu importe que les deux sociétés en cause ne soient pas mentionnées à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, dès lors que le salarié a été directement exposé à l'amiante du mois de février 1970 au mois d'avril 1979, sans que la preuve ne soit rapportée, par l'employeur, que toutes les mesures nécessaires ont été prises pour protéger de manière collective et individuelle, le personnel exposé aux poussières d'amiante, dans le respect des dispositions de l'article 4 du décret n° 77-949 du 17 août 1977 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;”

Le Rapport annuel 2015 souligne que de ces deux derniers arrêts (pourvoi n° 13-26.175, pourvoi n° 13-20.486), il peut être ainsi conclu que le préjudice spécifique d'anxiété, création jurisprudentielle reconnue au bénéfice des travailleurs de l'amiante, dans des conditions particulièrement dérogatoires du droit commun de la responsabilité civile, est cependant bien circonscrit : il est, d'une part, nécessairement adossé au dispositif légal mis en œuvre par la loi du 23 décembre 1998 précitée, ce qui tend à exclure des demandes qui seraient fondées sur l'exposition à d'autres produits toxiques, et, d'autre part, réservé aux seuls salariés travaillant dans les établissements inscrits sur la liste ministérielle, c'est-à-dire ceux dont les opérations liées à l'amiante représentent une part significative de l'activité, compte tenu de leur fréquence et de la proportion des salariés qui sont affectés.

Les arrêts du 3 mars 2015 ont donné lieu à de multiples commentaires.

- Morane Keim-Bagot²³ note :

“Par quatre arrêts rendus le 3 mars 2015, la chambre sociale de la Cour de cassation semble retirer des pierres de l'édifice dont elle a entamé la construction en 2010. Elle restreint de façon significative, les potentiels bénéficiaires de la réparation du préjudice d'anxiété, tout en affirmant

²³ Droit social 2015 p.360 (déjà cité)

semble-t-il que ce poste de préjudice ait vocation à réparer tous les préjudices extrapatrimoniaux subis par les victimes d'une exposition à l'amiante.

Cette limitation de la réparation du préjudice d'anxiété semble s'inscrire dans un mouvement plus général et plus profond de reflux de la portée de l'obligation de sécurité de l'employeur dans la sphère du droit du travail. Juridiquement contestables, ces arrêts exposent les juges à un procès en complaisance envers les revendications organisations patronales, au détriment des victimes."

Elle ajoute que *"jusqu'aux arrêts du 3 mars, si la Cour de cassation précisait que pouvaient bénéficier de la réparation de ce préjudice les salariés des entreprises présentes sur les listes amiante, elle ne semblait pas pour autant écarter cette possibilité pour les autres salariés, pour autant qu'ils fassent la démonstration de l'exposition au risque, d'une part, de l'existence et de l'étendue du préjudice, d'autre part"*. Elle souligne l'automatisme du droit à réparation du préjudice d'anxiété pour les salariés remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel, ceux-ci n'ayant à démontrer ni le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et notamment à apporter la preuve de l'absence de mise en oeuvre de mesures de protection par l'employeur, ni la réalité et l'étendue de leur préjudice :

"Monsieur Gamet²⁴ a pu ainsi considérer que l'on retrouve en matière de préjudice d'anxiété « l'automatisme du régime de réparation des accidents et maladies professionnelles ramenée dans le champ du droit du travail ». Il semble, en effet, que la chambre sociale, bien moins habituée que la deuxième chambre civile à manier la question de la réparation du dommage corporel, se soit grandement inspirée du droit des risques professionnels en important sa logique dans le droit du travail, à la fois automatique et exclusive.

Automatique, dans la mesure où la seule inscription de l'entreprise sur la liste permet au salarié de voir indemniser ce préjudice. Exclusive, car la chambre sociale précise ici que le fait pour le salarié de ne pas remplir les conditions, notamment quant à la liste amiante, exclut de facto la réparation quand bien même il apporterait la preuve de l'exposition."

Elle relève qu'en 2013, les arrêts concernant la réparation du préjudice d'anxiété visaient l'article 1147 du code civil, semblant ainsi privilégier le raisonnement selon lequel les salariés concernés souffrent d'anxiété parce qu'ils ont été exposés au risque, cette exposition ayant pour cause un manquement de l'employeur à sa responsabilité contractuelle. Mais, poursuit-elle, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'employeur, toute contestée soit-elle, il existe de sérieuses difficultés à justifier la limitation de la réparation du préjudice d'anxiété aux seuls salariés potentiellement bénéficiaires de l'ACAATA. Aussi n'est-il pas surprenant que le fondement de l'article 1147 n'apparaisse plus dans les arrêts du 3 mars.

Toutefois, selon l'auteur, plus étonnant est le visa des articles 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et L. 4121-1 du code du travail : *"le premier, s'il met en place le dispositif de cessation anticipée d'activité, n'évoque pas le préjudice d'anxiété, de création prétorienne. Le second, selon lequel « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs », ne devrait pas plus permettre d'établir une distinction entre les travailleurs potentiellement bénéficiaires de*

²⁴ L. Gamet, Dr. Soc. 2015, P. 55

l'ACAATA et les autres. L'inscription d'un établissement sur une liste devient l'alpha et l'oméga de la réparation. De présomption d'exposition au risque, elle devient condition exclusive du droit à réparation. Ouvrant le droit à la réparation, cette inscription emporte également avec elle l'ouverture du délai de prescription de l'action en réparation. Ainsi la chambre sociale a-t-elle récemment affirmé que le point de départ de la prescription quinquennale de l'action est celui de la date à laquelle les salariés ont eu connaissance du risque à l'origine de l'anxiété, soit à compter de l'arrêté ministériel ayant procédé au classement de l'établissement²⁵.

Morane Keim-Bagot rappelle les critiques portées à la généralisation du bénéfice de l'ACAATA à tous les salariés d'une entreprise inscrite sur les listes, certains d'entre eux n'ayant en réalité pas été réellement exposés à l'amiante, ajoutant que dorénavant d'autres, qui ont directement travaillé au contact du matériau ou l'ont manipulé, mais dont l'entreprise ne figure pas sur la liste, ne pourront ni prétendre ni démontrer leur préjudice. Pour elle, la solution est pour le moins étonnante. Elle pose la question de savoir ce qu'il en sera des salariés exposés à d'autres risques, particulièrement aux produits chimiques cancérigènes, évoquant la décision du conseil de prud'hommes de Longwy du 6 février 2014 qui reconnaît le préjudice d'anxiété des mineurs de fer de Lorraine, exposés à l'inhalation de produits nocifs, ainsi que les instances introduites par les mineurs du charbon de Lorraine. Enfin elle signale la poursuite du mouvement de "globalisation" du préjudice d'anxiété.

- Dominique Asquinazi-Bailleux²⁶ effectue aussi un rapprochement entre la réparation "automatique" du préjudice d'anxiété et la réparation forfaitaire des accidents du travail et des maladies professionnelles. Elle estime que la solution consistant à réserver la réparation du préjudice d'anxiété aux salariés qui ont travaillé dans un établissement éligible à l'ACAATA, quoique discutable, peut se justifier sur différents points (le classement de l'établissement sert à fixer la connaissance du risque, donc le point de départ de la prescription, et la réparation du préjudice d'anxiété répond au souci de corriger un dispositif de départ anticipé à la retraite très insuffisant du point de vue économique). Mais dans ce cas, indique-t-elle, il aurait été plus judicieux d'écarter l'automatisme de la réparation lorsque le salarié n'a pas adhéré au dispositif.

L'auteur suggère deux pistes de réflexion : restituer au juge du travail sa mission naturelle de réparation des conséquences de l'inexécution ou de la rupture du contrat de travail, en revenant à une lecture plus authentique de l'article L. 4121-1 du code du travail²⁷, et comme il n'est pas sérieusement envisageable de renoncer aux avancées de la réparation des victimes, ouvrir le champ de la réparation des maladies professionnelles : il s'agirait de faire reconnaître au titre des maladies professionnelles les pathologies de "souffrance morale", en assouplissant l'exigence d'un taux de 25% d'incapacité permanente pour saisir le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (articles L. 461-1 et R. 461-8 du code de la sécurité sociale) et en facilitant la reconnaissance de pathologies à caractère professionnel, s'appuyant en

²⁵ Voir arrêt du 2 juillet 2014, déjà cité

²⁶ La Semaine Juridique Sociale n° 12, 24 mars 2015, 1106

²⁷ D. Asquinazi-Bailleux rappelle que la CJUE n'interprète pas la directive-cadre du 12 juin 1989 comme instituant une responsabilité sans faute de l'employeur (CJUE, 14 juin 2007, aff. C-127/05)

cela sur la décision du Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 juin 2010, déc. n° 2010-8 QPC) qui juge que “constitue une atteinte disproportionnée au droit des victimes d’actes fautifs et au principe de la responsabilité” l’impossibilité dans laquelle se trouve la victime de demander devant le TASS “réparation de l’ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale”.

- Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic²⁸ considèrent que les arrêts de 2015 expriment la volonté de la Haute juridiction, sans remettre en cause les conditions d’indemnisation du préjudice d’anxiété qu’elle a posées, d’en limiter néanmoins le champ d’application. Ils estiment que ces arrêts ne doivent pas être compris comme excluant pour les autres travailleurs exposés à l’amiante, mais ne remplissant pas les conditions pour bénéficier de l’ACAATA, toute réparation du préjudice d’anxiété. Ceux-ci devraient alors se conformer au droit commun de la responsabilité civile, sans bénéficier des conditions d’automaticité dégagées par la jurisprudence postérieure aux arrêts du 11 mai 2010. Ils devraient démontrer leur exposition au risque, le manquement de l’employeur à son obligation de sécurité de résultat et la réalité et la gravité de leur anxiété. Les deux auteurs n’en relèvent pas moins l’inégalité, voire l’injustice entre les salariés exposés à l’amiante, que recèle à leurs yeux la décision de la Cour de cassation, dès lors que dans les établissements inscrits sur la liste ministérielle, de nombreux salariés qui n’ont jamais été personnellement exposés à la moindre poussière d’amiante bénéficient de la réparation automatique du préjudice d’anxiété, alors que d’autres salariés, effectivement exposés, mais qui ne sont pas employés et rémunérés par un tel établissement, notamment les salariés des sous-traitants, ne peuvent prétendre ni à la préretraite amiante, ni, partant, à la réparation du préjudice spécifique d’anxiété qui lui est associé.

- Patrice Jourdain²⁹ critique tant les facilités de preuve exorbitantes du droit commun accordées aux salariés ayant travaillé dans un établissement inscrit sur la liste de ceux ouvrant droit à l’ACAATA, que le refus opposé aux autres. Il considère en effet que l’arrêt de cassation (n° 13-26.175, déjà cité) “*ne laisse guère de doute sur la volonté des Hauts magistrats de ne pas admettre la réparation du préjudice d’anxiété en dehors du régime de cette allocation*”.

Il estime que chacune des positions prises par la Cour de cassation dans les arrêts rapportés (13-20.486 et 13-26.175) est excessive et caractérise une disparité de traitement, voire une discrimination. Si une présomption de fait de préjudice d’anxiété peut s’attacher à l’exposition au risque, elle ne doit pas être systématiquement déduite du seul fait de l’inscription de l’établissement employeur sur ladite liste. Réciproquement, le fait pour un salarié de ne pas appartenir au personnel de l’une des entreprises inscrites sur la liste ne devrait pas l’empêcher de prétendre à l’indemnisation d’un préjudice d’anxiété s’il a effectivement été exposé au risque. La présomption de préjudice d’anxiété devrait jouer en sa faveur indépendamment du fait que son entreprise ne relève pas du régime de l’ACAATA. Tout au plus ce salarié ne bénéficierait plus de l’indice favorable qui pourrait être déduit de l’application de ce régime.

²⁸ La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 22, 28 mai 2015, 1257

²⁹ RTD Civ. 2015 P.393

- Jonas Knetsch³⁰ signale lui-aussi le risque induit par la jurisprudence commentée d'aboutir à des situations inévitables. Il observe toutefois que la situation des salariés qui, bien qu'ayant été exposés à l'amiante ou à d'autres produits cancérigènes ou toxiques, ne peuvent pas (encore) établir une dégradation de leur état de santé, soulève une véritable question de société que la responsabilité civile ne saurait résoudre qu'imparfaitement.

Il conclut :

“Statuant sur des demandes de salariés exposés à l'amiante, les quatre arrêts du 3 mars 2015 ne permettent pas de penser que la Cour de cassation ait voulu se prononcer de manière générale sur les conditions de réparation d'un préjudice d'anxiété ou d'angoisse. Néanmoins, on peut rapprocher ces décisions d'un récent arrêt de la deuxième chambre civile (11 déc. 2014, n° 13-27.440) qui a refusé à une demanderesse exposée in utero au Distilbène un préjudice d'anxiété autonome. Faut-il y voir les signes d'un durcissement des conditions de la réparation de l'angoisse ? Si une telle interprétation est sans doute prématurée, la dernière jurisprudence de la Cour de cassation permet tout au moins de prendre conscience de l'indispensable limitation de la réparation du préjudice d'anxiété. Celle-ci est nécessaire pour éviter que ce nouveau type de préjudice ne soit instrumentalisé pour pallier le caractère hypothétique d'un préjudice, lequel fait en principe obstacle à toute réparation. Reste à identifier un critère convaincant pour contenir l'essor du préjudice d'angoisse. Il n'est pas certain que la chambre sociale l'ait trouvé dans ces arrêts.”

Les arrêts postérieurs de la chambre sociale confirment les solutions déjà amorcées.

Le 25 mars 2015³¹, la chambre sociale casse un arrêt de cour d'appel qui avait admis au bénéfice de l'indemnisation du préjudice d'anxiété, des employés administratifs et une femme de ménage en retenant qu'ils travaillaient à proximité immédiate des ateliers et se trouvaient exposés, même passivement, à l'inhalation nocive de poussières d'amiante.

Elle retient, au visa de l'article L. 4121-1 du code du travail et de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 **“qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les huit salariées en cause n'avaient pas travaillé dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel du 7 juillet 2000 fixant notamment la liste des métiers ouvrant droit au bénéfice des dispositions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, ce qui excluait la réparation d'un préjudice d'anxiété, la cour d'appel a violé les textes susvisés”**.

Par un arrêt du 15 décembre 2015³², la chambre sociale, substituant un moyen relevé d'office à ceux des demandeurs, rejette le pourvoi formé par des dockers

³⁰ Recueil Dalloz 2015 p.968

³¹ Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-21.716, Bull. 2015, V, n° 63

³² Soc., 15 décembre 2015, pourvois n° 14-22.458, et autres, Bull. 2015, V, n° 260

professionnels, bénéficiaires de l'ACAATA pour avoir travaillé sur le port de Marseille, classé par arrêté du 7 juillet 2000 comme port où ont été manipulés des sacs d'amiante, au motif que :

“Mais attendu que, même s'il est éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, le docker professionnel ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre une société d'acconage qui n'entraîne pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998”.

Ainsi désormais, la condition d'être éligible à l'ACAATA en raison d'un travail dans un établissement classé « amiante » n'est pas suffisante. Il faut encore que l'action soit dirigée contre l'employeur du salarié, lui-même éligible.

Le 27 janvier 2016³³, dans une affaire où des salariés d'une société inscrite sur la liste ACAATA, placée en redressement judiciaire, fondent leur demande d'indemnisation sur le manquement de l'employeur à son obligation de résultat, afin que leur créance de dommages et intérêts, qui sera ainsi née avant l'ouverture de la procédure collective, soit garantie par l'AGS, la chambre sociale approuve la cour d'appel de les en avoir déboutés :

“Mais attendu que le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque ;

Et attendu que la cour d'appel, après avoir exactement retenu que les préjudices patrimoniaux résultant d'un manquement à l'obligation de sécurité de résultat étaient pris en compte, pour les salariés exposés à l'amiante, par des mécanismes d'indemnisation spécifiques, a constaté que les salariés avaient renoncé à leur demande d'indemnisation d'un préjudice d'anxiété ; qu'ayant dès lors écarté l'indemnisation d'un préjudice, présenté comme distinct, résultant du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;”

Un arrêt du 17 février 2016³⁴ rappelle que ***“la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel”***, réitérant la solution adoptée le 3 mars 2015 (pourvoi n° 13-26.175) et **un arrêt du 22 juin 2016³⁵** énonce que ***“même s'il est éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, le salarié ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre une société qui n'entraîne pas dans les prévisions de***

³³ Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 15-10.640 et suivants, Bull. 2016, V, n° 17

³⁴ Soc., 17 février 2016, pourvoi n° 14-24.011, Bull. 2016, V, n° 39

³⁵ Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-28.175 à 14-28.209, Bull. 2016, V, n° 131

l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 (voir également pour les travaux effectués par l'employeur en qualité de sous-traitant d'une société inscrite : Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-17.164, Bull. 2017, V, n° 9 ; Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-50.080 à 15-50.091, Bull. 2017, V, n° 10).

Morane Keim-Bagot, dans un commentaire des arrêts des 22 juin 2016 et 11 janvier 2017³⁶, relève que face à la rédaction ambiguë de l'article 41 de la loi de 1998, qui parle des salariés et anciens salariés "des établissements" de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, la Cour de cassation a choisi une nouvelle confusion pour clarifier la formulation déjà confuse de la loi. Elle déplore le fait que le travailleur, bien qu'effectivement exposé à l'amiante puisqu'ayant travaillé dans un des établissements présents sur la liste, ne puisse demander la réparation de son préjudice d'anxiété à son employeur, ce dernier n'exploitant pas l'établissement dans lequel l'amiante était utilisée ou transformée, quitte à ce que celui-ci se retourne contre l'exploitant. Elle s'étonne que cette règle s'applique même aux salariés éligibles au bénéfice de l'ACAATA, alors qu'en matière de bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité, la même chambre sociale décide qu'il n'est pas nécessaire qu'ils aient été subordonnés à la société exploitant l'établissement dès lors qu'ils y ont effectivement travaillé. Elle regrette que, s'agissant du préjudice d'anxiété, l'obligation légale de sécurité soit "*neutralisée par l'invocation de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, qui fonctionne comme une règle spéciale s'imposant à la règle générale*".

Commentant l'arrêt du 11 janvier 2017 susvisé (pourvoi n° 15-50.080 à 15-50.091), Dominique Asquinazi-Bailleux³⁷ observe :

"Il est désormais manifeste que l'obligation de sécurité ne sert plus à fonder la réparation du préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante. Il est d'ailleurs permis de le regretter au nom de l'égalité de traitement entre victimes. Comment peut-on justifier que soit rejetée la demande de réparation d'un préjudice d'anxiété de plusieurs salariés au motif qu'ils n'étaient ni employés, ni rémunérés par l'établissement inscrit sur la liste des établissements ouvrant droit au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante ?

(...)

On est obligé de souligner la différence de traitement entre des salariés exposés sur un même site à l'amiante (P. Jourdain, Préjudice d'anxiété, d'étranges disparités : RTD Civ. 2015, P. 393).

Comme le soulignent certains auteurs, il s'agit d'une « approche objective » du préjudice d'anxiété (M. Bacache : JCP G 2016, doctr. 117, n° 1). Sa réparation est détachée du droit de la responsabilité civile : la victime n'a pas à rapporter la preuve de son inquiétude permanente de développer une maladie très grave et le fait générateur du dommage, caractérisé par la violation de l'obligation de sécurité, n'est plus convoqué dans le débat. En la matière, le fait générateur est l'inscription de l'établissement sur la liste de ceux éligibles à l'ACAATA et non l'exposition à l'amiante. Pour la Cour de cassation, l'indemnisation du préjudice d'anxiété est nécessairement adossée au dispositif légal mis en œuvre par la loi du 23 décembre 1998 (V. rapp. C. Cass. pour 2015).

Pour autant, l'avocat général, dans son avis, souligne que l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 constitue un fondement juridique fragile porteur d'une rupture d'égalité entre salariés. Il

³⁶ Les Cahiers Sociaux - n°299-page 412

³⁷ La semaine Juridique Sociale n° 7, 21 février 2017, 1054

suggère à la cour de retenir une formulation à rebours de sa jurisprudence. Autrement dit, la réparation du préjudice d'anxiété doit se justifier par la violation de l'obligation de sécurité. À l'origine, la cour y faisait référence directement pour fonder, notamment la garantie de l'AGS (Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-20.912 : JurisData n° 2013-020564 : JCP S 2013, 1459, note M. Ledoux et F. Quinquis). Plus encore, la cour dissociait la demande s'inscrivant dans une action en réparation d'accidents ou maladies professionnels de celle tendant à l'indemnisation du préjudice d'anxiété subi à la suite d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, introduite devant le conseil de prud'hommes (Cass. soc., 28 mai 2014, n° 12-12.949 : JurisData n° 2014-011344). Revenir à l'obligation de sécurité implique de rompre avec le caractère automatique de la réparation. En revanche, c'est autoriser les salariés exposés à l'amiante à l'occasion d'une sous-traitance ou d'une mise à disposition – même informelle comme en l'espèce – de réclamer la réparation de leur préjudice d'anxiété. Aucune mesure de protection ne semble avoir été mise œuvre par leur employeur avant de les faire travailler dans les locaux d'autres entreprises. L'employeur n'aurait pas pu s'exonérer de sa responsabilité, comme le lui permet désormais le juge depuis l'arrêt Air France du 25 novembre 2015 (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 : JurisData n° 2015-026268 ; JCP S 2016, 1011, étude M. Babin ; Cah. soc. 2016, n° 281, p. 23, la nature ambiguë de l'obligation de sécurité de l'employeur, note J. Icard ; Dossier : Les mutations de l'obligation de sécurité, ss dir. L. Gratton : Cah. soc. 2016, n° 285).

(...)

Dans un contexte de disparité entre salariés exposés à un risque grave pour leur santé, ne faut-il pas renouer avec les règles de la responsabilité civile ? Le débat reste ouvert si on souhaite l'effectivité du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs”.

Dans la même ligne de jurisprudence, mais ajoutant une précision importante, la chambre sociale casse, **le 26 avril 2017**³⁸, au visa de l'article L. 4121-1 du code du travail, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, un arrêt d'une cour d'appel *“qui n'a pas constaté que le salarié avait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, en sorte qu'il ne pouvait prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de l'exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité”.*

Comme le relève un commentateur³⁹, cet arrêt n'apporte a priori aucun élément nouveau dans le traitement du préjudice d'anxiété, mais permet de clarifier la position de la chambre sociale quant au fondement de sa réparation :

“En l'espèce, le salarié avait obtenu la condamnation de son employeur à lui verser 20 000 euros consécutivement à la violation de son obligation de sécurité. Chaudronnier-soudeur, il demandait la réparation d'un préjudice découlant d'une exposition aux poussières d'amiante sans mesure de protection. Les pièces produites établissaient que la commission d'hygiène et de sécurité insistait dès les années 1980 sur « la situation des personnes manipulant des produits à base d'amiante » ; qu'en 1985, le chargé de sécurité avait rappelé que l'exposition à l'amiante entraîne des pathologies professionnelles inscrites dans les tableaux ; qu'en 2006, le CHSCT s'étonnait du peu de communication de la direction de l'entreprise sur cette question. Ces éléments démontraient, selon les juges du fond, la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat : il n'avait pas pris « les mesures nécessaires » à la préservation de la santé de ses salariés. Pour la Cour de cassation, il n'est pas possible de

³⁸ Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 15-19.037, Bull. 2017, V, n° 71.

³⁹ Dominique Asquinazi-Bailleux, La semaine Juridique Sociale n°22, 6 juin 2017, 1186.

déconnecter la réparation du préjudice d'exposition à l'amiante du dispositif d'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA). En conséquence, elle casse la décision rendue par la cour d'appel de Paris.

Elle restitue au préjudice invoqué sa véritable qualification c'est-à-dire celle de préjudice d'anxiété. Il s'agit d'un préjudice moral réparant l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance du risque de développer une maladie induite par l'exposition à l'amiante. Sa réparation n'est ouverte qu'au profit des salariés ayant travaillé dans un établissement mentionné à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante. Sa position s'inscrit dans la continuité d'un arrêt précédent où elle avait écarté la demande de réparation d'un préjudice extra-patrimonial distinct d'un préjudice d'anxiété (Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 15-10.640 à n° 15-10.726 : JurisData n° 2016-001033 ; JCP S 2016, 1101, note D. Asquinazi-Bailleux). En cette espèce, les salariés avaient travaillé dans un établissement éligible à l'ACAATA mais avaient renoncé à demander la réparation du préjudice spécifique d'anxiété.

Dans l'espèce rapportée, la situation est différente dans la mesure où l'établissement où avait été manipulé de l'amiante n'avait pas été classé par arrêté ministériel. On peut dès lors s'étonner que la violation établie de l'obligation de sécurité n'ouvre pas droit à la réparation d'un préjudice « moral ». N'est-il pas paradoxal de viser l'article L. 4121-1 du Code du travail et d'écarter toute réparation fondée sur ce texte ? La chambre sociale précise que le salarié ne peut prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de l'exposition à l'amiante, « y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ». En raison de l'existence de l'ACAATA qui entend corriger la situation des travailleurs exposés, il n'est pas possible de réclamer la réparation d'un préjudice moral découlant de la violation de l'obligation de sécurité. Le préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante est adossé au dispositif de l'ACAATA et ne peut s'en libérer. Pour autant, cette solution crée des discriminations inappropriées entre victimes.

Est-ce que la jurisprudence sanctionnant l'employeur ayant fait courir un risque pour la santé ou la sécurité de ses salariés est condamnée ? Autrement dit, la violation de l'obligation de sécurité par l'oubli de la visite médicale de reprise ou encore la situation de harcèlement moral, d'agissement sexiste n'ouvre-t-elle plus droit à réparation ? Il est permis d'en douter. En matière de harcèlement moral, il convient de distinguer la réparation du licenciement nul en lien avec des faits de harcèlement et la demande distincte de dommages et intérêts pour préjudice moral (Cass. soc., 2 févr. 2017, n° 15-26.892 : JurisData n° 2017-001535). C'est dire que la violation de l'obligation de sécurité permet la réparation d'un préjudice moral autonome. Dès lors, il est incohérent de refuser la réparation du préjudice moral d'anxiété des salariés ayant pu établir les manquements de l'employeur dans les domaines de la santé et de la sécurité. Pour autant, les juges du fond acceptent de se conformer à cette position. Ainsi, viennent d'être déboutés de leur demande de réparation d'un préjudice d'anxiété les salariés de la cristallerie de luxe Baccarat, exposés à l'amiante au cours de leur carrière (Cons. prud'h. Nancy, 11 mai 2017 : AFP, Liaisons soc. 15 mai 2017, p. 7)".

Le même attendu de principe, excluant la recherche de la responsabilité contractuelle de l'employeur, est repris par un arrêt postérieur, du **21 septembre 2017**⁴⁰, qui censure une cour d'appel ayant alloué des dommages-intérêts aux salariés du syndicat des

⁴⁰ Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-15.130, 16-15.131, 16-15.132, 16-15.133, 16-15.134, 16-15.136, 16-15.135, en cours de publication

copropriétaires de la tour Montparnasse au titre des manquements de l'employeur à ses obligations légales :

“Attendu que le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation, qui n'est ouverte qu'au salarié qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque ;”

Les commentateurs de l'arrêt⁴¹ dans la revue Jurisprudence Sociale Lamy relèvent que même si la Cour de cassation fonde en partie sa décision sur l'article L. 4121 du code du travail, texte justifiant l'obligation de sécurité de résultant pesant sur l'employeur dans les relations de travail, il est désormais admis que cette obligation ne sert plus de fondement à la réparation du préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante.

Un autre commentateur⁴² note plus explicitement que *“la volonté de faire disparaître totalement l'obligation de sécurité de l'employeur comme fondement potentiel de l'indemnisation est manifeste”*. Il ajoute :

“Les travailleurs de l'amiante de la tour Montparnasse viennent ainsi grossir les rangs de ceux qui, bien qu'exposés de manière fautive à l'amiante du fait de leur travail, se voient dénier tout droit à indemnisation en l'absence de reconnaissance d'une maladie professionnelle (not. les sous-traitants : Cass. soc., 11 janv. 2017, n° 15-50.080 à n° 15-50.091, préc. – Salariés mis à disposition : Cass. soc., 22 juin 2016, n° 14-28.175 à n° 14-28.182, n° 14-28.184 à n° 14-28.199, n° 14-28.201 à n° 14-28.204 et n° 14-28.206 à n° 14-28.209 : JurisData n° 2016-012108 ; JCP S 2016, 1333, note D. Asquinazi-Bailleux ; Gaz. Pal. 11 oct. 2016, p. 57, obs. J. Bourdoiseau. – Ou encore les travailleurs éligibles à l'ACAATA dont l'établissement n'est pas listé : Cass. soc., 15 déc. 2015, n° 14-22.441 à n° 14-22.471 et n° 14-22.473 à n° 14-22.517 : JurisData n° 2015-028137 ; JCP S 2016, 1052, note D. Asquinazi-Bailleux ; JCP E 2016, 1580, obs. J. Colonna ; Resp. civ. et assur. 2016, comm. 79, note C. Corgas-Bernard). Les différences de traitement inacceptables entre personnes exposées à l'amiante induites par ces positions sont donc maintenues.”

L'auteur indique toutefois que si l'affaire est entendue pour les salariés et anciens salariés exposés à l'amiante, une construction nouvelle devra être élaborée pour les salariés exposés à d'autres produits chimiques ou agents dangereux, qui devra définir une articulation adaptée entre l'obligation de sécurité de l'employeur, issue du droit du travail, et la prise en charge des pathologies psychiques en tant que maladies professionnelles, relevant de la sécurité sociale.

Stéphane Gerry-Vernières⁴³ rappelle que la jurisprudence de la chambre sociale sur le préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante est critiquée *“car elle a pour conséquence d'introduire une discrimination entre les salariés remplissant les conditions*

⁴¹ Jurisprudence Sociale Lamy, N° 441, 8 novembre 2017

⁴² Xavier Aumeran, La semaine Juridique Sociale n° 46, 21 novembre 2017, 1372

⁴³ Gazette du palais - 16/01/2018 - n° 02 - page 26

de la loi du 23 décembre 1998 et les autres”. Il indique que “la déconnexion de l’indemnisation des salariés exposés à l’amiante du droit commun de la responsabilité, déjà amorcée dans les décisions précédentes semble désormais définitive”.

Un arrêt du 22 novembre 2017⁴⁴, affirme à nouveau que le préjudice d’anxiété naît à la date à laquelle les salariés ont connaissance de l’arrêté ministériel d’inscription de l’établissement sur la liste des établissements permettant la mise en oeuvre de l’ACAATA, solution dont Dominique Asquinazi-Bailleux⁴⁵ mentionne qu’elle suscite des critiques, la charge de la réparation du préjudice d’anxiété étant transférée au cessionnaire de l’établissement alors même que le cédant s’était engagé, par convention, à ne lui transmettre aucun passif.

Les derniers arrêts de la chambre sociale maintiennent que “**la réparation du préjudice d’anxiété n’est admise pour les salariés exposés à l’amiante, qu’au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l’article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et l’arrêté ministériel**” (Soc., 7 mars 2018, pourvoi n° 14-12.575 et suivants) et confirment le rejet des demandes d’indemnisation d’un préjudice d’anxiété émanant de salariés “**qui n’avaient pas travaillé dans l’un des établissements mentionnés à l’article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, en sorte qu’ils ne pouvaient prétendre à l’indemnisation d’un préjudice moral au titre de l’exposition à l’amiante, y compris sur le fondement d’un manquement de l’employeur à son obligation de sécurité**” (Soc., 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-21.184 ; Soc., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19.018 et suivants ; Soc., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19.021 et suivants).

C’est donc en contradiction totale avec la jurisprudence susvisée que la cour d’appel de Paris a décidé, dans l’arrêt soumis au présent pourvoi, que les dispositions et le régime général de la responsabilité demeuraient applicables aux salariés exposés à l’amiante, travaillant pour des entreprises non listées.

Commentant cet arrêt, et celui, en regard de l’arrêt, en sens contraire, rendu le 5 avril 2018⁴⁶ par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans le droit fil de sa jurisprudence désormais bien établie, Morane Keim-Bagot⁴⁷ souligne que les solutions dégagées par la Cour de cassation reposent sur deux postulats : le fondement du préjudice d’anxiété dans le dispositif ACAATA et la globalisation au sein de ce poste de préjudice de l’ensemble des troubles psychologiques du salarié.

Selon l’auteur, les juges de la Cour de cassation ont créé un régime spécial dérogatoire au régime général, une réparation spéciale, tirée de l’article 41 de la loi du 23 décembre

⁴⁴ Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.666, 16-20.873, 16-20.667, 16-20.668, en cours de publication

⁴⁵ La Semaine Juridique Sociale n° 4, 30 janvier 2018, 1042

⁴⁶ Soc., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19.018, 16-19.020, 16-19.002, 16-19.007, 16-19.015, déjà cité

⁴⁷ Les Cahiers Sociaux - n°307 - page 13

1998 qui déroge au droit commun de la responsabilité contractuelle et qui se veut autonome. *“L’erreur majeure commise par la chambre sociale n’a pas été de créer une présomption de préjudice d’anxiété mais d’avoir transformé cette présomption en règle substantielle, en condition d’attribution, le bénéfice potentiel du dispositif de préretraite amiante devenant la condition de fond de l’indemnisation. Pire, cette règle substantielle a été adossée à une présomption irréfragable en dispensant le salarié bénéficiaire, ou potentiel bénéficiaire, de l’ACAATA tout à la fois de la démonstration de l’existence et de l’étendue de son préjudice et en empêchant l’employeur d’apporter la preuve contraire. Il y a donc un glissement du rapport à l’arrêté ministériel qui, d’élément d’objectivation de l’exposition à l’amiante devient l’élément probant de l’existence d’un préjudice d’anxiété”*. En outre, le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l’amiante est constitué par le seul préjudice d’anxiété. Si tous les troubles psychologiques liés à la connaissance d’une exposition professionnelle à un risque, pouvant conduire au développement de pathologies graves, sont absorbés par le préjudice d’anxiété, alors même que celui-ci est exclusivement réservé aux seuls travailleurs des établissements listés, alors les travailleurs exposés à d’autres dangers que l’amiante doivent nécessairement voir leurs demandes à ce titre rejetées. C’est en ce sens qu’a statué la cour d’appel de Metz dans ses décisions du 7 juillet dernier. Les solutions dégagées vont empêcher d’autres salariés, non exposés à l’amiante, d’accéder à la réparation d’un préjudice pourtant bien réel.

Morane Keim-Bagot note que la cour d’appel de Paris porte une charge virulente contre la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle regrette seulement que les juges d’appel mobilisent ici l’obligation de sécurité comme une obligation de résultat et qu’ils rejettent la possibilité pour l’employeur de s’exonérer par la preuve des mesures nécessaires qu’il aurait mises en œuvre pour protéger le salarié du danger auquel il était exposé. Elle s’élève contre l’affirmation du préjudice d’anxiété comme risque professionnel et suggère un retour à une simple présomption d’exposition au risque, comme fait le Conseil d’État (CE, 7^e et 2^e ch. réun., 3 mars 2017, n° 401395, Recueil Lebon). Ainsi, conclut-elle, le salarié qui n’aurait pas travaillé dans un établissement listé - qu’il ait été exposé à l’amiante ou à un autre danger - ne bénéficierait pas de la présomption et devrait démontrer non seulement l’exposition fautive, mais également le préjudice qui en découle.

4-2 Questions posées par la jurisprudence de la chambre sociale relative à la réparation du préjudice d’anxiété des travailleurs exposés à l’amiante et les commentaires qu’elle a suscités

L’étude de l’évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, ainsi que des commentaires qu’elle a suscités, conduit à poser les questions suivantes, qui seront successivement examinées :

1° Doit-on reconnaître et indemniser un préjudice d’anxiété ?

2° Le préjudice d’anxiété des salariés exposés à l’amiante ne doit-il pas être réparé dans le cadre de la législation sur les risques professionnels ?

3° Sur quel fondement juridique et dans quelles conditions le préjudice d’anxiété de ces salariés peut-il être réparé ? Quelles preuves doivent-ils rapporter ?

Cette dernière question est plus spécifiquement celle à laquelle la Cour de cassation devra répondre dans le cadre du présent pourvoi.

4-2-1 Reconnaissance et indemnisation du préjudice d'anxiété

Dans un article paru à la revue Droit social en 2015, déjà cité, Laurent Gamet⁴⁸ pose la question suivante : *“Qu'est-ce que le préjudice d'anxiété ?”*. Il répond :

“Prosaïquement, c'est le sentiment de vivre au quotidien avec une épée de Damoclès au-dessus de la tête, c'est l'inquiétude pour son avenir et celui de sa famille, ravivée à chaque toux rebelle, à chaque nouvel examen médical, à chaque visite à un collègue malade à l'hôpital, à chaque décès d'un ancien collègue victime d'un cancer lié à l'amiante. Si un tel sentiment est évidemment compris, doit-on pour autant admettre qu'il existe là un préjudice réparable ?”

Certains auteurs observent que la notion même de préjudice d'anxiété fait polémique et se demandent si l'on doit indemniser le préjudice subi en raison de la seule exposition à un risque, alors qu'aucune affection ne s'est encore déclarée⁴⁹.

Notons qu'en règle générale, le préjudice se déduit d'un dommage et qu'en l'espèce, celui-ci se confond avec le préjudice.

Un auteur⁵⁰ relève que l'anxiété est considérée comme certaine par le juge alors même qu'elle n'est qu'un dommage dérivé d'un autre dommage éventuel :

“Quel est le dommage dans les cas d'incertitude de survenance d'un risque ? Il n'y a pas à proprement parler de dommage, le préjudice étant constitué par la crainte...du dommage”.

Pourtant, lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît, en 2010, un préjudice spécifique d'anxiété des salariés exposés à l'amiante, la doctrine s'accorde à constater que ce n'est pas la première fois qu'est retenu un tel préjudice.

Par un arrêt du 9 juillet 1996⁵¹, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, en sa formation plénière, a déjà admis un préjudice d'anxiété à l'égard d'une personne contaminée par le virus de l'hépatite C à l'occasion d'une transfusion sanguine. Quand le moyen faisait grief à la décision attaquée d'avoir réparé un préjudice hypothétique, elle juge :

“Mais attendu qu'après avoir énoncé que, selon l'avis de l'expert, l'hépatite paraissait "paisible" pour l'instant, mais que l'évolution de cette affection pouvait être sournoise, M. A... devant se soumettre à une surveillance stricte et régulière, l'arrêt attaqué retient que l'anxiété résultant de cette mesure et la nécessité d'une surveillance médicale devaient être indemnisée par

⁴⁸ Droit social 2015 p. 55, déjà cité

⁴⁹ Morane Keim-Bagot, Droit social 2015 p. 360, déjà cité

⁵⁰ Mattéo Bartolucci, Le préjudice d'anxiété en droit public, RFDA 2018 p. 153

⁵¹ 1^{re} Civ., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-12.868, Bulletin 1996, I, n° 306

l'allocation d'une somme de 50 000 francs ; que la cour d'appel, en prononçant cette condamnation à titre d'indemnisation de la contamination par le virus de l'hépatite C, a justifié sa décision".

Le 19 décembre 2006⁵², réunie en formation plénière, elle censure la décision d'une cour d'appel ayant débouté le requérant, auquel avait été implantée une sonde auriculaire, de sa demande d'indemnisation d'un préjudice moral, *"sans répondre à ses conclusions invoquant l'existence d'un dommage lié à l'annonce de la défectuosité du type de sonde posée et à la crainte de subir d'autres atteintes graves jusqu'à l'explantation de sa propre sonde"*.

Le 2 juillet 2014⁵³, elle considérera que doit être indemnisé le préjudice moral subi par une personne exposée *in utero* au distilbène :

"Qu'en statuant ainsi, quand elle avait constaté que Mme B... avait vécu, depuis son plus jeune âge, dans une atmosphère de crainte, d'abord diffuse, car tenant à l'anxiété de sa mère, médecin, qui connaissait les risques imputés à l'exposition de sa fille in utero au Distilbène, puis par les contrôles gynécologiques majorés, exigés et pratiqués lors des événements médicaux survenus, en raison de son exposition au DES, faisant ainsi ressortir que Mme B... avait subi, fût-ce dans le passé, un préjudice moral certain et en lien avec cette exposition, qu'elle se devait de réparer, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations au regard du texte et du principe susvisé", solution réitérée le 11 janvier 2017⁵⁴.

Laurent Gamet⁵⁵ note toutefois :

"Plusieurs différences caractérisent cependant le préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante et en marquent la singularité. Différence mineure, d'abord : la présence du VIH ou de l'hépatite C est identifiable au moyen de tests médicaux, de même que l'on peut savoir si la sonde cardiaque est défectueuse. En revanche, la présence de fibres d'amiante dans les poumons est indétectable, les fibres d'amiante qui pénètrent dans les poumons pouvant en être naturellement expulsées. Comme on ne peut savoir si la personne est contaminée jusqu'à ce qu'elle déclare une maladie, parler de « préjudice de contamination » (en amont du moins de la maladie) paraît inapproprié et la Cour de cassation n'en fait d'ailleurs pas usage. Est ainsi indemnisée la crainte que l'exposition à l'amiante dégénère en maladie grave, alors qu'il est incertain que la personne soit contaminée. Différence majeure, ensuite : lorsqu'a été reconnu le préjudice de contamination en matière de VIH, l'espérance de vie de la personne contaminée était assurément de quelques années tout au plus. L'échéance fatale était inéluctable et l'on devine sans discussion l'anxiété des personnes infectées. Concernant les travailleurs exposés à l'amiante, si l'on veut bien raisonner froidement - sans nier d'aucune façon les effets nocifs de l'amiante sur la santé des travailleurs (même parfois peu exposés) -, il est constant que tous ne seront pas malades, et que ceux malades ne succomberont pas nécessairement d'une maladie grave. Ce n'est pas faire injure aux personnes concernées que de souligner que, le plus souvent, leur situation contraste avec celle des personnes atteintes du VIH (plus encore dans

⁵² 1re Civ., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-15.719

⁵³ 1re Civ., 2 juillet 2014, pourvoi n° 10-19.206

⁵⁴ 1re Civ., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-16.282

⁵⁵ Droit social 2015 p. 55, déjà cité

les années 1980 et 1990, lorsque cette contamination conduisait de façon inéluctable à une mort à brève échéance) et même avec celle des salariés ayant déclaré une maladie mortelle liée à l'amiante et qui, sur le fondement d'une faute inexcusable, sollicitent la réparation du préjudice d'anxiété résultant du « risque, à tout moment, de dégradation de l'état de santé et de menaces sur le pronostic vital »”.

Dans son étude consacrée aux préjudices d'angoisse⁵⁶, Patrice Jourdain distingue également l'angoisse consécutive à une atteinte à l'intégrité physique, catégorie dans laquelle il classe le préjudice spécifique de contamination, et l'angoisse indépendante de toute atteinte à cette intégrité, telle celle née de l'exposition aux poussières d'amiante.

Dans le premier cas, le préjudice d'angoisse ou d'anxiété est inclus dans les souffrances endurées ou le DFP (déficit fonctionnel permanent).

Ainsi, s'agissant du préjudice spécifique de contamination, la 1^{re} chambre civile a considéré, dans un arrêt rendu le 3 mai 2006⁵⁷, qu'il était réparé par l'indemnité allouée au titre des souffrances endurées (voir également 1^{re} Civ., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-00.575, Bulletin civil 2003, Bull. 2003, I, n° 95).

Elle a récemment réitéré cette jurisprudence : 1^{re} Civ., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-28.272 (publication en cours).

La 2^e chambre civile énonce que *“le préjudice spécifique de contamination par le virus de l'hépatite C comprend l'ensemble des préjudices de caractère personnel tant physiques que psychiques résultant du seul fait de la contamination virale ; qu'il inclut notamment les perturbations et craintes éprouvées, toujours latentes, concernant l'espérance de vie ainsi que la crainte des souffrances ; qu'il comprend aussi le risque de toutes les affections opportunistes consécutives à la découverte de la contamination ; qu'il comprend également les perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle ; qu'il comprend enfin les souffrances, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément provoqués par les soins et traitements subis pour combattre la contamination ou en réduire les effets ; qu'il n'inclut pas le préjudice à caractère personnel constitué par le déficit fonctionnel, lorsqu'il existe”*⁵⁸.

S'agissant des personnes exposées au diéthylstilbestrol (DES), la 2^e chambre civile a jugé⁵⁹ :

⁵⁶ La semaine Juridique Edition Générale n° 25, 22 juin 2015, doct. 739

⁵⁷ 1^{re} Civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-11.139, Bull. 2006, I, n° 215

⁵⁸ 2^e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 08-16.169, Bull. 2010, II, n° 65

⁵⁹ 2^e Civ., 11 décembre 2014, pourvoi n° 13-27.440 voir également : 2^e Civ., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-19.481

“Attendu que pour indemniser Mme C... au titre d'un préjudice d'anxiété, l'arrêt énonce qu'elle justifie cette demande en tant que préjudice lié à la connaissance de ce que son état comporte un risque d'une pathologie mettant en jeu son pronostic vital ; que l'exposition in utero au DES est facteur de risque majoré pour certaines pathologies, par exemple cancer du col, et rend nécessaire une surveillance plus étroite créatrice à chaque fois d'une angoisse justifiant l'allocation d'une indemnisation qui sera fixée à 1 000 euros ;

Qu'en statuant ainsi, sans caractériser un préjudice distinct du déficit fonctionnel permanent et des souffrances endurées par ailleurs indemnisés, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ;”.

D'autres arrêts illustrent cette jurisprudence⁶⁰.

De la même manière, le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés est, selon la jurisprudence de la 2^e chambre, inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées⁶¹, quelle que soit l'origine de ces souffrances, de sorte que le préjudice lié à la conscience de sa mort prochaine, qualifié dans l'arrêt de préjudice d'angoisse de mort imminente, ne peut être indemnisé séparément, et que la cour d'appel, qui a alloué une indemnité à ce titre, a réparé deux fois le même préjudice⁶².

Dans le cadre de la réparation des préjudices découlant d'une maladie professionnelle, est cité l'arrêt rendu le 13 mars 2014⁶³ par lequel la 2^e chambre civile rejette un pourvoi formé à l'encontre d'une décision de cour d'appel qui indemnise un préjudice subi au titre d'une seconde maladie, la première ayant été déclarée imputable à la faute inexcusable de l'employeur :

“Mais attendu que la victime d'un dommage imputable à la faute inexcusable de son employeur ou ses ayants droit en cas de décès sont recevables à exercer une nouvelle action en réparation du préjudice résultant d'une affection différente dont le caractère professionnel n'a été reconnu que postérieurement à la première instance ;

*Et attendu que l'arrêt retient que l'action en indemnisation des préjudices complémentaires subis par la victime n'a pas le même objet que celle relative à la première maladie ; qu'il convient, néanmoins, pour réparer seulement les préjudices complémentaires, de tenir compte des sommes déjà allouées ; que D... E... a connu, à compter du 14 avril 1999, une progression rapide des lésions tumorales péritonéales dont il est décédé ; qu'il a dû subir de nombreux examens médicaux particulièrement douloureux, avec des biopsies et des ponctions pulmonaires, ainsi que des traitements lourds de chimiothérapie accompagnés d'intenses douleurs ; que pour les victimes atteintes de maladies dues à l'amiante, **il existe un préjudice moral spécifique consistant dans l'anxiété permanente face au risque, à tout moment, de dégradation de l'état de santé et de menaces sur le pronostic vital ;***

⁶⁰ Voir notamment : 2e Civ., 11 décembre 2014, pourvoi n° 13-27.440

⁶¹ 2e Civ., 11 septembre 2014, pourvoi n° 13-21.506

⁶² 2e Civ., 2 février 2017, pourvoi n° 16-11.411, Bull. 2017, II, n° 30 ; 2e Civ., 29 juin 2017, pourvoi n° 16-17.228 ; 2e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-22.013

⁶³ 2e Civ., 13 mars 2014, pourvoi n° 13-13.507

Que par ces motifs, faisant ressortir que les indemnités allouées réparaient des préjudices distincts de ceux précédemment indemnisés, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

La chambre criminelle a, quant à elle, clairement reconnu le caractère réparable du préjudice d'angoisse de mort imminente, pour autant que la victime ait eu la conscience nécessaire pour le ressentir⁶⁴, solution également retenue par la 2^e chambre civile⁶⁵.

Dans l'affaire des prothèses PIP⁶⁶, le moyen faisait notamment grief à la cour d'appel d'avoir estimé que le préjudice moral trouvait sa source, pour toutes les victimes, dans le fait d'avoir été trompées sur la nature et la qualité du produit implanté et que ce préjudice était distinct du préjudice d'anxiété résultant de l'incertitude quant aux effets potentiellement nocifs des matières non homologuées. La chambre criminelle a répondu de la manière suivante : *« en évaluant, comme elle l'a fait, la réparation du préjudice moral ou du préjudice d'angoisse résultant de l'infraction, selon ce qui était demandé par chacune des parties civiles, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par le moyen, n'a fait qu'user de son pouvoir d'apprécier souverainement, dans la limite des conclusions des parties, l'indemnité propre à réparer le dommage né de l'infraction »*. Elle n'emploie donc pas le terme de préjudice d'anxiété mais celui de préjudice d'angoisse.

S'agissant de l'amiante, la chambre criminelle⁶⁷ s'est prononcée sur l'application de l'article 223-1 du code pénal sans toutefois statuer sur les intérêts civils et notamment sur un éventuel préjudice moral de la victime. Mais en reconnaissant coupable du délit de mise en danger d'autrui un employeur ayant exposé ses salariés à l'amiante, la chambre criminelle pourra être amenée à se prononcer sur la réparation du préjudice moral des salariés et notamment de leur préjudice d'anxiété.

⁶⁴ Crim., 27 septembre 2016, pourvoi n° 15-83.309, Bull. crim. 2016, n° 249

⁶⁵ 2e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-13.948, en cours de publication

⁶⁶ Crim., 11 septembre 2018, pourvoi n° 16-84.059

⁶⁷ Crim., 19 avril 2017, pourvoi n° 16-80.695, Bull. crim. 2017, n° 107 : Justifie sa décision de condamnation d'une société pour mise en danger d'autrui la cour d'appel qui retient que celle-ci, intervenant sur un chantier où le risque d'inhalation de fibres d'amiante est identifié et connu, a violé délibérément les obligations particulières relatives à la protection contre les risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante, tant à l'égard des salariés qu'à l'égard du public avoisinant, et que, alors que le risque de dommage auquel était exposé la victime doit être certain sans qu'il soit nécessaire que ce risque se soit réalisé de manière effective, en l'état des données de la science disponibles, le degré de probabilité de développer un cancer du poumon ou un cancer de la plèvre dans les 30 à 40 ans de l'inhalation de poussières d'amiante est certain, sans qu'il n'y ait ni effet de seuil, en deçà duquel il n'existerait aucun risque ni traitement curatif efficace (sommaire)

Notons que la nomenclature Dintilhac comporte un poste de préjudice nommé "Préjudices extra-patrimoniaux évolutifs (hors consolidation) : Préjudices liés à des pathologies évolutives".

Il est écrit sous cette rubrique :

Il s'agit d'un poste de préjudice relativement récent qui concerne toutes les pathologies évolutives. Il s'agit notamment de maladies incurables ou susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel.

C'est un chef de préjudice qui existe en dehors de toute consolidation des blessures, puisqu'il se présente pendant et après la maladie traumatique. Tel est le cas du préjudice lié à la contamination d'une personne par le virus de l'hépatite C, celui du V.I.H., la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou l'amiante, etc.

Il s'agit ici d'indemniser "le préjudice résultant pour une victime de la connaissance de sa contamination par un agent exogène, quelle que soit sa nature (biologique, physique ou chimique), qui comporte le risque d'apparition à plus ou moins brève échéance, d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital".

Bien évidemment, la liste de ce type de préjudice est susceptible de s'allonger dans l'avenir au regard des progrès de la médecine qui mettent de plus en plus en évidence ce type de pathologie virale ou autre jusque là inexistante ou non détectée.

Il a pu être considéré que ce poste de préjudice serait susceptible de recouvrir le préjudice d'anxiété invoqué par des salariés exposés à l'amiante, mais n'étant atteints d'aucune maladie.

Telle n'est pas l'opinion du professeur Patrice Jourdain, selon lequel le préjudice spécifique d'anxiété est "un préjudice hors atteinte à l'intégrité physique, hors consolidation et d'ailleurs hors nomenclature"⁶⁸.

La jurisprudence administrative reconnaît elle aussi, l'existence du préjudice d'anxiété⁶⁹, en matière de transmission du virus de l'hépatite C⁷⁰, pour les victimes du Médiateur⁷¹ et, enfin, par suite de l'exposition des travailleurs à l'amiante (voir ci-dessous).

Dans le cadre du contentieux de l'amiante, le Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'une faute de l'État de nature à engager sa responsabilité du fait de carences dans la

⁶⁸ La semaine Juridique Edition Générale n° 25, 22 juin 2015, doct. 739, déjà cité

⁶⁹ Mattéo Bartolucci, RFDA 2018 p. 153 Le préjudice d'anxiété en droit public, déjà cité

⁷⁰ CE, 27 mai 2015, n° 371697

⁷¹ CE, 9 novembre 2016, n° 393108, 393902, 393926 et 393904

prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante pour la période antérieure au décret n° 77-949 du 17 août 1977⁷².

Puis, il a accepté la réparation, pour un travailleur bénéficiant de l'allocation spécifique de cessation anticipée d'activité, d'un préjudice tenant à l'anxiété due au risque élevé de développer une pathologie grave, et par là-même d'une espérance de vie diminuée, à la suite d'une exposition aux poussières d'amiante, compte tenu d'éléments personnels et circonstanciés tenant à des conditions de temps, de lieu et d'activité. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé que « *la décision de reconnaissance du droit à cette allocation vaut reconnaissance pour l'intéressé d'un lien établi entre son exposition aux poussières d'amiante et la baisse de son espérance de vie, et que cette circonstance, qui suffit par elle-même à faire naître chez son bénéficiaire la conscience du risque de tomber malade, est la source d'un préjudice indemnisable au titre du préjudice moral* »⁷³.

S'agissant des travailleurs bénéficiant du dispositif d'une allocation de cessation anticipée d'activité, les cours administratives d'appel autorisent l'indemnisation du préjudice d'anxiété en raison de l'inquiétude permanente de développer une pathologie liée à l'amiante du fait de la carence fautive de l'État. Elles considèrent que « *la décision d'ouverture du droit du travailleur au bénéfice du double dispositif d'une allocation de cessation anticipée d'activité et d'une surveillance post-professionnelle vaut reconnaissance pour l'intéressé de l'existence d'un lien établi de façon statistiquement significative entre son exposition aux poussières d'amiante et la baisse de son espérance de vie ; que cette circonstance suffit ainsi, par elle-même, à faire naître chez son bénéficiaire la conscience du risque de tomber malade et par là-même de voir son espérance de vie diminuée, et à être ainsi la source d'un préjudice indemnisable en tant que tel au titre du préjudice moral, en relation directe avec la carence fautive de l'État* ». Elles ajoutent que « *pour évaluer le montant accordé en réparation de ce poste de préjudice, il appartient au juge de tenir compte, dans chaque espèce, de l'ampleur de l'exposition personnelle du travailleur aux poussières d'amiante ; que doivent ainsi notamment être prises en considération, tant les conditions d'exposition, lesquelles dépendent largement de la nature des fonctions de l'intéressé et des circonstances particulières de leur exercice, que la durée de cette exposition* »⁷⁴.

Les travailleurs exclus du dispositif de l'ACAATA peuvent obtenir la réparation de leur préjudice d'anxiété en apportant suffisamment d'éléments de nature à établir l'existence et l'étendue de leur préjudice⁷⁵. Ainsi, il a été jugé que le requérant ne rapportait pas la preuve d'un préjudice d'anxiété en lien direct et certain avec la carence fautive de l'État en raison des conditions de son exposition à l'amiante et du fait qu'il n'avait jamais

⁷² CE, 3 mars 2004, n° 241150 ; CE, 9 novembre 2015, n° 342468

⁷³ CE, 3 mars 2017, n° 401395

⁷⁴ CAA Marseille, 17 juillet 2018, n° 17/04263 ; CAA Marseille, 15 juin 2018, n° 17/03419 ; CAA Marseille 6 octobre 2017, n° 16/02652

⁷⁵ CAA Nantes, 12 janvier 2018, n° 16/02965

manifesté de signe clinique avant son décès⁷⁶, ou encore que le requérant ne rapportait pas la preuve d'une carence fautive de l'État en raison de la faiblesse de la concentration en fibres d'amiante mesurée par rapport aux seuils réglementaires⁷⁷.

Enfin, le préjudice d'anxiété est absent de la jurisprudence européenne. Il en est de même des notions voisines de préjudices d'angoisse ou d'inquiétude.

Il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 décembre 2015⁷⁸. Cette requête a toutefois été déclarée irrecevable⁷⁹.

S'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne, il existe deux directives destinées à la protection des travailleurs exposés à des substances nocives : la directive 2009/148/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail et la directive 2004/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes ou mutagènes au travail. Toutefois, aucune décision n'a été rendue sur la reconnaissance d'un préjudice d'anxiété. Seul un requérant a saisi la Cour de justice des Communautés européennes⁸⁰ d'une question portant sur le préjudice causé par une exposition à l'amiante, préjudice s'étant traduit par un stress physique et psychique, une « souffrance existentielle subie par une personne qui a attendu avec angoisse un cancer, c'est-à-dire la fin de sa vie ». Selon ce requérant, « ce préjudice peut être présumé au regard des données relatives à la pollution de l'environnement et peut certainement être qualifié de dommage biologico-existential ». Les moyens ainsi soulevés ont toutefois été déclarés irrecevables⁸¹.

Le mémoire ampliatif ne remet pas directement en cause la reconnaissance d'un préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante. Il estime toutefois que celle-ci doit rester cantonnée à des situations particulières, selon la jurisprudence fixée par la chambre sociale de la Cour de cassation.

⁷⁶ CAA Nancy, 27 décembre 2018, n° 17/00691

⁷⁷ CAA Paris, 2 mai 2018, n° 16/01287

⁷⁸ Soc., 15 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.441, Bull. 2015, V, n° 260

⁷⁹ F. Champeaux, « Au coeur du préjudice d'anxiété », SSL n° 1806

⁸⁰ requête dans l'affaire C-196/03

⁸¹ CJCE, ordonnance du 19 mars 2004, Lucaccioni, C-196/03

4-2-2 Réparation du préjudice d'anxiété du salarié exposé à l'amianté dans le cadre de la législation sur les risques professionnels

Certains auteurs⁸² ont avancé l'idée que l'angoisse de développer une pathologie grave liée au travail, en dehors de toute atteinte physique révélée, pourrait relever du dispositif des maladies professionnelles.

Xavier Aumeran⁸³ pose les questions suivantes : *“le conseil de prud'hommes est-il le juge naturel du préjudice d'anxiété ? Au contraire, l'anxiété des travailleurs doit-elle s'analyser comme une atteinte psychique relevant de la législation sur les risques professionnels ? Entre amiante et autres expositions à des agents et produits dangereux, droit du travail et droit de la sécurité sociale, le préjudice d'anxiété des travailleurs est à la croisée des chemins”*.

Selon Laurent Gamet⁸⁴ l'important est de déterminer si l'anxiété, l'inquiétude ou l'angoisse alléguée est une maladie professionnelle, dont la réparation relève du livre IV du code de la sécurité sociale, exclusif de l'application du droit de la responsabilité contractuelle.

La législation des accidents du travail et des maladies professionnelles a pour but de protéger les salariés et assimilés contre le risque d'accidents et de maladies survenus à l'occasion de l'exercice de leur emploi⁸⁵.

A l'origine, la réparation des accidents du travail était soumise au droit commun de la responsabilité. La victime de l'accident devait faire la preuve de la faute de son employeur et établir le lien de causalité entre cette faute et son dommage. La loi du 9 avril 1898 a introduit l'idée d'une responsabilité fondée sur le risque. En contrepartie d'une réparation automatique, la victime n'est indemnisée que sur une base forfaitaire. La loi du 25 octobre 1919, modifiée par celle du 1^{er} janvier 1931, a étendu la législation des accidents du travail aux victimes de maladies professionnelles, sous réserve des dispositions spéciales incluses dans ces deux lois. La loi du 30 octobre 1946, dont les dispositions ont été reprises par le Livre IV du code de la sécurité sociale, constitue, avec les décrets d'application, la base de la réglementation actuelle⁸⁶.

La législation est d'ordre public, ce qui interdit à une victime d'y renoncer et permet à l'employeur de bénéficier d'une immunité civile en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles. L'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale dispose en effet qu'aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le livre IV ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants

⁸² Dominique Asquinazi-Bailleux, La Semaine Juridique Sociale n° 12, 24 mars 2015, 1106, déjà cité

⁸³ Droit social 2017 p.935

⁸⁴ Droit social 2015 p.55, déjà cité

⁸⁵ Jurisclasseur Protection sociale Traité Fasc. 304

⁸⁶ Même source

droit, sous réserve des exceptions qu'il prévoit, notamment en cas de faute inexcusable de l'employeur.

L'enjeu d'obtenir la qualification de risque professionnel est, pour le salarié, de bénéficier de la présomption d'imputabilité qui opère renversement de la charge de la preuve et facilite la preuve du risque professionnel.

En matière de maladies professionnelles, la présomption d'imputabilité est réservée aux maladies inscrites dans le tableau des maladies professionnelles, à la condition que l'intéressé établisse qu'il a contracté cette maladie dans les conditions mentionnées au tableau (articles L. 461-1 et L. 461-2 du code de la sécurité sociale). Pour bénéficier de la présomption d'imputabilité édictée par ces textes, l'assuré doit apporter la preuve, d'une part qu'il est atteint de l'une des maladies inscrites aux tableaux des maladies professionnelles, d'autre part qu'il a été exposé de façon habituelle, au cours de son activité professionnelle, à l'action d'agents nocifs.

Selon l'article L. 461-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, si une ou plusieurs conditions tenant au délai de prise en charge, à la durée d'exposition ou à la liste limitative des travaux ne sont pas remplies, la maladie telle qu'elle est désignée dans un tableau de maladies professionnelles peut être reconnue d'origine professionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime.

Le quatrième alinéa du même article prévoit que peut être également reconnue d'origine professionnelle une maladie caractérisée non désignée dans un tableau de maladies professionnelles lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L. 434-2 et au moins égal à un pourcentage déterminé, fixé par l'article R. 461-8 à 25%.

Il est précisé que dans les cas mentionnés aux deux alinéas précédents, la caisse primaire reconnaît l'origine professionnelle de la maladie après avis motivé d'un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles, qui s'impose à la caisse dans les mêmes conditions que celles fixées à l'article L. 315-1.

Depuis la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, il est prévu que les pathologies psychiques peuvent être reconnues comme maladies d'origine professionnelle, dans les conditions prévues aux septième et avant-dernier alinéas de l'article L. 461-1.

Même si les prestations servies par l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles sont plus importantes que celles attribuées au titre de l'assurance maladie, la victime ne peut prétendre à une réparation intégrale, la législation ayant conservé le caractère forfaitaire de l'indemnisation qui apparaît dans le mode de calcul des indemnités journalières et de la rente. Il est fait abstraction de la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales, des préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que du préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle. Ce n'est qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction que la victime ou ses ayants droit peuvent prétendre à une majoration de rente et à une indemnisation complémentaire. Si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de ses préposés, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de

demander réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du livre IV.⁸⁷

Par une décision du 18 juin 2010 sur question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale qui limite les préjudices réparables en cas de faute inexcusable « porte une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs de demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV » (Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC).

La 2^e chambre civile de la Cour de cassation a retenu que les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 juin 2010, ne font pas obstacle à ce qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur, et indépendamment de la majoration de rente servie à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, celle-ci puisse demander à l'employeur, devant la juridiction de sécurité sociale, la réparation non seulement des chefs de préjudice énumérés par le texte susvisé, mais aussi de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n°10-19.475 Bull. n°148 et - 4 avril 2012 Bull. n° 67 arrêt n° 1, pourvois n° 11-14.311 et 11-14.594, et arrêt n° 2, pourvoi n° 11-15.393 ; - 12 mars 2015, pourvoi n° 13-11.994).

Elle a précisé que le caractère forfaitaire de la rente n'était pas remis en cause par la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010, laquelle n'a pas consacré le principe de la réparation intégrale du préjudice causé par l'accident dû à la faute inexcusable de l'employeur mais interprète désormais comme non limitative la liste des préjudices figurant à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale (2^e Civ., 4 avril 2012 pourvoi n° 11-10.308 Bull. n° 68).

Elle en a déduit que ne sont pas au nombre des dommages couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale et peuvent être indemnisés sur le fondement de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale :

- les frais d'aménagement du logement et d'adaptation d'un véhicule (Not. 2^e Civ., 30 juin 2011 Bull. n° 148, précité)
- le déficit fonctionnel temporaire (2^e Civ., 4 avril 2012 Bull. n° 67 arrêt n° 1, précité) incluant pour la période antérieure à la consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique (2^e Civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-21.548, Bull. n° 127)
- les besoins d'assistance par une tierce-personne temporaire (2^e Civ., 20 juin 2013 Bull. n° 127 précité)
- le préjudice sexuel (2^e Civ., 4 avril 2012 Bull. n° 67 arrêt n°1, précité)
- les souffrances physiques et morales non indemnisées au titre du déficit fonctionnel permanent (2^e Civ., 28 février 2013, pourvoi n° 11-21.015 Bull. n° 48).

⁸⁷ Jurisclasseur Protection sociale Traité Fasc. 304, déjà cité et Synthèse Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles

Elle a, en revanche, estimé que sont au nombre des préjudices expressément couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale :

- les frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques et accessoires, les frais de transport et d'une façon générale, les frais nécessités par le traitement, la réadaptation fonctionnelle, la rééducation professionnelle et le reclassement de la victime (2^e Civ., 4 avril 2012 Bull. n° 67 et 19 septembre 2013 pourvoi n° 12-18.074 Bull. n°170)
- la perte de revenus subie pendant l'incapacité temporaire dès lors que la victime avait perçu des indemnités journalières et que ce préjudice était donc, fût-ce de manière incomplète couvert par le livre IV (2^e Civ., 20 septembre 2012 pourvoi n° 11-20798)
- les pertes de gains professionnels, l'incidence professionnelle de l'incapacité ou le retentissement professionnel de l'incapacité et le déficit fonctionnel permanent dès lors que la rente servie en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale les indemnise (2^e Civ., 4 avril 2012 Bull. n° 67 arrêt n° 1, et arrêt n° 2, précité et 28 février 2013 Bull. n° 48)
- le besoin d'assistance par une tierce personne après consolidation, indemnisé dans les conditions prévues à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale (2^e Civ., 20 juin 2013 Bull. n° 127 précité).

Dans l'article de doctrine déjà cité⁸⁸ consacré au préjudice d'anxiété, Laurent Gamet, après avoir énuméré divers indices corroborant l'idée que l'anxiété invoquée par les "travailleurs de l'amiante" pourrait être une maladie, observe :

"Devrait donc être posé un diagnostic individuel précis pour chacun des demandeurs ; classiquement, le juge devrait faire appel à un expert et cette expertise devrait être le préalable à la détermination du régime de réparation et de la juridiction compétente. Le débat a pourtant été esquivé, comme l'ont souhaité les avocats des salariés, l'un d'eux décrétant que « l'anxiété ne doit pas être médicalisée ». Si ce souci d'écarter la législation sur les maladies professionnelles interpelle de prime abord, les enjeux sont vite compris. D'une part, la tâche des plaideurs aurait été bien plus ardue s'il avait fallu, pour chaque demandeur, alors qu'ils agissent le plus souvent par dizaines et même parfois par centaines, diligenter des dizaines ou des centaines d'expertises, et ensuite réunir les preuves exigées par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles. D'autre part, le salarié, dans le cadre de ce régime spécifique de responsabilité, ne pourrait obtenir réparation du préjudice d'anxiété qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur, mais il lui faudrait alors prouver la faute de l'employeur, ce qu'il n'a pas à faire devant le juge prud'homal s'il a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante".

L'auteur critique les décisions de la chambre sociale déduisant de ce que les salariés n'avaient pas déclaré souffrir d'une maladie professionnelle causée par l'amiante le fait que leurs demandes indemnitaires fondées sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat relevaient de la juridiction prud'homale⁸⁹, et surtout énonçant que "la déclaration de la maladie et le contentieux auquel elle a donné lieu ne privent pas le salarié du droit de demander à la juridiction prud'homale la réparation des

⁸⁸ Droit social 2015 p.55

⁸⁹ Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-15.247 et suivants, déjà cité

*conséquences du trouble psychologique, compris dans le préjudice d'anxiété, subi avant la déclaration de la maladie*⁹⁰.

Alexis Bugada⁹¹ note que *"s'agissant de la compétence prud'homale, la Cour de cassation peine aussi à convaincre...Il est difficile d'admettre que le juge du contrat de travail soit à même de réparer une souffrance subjective, sans expertise médicale ni évaluation méthodologique de cette souffrance"*.

Comme Laurent Gamet, Xavier Aumeran⁹² souligne *"la difficile reconnaissance d'un dommage pshychique"* au titre de la législation relative aux risques professionnels (dès lors que l'anxiété pathologique n'est pas visée par un tableau de maladie professionnelle, il est nécessaire de recourir à la procédure de reconnaissance dérogatoire devant la CPAM, qui sollicite l'avis motivé d'un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles -CRRMP- taux d'incapacité permanente partielle d'au moins 25%, obligation pour la victime de démontrer le lien de causalité direct et essentiel entre sa pathologie et les expositions). Il estime *"qu'en dépit de ces quelques évolutions techniques (résultant de la loi du 17 août 2015), le dispositif de reconnaissance en tant que maladie professionnelle des atteintes psychiques, en particulier celles liées à l'anxiété, demeure trop long et complexe, et donc inadapté"*. Il précise : *"Faut-il rappeler que la compétence du juge prud'homal est recherchée en première intention par les travailleurs de l'amiante, mineurs et autres personnes exposées, principalement en raison des insuffisances et de la complexité de la législation relative aux risques professionnels ?"*.

Il semble considérer que le recours à la législation sur les risques professionnels permettrait une amélioration de la méthodologie jusque là employée :

"En cas de faute inexcusable de l'employeur à l'origine du dommage, lorsqu'il connaissait ou aurait dû avoir conscience des dangers liés à l'exposition sans prendre les mesures préventives nécessaires, la victime dispose également de la possibilité de solliciter l'indemnisation élargie de ses préjudices. S'agissant des atteintes physiques liées à l'exposition à l'amiante ou aux poussières de silice, la jurisprudence reconnaît sans difficulté une telle faute. Rien ne justifierait une appréciation différente selon la nature du dommage, physique ou psychique, et il devrait en être de même en cas d'anxiété pathologique développée à la suite d'une exposition à des agents cancérogènes. La reconnaissance de la faute inexcusable permettrait notamment au travailleur d'être potentiellement indemnisé des souffrances endurées, de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelles et de son préjudice d'agrément, mais aussi de tous les préjudices non indemnisés au titre du livre IV du code de la sécurité sociale. Le « dommage d'anxiété », préférable à la notion de « préjudice d'anxiété », amènerait ainsi à une indemnisation adaptée, par un recours à l'expertise, des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux en résultant. La décomposition des conséquences indemnitaires de l'atteinte psychique résultant de l'exposition fautive, en opposition avec la forfaitisation observée,

⁹⁰ Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.157, Bull. 2013, V, n° 209, déjà cité.

⁹¹ La Semaine Juridique Social n° 48, 25 novembre 2014, 1450

⁹² Droit social 2017 p.935, Le préjudice d'anxiété des travailleurs à la croisée des chemins, déjà cité

assureraient une amélioration méthodologique significative, tout en rapprochant l'indemnisation de l'anxiété d'origine professionnelle du droit commun, actuel et futur, de la responsabilité civile".

Il ajoute :

"Celui dont la pathologie psychique d'anxiété n'est pas reconnue comme une maladie professionnelle, alors même qu'elle trouve ses origines dans une exposition fautive à un risque de contracter de graves maladies, devrait donc pouvoir agir au titre du droit commun de la responsabilité civile. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, l'employeur devra alors être en mesure de justifier que toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L.4121-2 du code du travail ont été prises".

Dominique Asquinazi-Bailleux⁹³ indique que l'idée de faire reconnaître au titre des maladies professionnelles les pathologies psychiques liées au travail n'est pas nouvelle ; que désormais l'article L. 461-1, dernier alinéa, du code de la sécurité sociale admet que les pathologies psychiques puissent être reconnues comme maladies d'origine professionnelle et qu'il suffirait de réduire le taux de 25%, voire de le supprimer. Elle conclut : *"C'est une voie vers l'élargissement des pathologies liées au travail. Le chemin à parcourir reste long mais il est nécessaire"*. Dans un autre article de doctrine⁹⁴, elle prône la modernisation du système de réparation des risques professionnels, en vue d'y intégrer les troubles psychologiques. *"S'orienter vers un assouplissement de la législation reviendrait à reconnaître une "faute collective", celle des employeurs, des gouvernants mais aussi celle des acteurs de terrain"*.

Morane Keim-Bagot⁹⁵ exclut, quant à elle, tout recours à la législation des maladies professionnelles pour voir réparer le préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante, d'abord parce que l'anxiété en question ne relève pas d'une maladie, qui seule pourrait faire l'objet d'une appréhension par le droit des risques professionnels, ensuite parce que ce droit se concentre sur la réparation du dommage subi et que l'anxiété alléguée ne constitue pas le dommage, la lésion initiale qui relève de l'exposition au risque, mais que le préjudice d'anxiété est circonscrit au préjudice, c'est à dire la conséquence du dommage. Elle pose la question de savoir quels seraient les préjudices indemnifiables, si l'on admettait que l'anxiété constitue le dommage. Enfin elle estime que le passage par le droit des risques professionnels n'aurait pour effet que de retarder le règlement du litige sur le terrain de la violation par l'employeur de son obligation de sécurité, les troubles psychologiques étant absents des tableaux des maladies professionnelles.

Elle suggère en revanche un retour à une simple présomption d'exposition :

"La chambre sociale pourrait admettre qu'elle a créé non pas un régime spécial d'indemnisation mais un régime dérogatoire à la preuve en matière de responsabilité contractuelle. Si les juges souhaitent maintenir un régime dérogatoire pour les victimes de l'amiante éligible au dispositif FCAATA, ils peuvent reconnaître que l'inscription sur la liste constitue une présomption de préjudice d'exposition au risque. Cette exposition fautive, au sens du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, le rend responsable de l'anxiété. Pour autant, ils

⁹³ La Semaine Juridique Sociale n° 37, 19 septembre 2017, 1285

⁹⁴ La Semaine Juridique Sociale n° 12, 24 mars 2015, 1106, déjà cité

⁹⁵ Les Cahiers sociaux - n°307 - page 13, déjà cité

pourraient détacher la présomption d'exposition - qui objective le manquement - du préjudice et exiger du salarié qu'il démontre la réalité du préjudice subi, dans son existence et son étendue. En opérant ce détachement, ils pourraient même aller jusqu'à considérer que l'employeur ne peut pas prouver contre la présomption d'exposition lorsque le salarié a travaillé dans un établissement listé, mais qu'il peut contester l'existence du préjudice.

Le conseil d'État ne semblait pas raisonner autrement lorsqu'il était amené à connaître de la question dans sa décision du 3 mars 2017. Il précise, en effet, que "la circonstance que l'intéressé puisse être regardé comme justifiant de préjudices liés à l'exposition de l'amiante à raison de son intégration dans le dispositif d'allocation spécifique de cessation anticipée d'activité, ne dispense pas le juge d'apprécier les éléments personnels et circonstanciés pertinents avancés par le requérant pour évaluer les préjudices allégués" (CE, 7e et 2e ch. Réun., 3 mars 2017, n° 40/1395, Recueil Lebon).

En conséquence, le salarié qui n'aurait pas travaillé dans un établissement listé -qu'il ait été exposé à l'amiante ou à un autre danger- ne bénéficierait pas de la présomption et devrait démontrer non seulement l'exposition fautive, mais également le préjudice qui en découle.

La solution aurait pour mérite que les salariés exposés à d'autres risques que l'amiante ne subiraient plus les conséquences de solutions qui n'auraient jamais dû les viser".

4-2-3 Fondement juridique et conditions de la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : mobilisation de la responsabilité contractuelle de l'employeur ?

Cette question est plus spécifiquement celle posée par le présent pourvoi.

Pour indemniser le préjudice "spécifique" d'anxiété des salariés exposés à l'amiante, la chambre sociale a construit un dispositif jurisprudentiel, fondé sur l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, bien que ce texte eût un objet différend. Le droit à indemnisation est acquis, sans qu'aucune autre preuve n'ait à être rapportée par le demandeur, dès lors qu'il est établi qu'il a travaillé dans une entreprise visée par la loi de 1998 et figurant sur la liste établie par arrêté ministériel. Il existe une double présomption, irréfragable, d'exposition au risque et d'existence du préjudice. Comme le souligne la doctrine, l'indemnisation devient automatique.

Mais, dans le même temps, la chambre sociale considère qu'aucune réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante, et donc, vraisemblablement, à d'autres substances nocives, ne peut intervenir en dehors de ce dispositif. Elle écarte ainsi toute possibilité d'indemnisation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'employeur.

Par l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris a nettement pris le contre-pied de cette jurisprudence.

Elle retient, dans un premier temps, que la demande de M. X... est recevable dès lors que le régime général de la responsabilité demeure applicable aux salariés exposés à l'amiante, travaillant pour des entreprises "non listées", et que les salariés qui ont travaillé pour la société EDF et ont été exposés à l'inhalation de poussières d'amiante sont en mesure d'éprouver, eux aussi, l'inquiétude permanente de voir se déclarer à tout moment l'une des graves maladies liées à cette inhalation. Elle rappelle ensuite que l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger

la santé des travailleurs. Elle considère que M. X... établit par les pièces qu'il produit son exposition à l'amiante et que, cette exposition étant acquise, le manquement de la société EDF à son obligation de sécurité de résultat se trouve, par là-même, établi, et sa responsabilité engagée, sans qu'elle puisse être admise à s'en exonérer par la preuve des mesures qu'elle prétend avoir mises en oeuvre. La cour d'appel relève enfin que le préjudice d'anxiété subi par le requérant résulte de l'inquiétude permanente éprouvée face au risque de déclaration à tout moment de l'une des maladies mortelles liées à l'inhalation de fibres d'amiante et qu'il revêt, comme tout préjudice moral, un caractère intangible et personnel, voire subjectif, qu'il appartient au juge d'apprécier en fonction des éléments objectifs et non contestables à sa disposition. Elle évalue ce préjudice à la somme de 10 000 euros.

Dans sa première branche, le moyen fait grief à la cour d'appel de s'être affranchie de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, consciente de l'originalité du préjudice "spécifique" d'anxiété subi par les travailleurs exposés à l'inhalation de poussières d'amiante, a entendu lui fixer des bornes précises. Il soutient que dès lors que la société EDF n'était pas inscrite sur la liste des établissements visés par l'article 41 de la loi du 21 décembre 1998 et qu'aucun des salariés demandeurs n'entrait dans le champ d'application de ce texte, ce qui n'était d'ailleurs pas prétendu, il s'en déduisait nécessairement que les salariés ne pouvaient poursuivre à l'encontre de la société EDF l'indemnisation d'un quelconque préjudice moral au titre d'une exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

A titre subsidiaire, il fait valoir dans une deuxième branche, qu'à tout le moins il convient de permettre à l'employeur d'apporter la preuve qu'il a satisfait à ses obligations en prenant l'ensemble des mesures prévues aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, et ce d'autant, s'agissant de l'indemnisation du préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs exposés à l'inhalation de fibres d'amiante, que la Cour de cassation a déjà précisé que, même dans le cadre de l'article 41 de la loi du 21 décembre 1998, la constatation de ce préjudice n'excluait pas toute cause d'exonération (Soc. 27 juin 2013, pourvoi n° 12-29.347, Bull. 2013, V, n° 176), et qu'on ne pouvait considérer, même lorsque les conditions de ce texte sont réunies, qu'un salarié se trouvait dans un état d'anxiété du fait de son employeur que dans la mesure où celui-ci n'avait pas justifié d'une telle cause d'exonération (Soc. 21 février 2017, pourvoi n° 15-28.383).

Dans une troisième branche, il soutient que la réparation du préjudice spécifique d'anxiété ne peut être effectivement accordée qu'aux salariés ayant justifié d'une exposition notable à l'inhalation de fibres d'amiante, et à tout le moins d'une exposition suffisamment grave pour justifier d'un risque suffisamment élevé de développer une affection afférente à l'inhalation de poussières d'amiante pour être susceptible de justifier l'anxiété particulière et spécifique, dans laquelle ils pourraient se trouver de développer une telle affection ; qu'or la cour d'appel, en se bornant à affirmer que des salariés exposés à l'inhalation de poussières d'amiante « sont en mesure d'éprouver, eux aussi, l'inquiétude permanente de voir se déclarer à tout moment l'une des graves maladies liées à cette inhalation », n'a pas caractérisé l'effectivité et la gravité de ce risque, et par voie de conséquence, la légitimité de cette anxiété.

La quatrième branche, subsidiaire comme les deux précédentes, reproche à la cour d'appel d'avoir procédé à l'évaluation du préjudice sans autre justification que l'affirmation de son pouvoir arbitraire.

Le mémoire en défense répond qu'indépendamment du caractère dérogatoire des règles d'administration de la preuve du préjudice, la responsabilité civile de droit commun reste le fondement légal du préjudice d'anxiété actuellement reconnu par la Cour de cassation. Il ajoute qu'il ne peut être puisé dans les conditions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 un motif pour refuser aux agents de la société EDF l'indemnisation de leur préjudice d'anxiété ; que dans leur cas, la présomption d'exposition découlant de la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'applique pas et que les travailleurs doivent être autorisés à prouver leur exposition effective aux poussières d'amiante selon les règles du droit commun.

Il affirme que l'abandon de la jurisprudence susvisée de la Cour de cassation s'impose dans la mesure où le préjudice d'anxiété est identique pour les travailleurs des établissements non classés ACAATA qui ont été directement et massivement exposés à l'amiante du fait de leur emploi ; que ceux-ci se trouvent, du fait de leur employeur, au même titre que les salariés des établissements ACAATA, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de développer une maladie liée à l'amiante ; que sont ainsi injustement exclus de l'indemnisation du préjudice d'anxiété les travailleurs des établissements ayant massivement utilisé l'amiante mais dont la direction n'a pas fait la demande de classement ou encore ceux qui ne sont pas soumis au régime général de sécurité sociale – tels que les agents d'EDF ou de la SNCF – ainsi que les salariés des sous-traitants ayant pourtant travaillé sur des sites classés ACAATA.

Il fait valoir que dans le cas des centrales de la société EDF, leur inscription sur la liste de l'article 41 est juridiquement impossible parce que l'entreprise ne relève pas du régime général de sécurité sociale ; que pourtant, les quantités considérables d'amiante libérées dans ces établissements telles que décrites dans les écritures des demandeurs auraient justifié pleinement leur classement sur la liste susdite et que suivre la position de la société EDF reviendrait à créer une rupture d'égalité injustifiée génératrice d'une injustice incompréhensible au détriment des travailleurs de l'amiante n'ayant pas travaillé dans un établissement classé ACAATA qui se trouvent ou se sont trouvés malgré cela au quotidien dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de développer une maladie liée à l'amiante identique, et parfois pire, que celle des travailleurs classés ACAATA.

Il expose que les agents EDF bénéficient d'un dispositif comparable à celui instauré par la loi du 23 décembre 1998, de même que les ouvriers d'Etat de la direction des constructions navales que le Conseil d'Etat a accepté d'indemniser au titre de leur préjudice d'anxiété (CE, 3 mars 2017, req. N° 401395).

S'agissant de la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle de l'employeur, il soutient que les évolutions récentes de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, Bull. 2015, V, n° 234) n'emportent aucun changement s'agissant spécifiquement de l'amiante dès lors qu'en cette matière, il est impossible pour l'employeur de démontrer que ses salariés n'ont pas été exposés de son fait à un danger pour leur santé après qu'a été prise la mesure d'interdiction de l'amiante par décret n°96-1133 du 24 décembre 1996, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, comme c'est le cas ici de nombreux salariés : autrement dit, l'exonération de la responsabilité civile de l'employeur du fait d'une exposition des travailleurs à l'amiante, après son interdiction, ne peut intervenir au motif que des mesures de protection ont été

prises. Il n'existe en dehors de la force majeure aucune cause d'exonération ; quelles qu'aient été les conditions de mise en oeuvre des mesures prévues par le décret de 1977 au sein de l'établissement, l'employeur n'a pu satisfaire à son obligation de sécurité et l'a méconnue du seul fait d'avoir « fait travailler ses salariés dans des conditions qui ont provoqué chez (eux) l'inhalation de poussières d'amiante » (v. arrêt attaqué, p. 5, alinéa 3).

Le défendeur au pourvoi allègue, enfin, que les deux dernières branches se heurtent au pouvoir souverain des juges du fond qui ont identifié, dans l'exercice de leur appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve qui leur étaient soumis, un risque suffisamment élevé de développer une maladie liée à l'amiante, générateur d'une anxiété et qui ont fixé une somme identique pour l'ensemble des salariés, placés dans une même inquiétude.

Il appartiendra à l'assemblée plénière de la Cour de cassation, au regard de l'évolution jurisprudentielle décrite ci-dessus et des commentaires qu'elle a suscités, de décider s'il convient de s'en tenir à la position adoptée et maintenue par la chambre sociale, consistant à réserver la réparation d'un préjudice d'anxiété aux seuls salariés remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et ayant travaillé dans l'un des établissements mentionnés par ce texte.

Il y a lieu d'observer que si cette position n'était pas maintenue, la reconnaissance du préjudice d'anxiété pourrait s'étendre à d'autres travailleurs, exposés à l'amiante, que ceux employés par des établissements éligibles au dispositif de l'ACAATA, ainsi qu'aux travailleurs exposés aux poussières de silice ou de bois, aux hydrocarbures, aux rayonnements ionisants, aux produits bitumeux, au plomb ou encore à certains éthers de glycol, aux mineurs de fer ou de charbon, aux verriers ou de manière beaucoup plus large, à tous les travailleurs exposés à une anxiété particulière dans le cadre de leur emploi⁹⁶.

Dans le cas où l'assemblée plénière admettrait que l'indemnisation d'un tel préjudice pourrait être obtenue sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'employeur, au titre d'un manquement à son obligation de sécurité (de résultat), il conviendrait de définir les contours de cette responsabilité et les conditions de sa mise en oeuvre, ainsi que les preuves qui seraient alors exigées du demandeur.

Selon un auteur déjà cité⁹⁷, l'obligation de sécurité de résultat, de création prétorienne, est issue du contentieux des accidents du travail et des maladies professionnelles mais surplombe aussi le contentieux prud'homal.

Ainsi que nous l'évoquions au début de ce rapport, c'est en effet sous l'impulsion des "affaires amiante"⁹⁸ que la chambre sociale de la Cour de cassation, alors compétente

⁹⁶ A. Pando, « Le préjudice d'anxiété entre spécificité et généralité », LPA n° 95, P. 4 ; mémoire de Priscilla Fert sur le préjudice d'anxiété

⁹⁷ Alexis Bugada, La Semaine Juridique Social n° 48, 25 novembre 2014, 1450

⁹⁸ Même auteur

en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles, a modifié la notion de faute inexcusable retenue depuis 1941.

Dans une série d'arrêts importants rendus en formation plénière de chambre, le 28 février 2002⁹⁹, publiés au bulletin et au rapport, elle a jugé, s'agissant de la caractérisation de la faute inexcusable de l'employeur :

“Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver”.

Un arrêt rendu le 8 juillet 2004¹⁰⁰ par la 2^e chambre civile, entre-temps chargée du contentieux de la sécurité sociale, a néanmoins précisé qu'il incombe au salarié qui invoque la faute inexcusable de son employeur de rapporter la preuve de ce que celui-ci avait ou devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, et de ce qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Cet arrêt est notamment rendu au visa de l'article L. 230-2 du code du travail, créé par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 et inspiré de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail¹⁰¹. Ce texte met à la charge du “chef d'établissement” une obligation générale de sécurité consistant à prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé (physique et mentale depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002) des travailleurs. Il est aujourd'hui codifié sous les numéros L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008. L'alinéa 1 de l'article L. 4121-1 rappelle l'obligation générale de sécurité mise à la charge de l'employeur et les alinéas 2 à 5 énumèrent les mesures permettant

⁹⁹ Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, Bulletin civil 2002, V, n°81

¹⁰⁰ 2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-30.984, Bull., 2004, II, n° 394

¹⁰¹ Dans un arrêt du 14 juin 2007 (CJCE, 14 juin 2007, aff. C-127/05 : Rec. CJCE 2007, I, p. 04619), la CJUE a tranché le point de savoir si les dispositions de la directive du 12 juin 1989 « imposent aux employeurs une responsabilité sans faute du fait de tous les accidents survenus sur le lieu de travail ». La Cour a répondu par la négative à cette question, considérant que l'article 5, § 1 de la directive soumet certes l'employeur à l'obligation d'assurer aux travailleurs un environnement de travail sûr mais qu'il ne saurait être affirmé que doit peser sur lui une responsabilité sans faute en vertu de ce seul article. Cette disposition se borne en effet à consacrer l'obligation générale de sécurité pesant sur l'employeur sans se prononcer sur une quelconque forme de responsabilité. Plus largement, il n'est nullement démontré en quoi l'objectif de la directive, qui consiste en « la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail », ne saurait être atteint par d'autres moyens que par l'instauration d'un régime de responsabilité sans faute des employeurs. En d'autres termes, la CJUE considère que l'existence d'une responsabilité « sans faute » des employeurs n'est ni imposée par la directive, ni nécessaire pour réaliser l'objectif de prévention des risques professionnels.

de satisfaire à cette obligation, dans le respect des principes généraux édictés à l'article L. 4121-2.

Un commentateur des arrêts rendus par la chambre sociale en 2002¹⁰² a relevé qu'ils ne reprenaient pas la définition habituelle de la faute inexcusable mais procédaient à une approche différente de cette faute en relation avec l'obligation de sécurité imposée à l'employeur.

Cet auteur indiquait que selon la définition classique, énoncée dès 1941 et qui n'avait pratiquement pas varié depuis, « *la faute inexcusable s'entend d'une faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'élément intentionnel de la faute visée au paragraphe 1 de la loi du 9 avril 1898* » (Ch. ré. 15 juill. 1941, Bull. civ. n° 183). Il ajoutait que la Cour de cassation se contentait dans les arrêts commentés de reprendre l'élément de conscience du danger dans son appréciation abstraite habituelle, c'est-à-dire à travers la conscience que l'on « devait » en avoir, mais qu'en revanche, elle ajoutait une référence à l'obligation de sécurité de l'employeur, qu'elle qualifiait d'obligation de résultat, et établissait un lien entre la faute inexcusable et la violation de cette obligation. Il en déduisait que c'était le premier enseignement des arrêts que d'affirmer solennellement l'existence d'une « *obligation de sécurité de résultat* » à la charge de l'employeur, obligation contractuelle, selon la Cour de cassation, puisqu'explicitement reliée au contrat de travail.

Il constatait toutefois que si pour la chambre sociale, la faute inexcusable de l'employeur résultait de la violation consciente de l'obligation de sécurité de résultat, la référence à cette obligation apparaissait inutile dès lors qu'était maintenue l'exigence d'une conscience du danger abstraitement appréciée qui demeurait l'élément central de la définition de cette faute inexcusable. Il concluait :

“En définitive, l'arrêt est peut-être moins novateur qu'il ne paraît quant à la notion de faute inexcusable. Son intérêt réside essentiellement dans l'affirmation de principe relative à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur. Mais elle était en l'espèce inutile pour répondre aux pourvois qui contestaient la qualification de la faute inexcusable, et elle relevait davantage de l'obiter dictum.”

Comme le souligne un auteur¹⁰³, *“l'obligation de sécurité de résultat n'a pas réduit à néant la faute inexcusable, dont la reconnaissance est toujours une condition légalement nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'employeur. Elle a plutôt pour objet de faciliter la reconnaissance de cette faute en dispensant le juge de contrôler si la faute de l'employeur revêt ou non une “exceptionnelle gravité” (condition posée par la jurisprudence avant 2002). Dans ce domaine (la faute inexcusable), la responsabilité de l'employeur n'est donc pas une responsabilité sans faute. Deux conditions doivent être remplies : l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et il n'a pas pris les mesures nécessaires pour en préserver ce dernier. La preuve de la réunion de ces conditions pèse sur la victime (voir arrêt du 8 juillet 2004 susvisé). Ainsi, en dépit de son obligation “de résultat”, l'employeur n'est pas*

¹⁰² P. Jourdain, RTDC, avril-juin 2002, n° 2 p. 310-312

¹⁰³ Matthieu Babin, La Semaine Juridique Sociale n° 2, 19 janvier 2016, 1011

responsable d'un accident ou d'une maladie s'il n'est pas démontré qu'il aurait failli dans l'évaluation et la prévention du risque".

La définition de la faute inexcusable telle que décrite ci-dessus a été maintenue par la jurisprudence, même si un auteur¹⁰⁴ a pu relever que la 2^e chambre civile ne faisait plus automatiquement mention de cette obligation de sécurité dans le contentieux de la faute inexcusable pour recentrer le débat sur l'évaluation et la prévention des risques, parfois au visa des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail¹⁰⁵.

C'est en 2005 que l'obligation de sécurité de résultat atteint le contentieux prud'homal¹⁰⁶.

Par un arrêt du 29 juin 2005¹⁰⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation juge en effet :

"Mais attendu que, selon l'article 1er du décret n° 92-478 du 29 mai 1992, devenu l'article R. 3511-1 du Code de la santé publique, l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif s'applique dans tous les lieux fermés et couverts qui constituent les lieux de travail ; qu'en application de l'article 4 dudit décret, devenu les articles R. 3511-4 et R. 3511-5 du Code de la santé publique, dans les établissements mentionnés aux articles L. 231-1 et L. 231-1-1 du Code du travail, il appartient à l'employeur qui entendrait déroger à cette interdiction dans les locaux de travail autres que ceux affectés à l'ensemble des salariés, tels les bureaux à usage collectif, d'établir, après consultation du médecin du Travail, du Comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, des délégués du personnel, un plan d'organisation ou d'aménagement destiné à assurer la protection des non-fumeurs ;

*Et attendu que la cour d'appel a relevé que l'employeur, malgré les réclamations de la salariée, s'était borné à interdire aux autres salariés de fumer en sa présence et à apposer des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau à usage collectif qu'elle occupait ; qu'elle en a exactement déduit que l'employeur, **tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés** en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise, n'avait pas satisfait aux exigences imposées par les textes précités et a, en conséquence, décidé que les griefs invoqués par la salariée à l'appui de sa prise d'acte justifiaient la rupture du contrat de travail, de sorte qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;"*

Le commentateur de cet arrêt au JCP S du 13 septembre 2005¹⁰⁸ relève que si la Cour de cassation affirme ici l'existence d'une obligation de résultat à la charge de l'employeur, le fondement d'une telle obligation n'est pas d'une grande clarté dans l'arrêt : tantôt les juges font principalement référence à la violation d'une obligation légale ou réglementaire, tantôt, dans la lignée des arrêts du 28 février 2002, ils suggèrent l'existence d'un devoir de l'employeur au domaine plus étendu.

¹⁰⁴ Luc de Montvalon, Semaine Sociale Lamy, N° 1799, 22 janvier 2018

¹⁰⁵ 2^e Civ., 9 novembre 2017, pourvoi n° 16-22.538, diffusé

¹⁰⁶ Alexis Bugada, déjà cité

¹⁰⁷ Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412, Bull. 2005, V, n° 219

¹⁰⁸ Françoise Favennec-Héry, La Semaine Juridique Social n° 12, 13 Septembre 2005, 1154

Il pose la question de savoir si la Cour de cassation consacre ici l'existence d'une obligation contractuelle, inhérente au contrat de travail, indépendante des obligations légales et réglementaires, faisant écho à la jurisprudence rendue par la chambre sociale le 28 février 2002 :

“L'arrêt de la chambre sociale du 29 juin 2005 confirmerait ainsi le caractère général de l'obligation contractuelle de sécurité dans des hypothèses autres que celles visées en 2002. Il en admettrait l'existence indépendamment de la seule obligation pour l'employeur de respecter les textes réglementaires. Obligation de résultat, cette obligation contractuelle compléterait et dépasserait l'obligation légale de sécurité posée par l'article L.230-2 du Code du travail, qui n'est elle-même que la reprise des règles et des principes de prévention édictés par la directive communautaire du 12 juin 1989.”

Il cite les conséquences d'une telle évolution sur la prise d'acte (lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission) et sur la faute inexcusable.

Puis, **par un arrêt du 28 février 2006**¹⁰⁹, la chambre sociale énonce :

“Vu l'article L. 230-2, I, du code du travail interprété à la lumière de la directive CEE n° 89/391 du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail ; ensemble les articles L. 122-32-2 et R. 241-51 du code du travail ;

*Attendu que 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** ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier lors de la reprise du travail, ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures ; qu'à défaut l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de ce dernier, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat”.*

Comme le relève un auteur¹¹⁰, il est ainsi permis à un salarié, même en l'absence d'accident du travail ou de maladie professionnelle, de rechercher la responsabilité de son employeur au titre de l'obligation de sécurité de résultat, et plus précisément de l'absence d'effectivité de la protection de sa santé.

Le même auteur observe que cette jurisprudence a connu un succès certain dans le domaine du harcèlement sexuel et des violences au travail. A de nombreuses reprises,

¹⁰⁹ Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, Bull. 2006, V, n° 87, publié au rapport annuel ; voir aussi Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, Bull. 2007, V, n° 216

¹¹⁰ Matthieu Babin La Semaine Juridique Sociale n° 2, 19 janvier 2016, 1011, déjà cité

notamment par un arrêt du 21 juin 2006¹¹¹, la Cour de cassation a admis qu'en cas de harcèlement moral ou de violences physiques ou morales subies par un salarié dans le cadre de son travail, l'employeur manque à son obligation de sécurité, quand bien même il n'aurait commis aucune faute, ou aurait agi pour faire cesser ces agissements¹¹². Il pose la question de l'existence, dans ces conditions, de l'existence d'une responsabilité "sans faute".

Par un arrêt du 5 mars 2008¹¹³, la chambre sociale juge :

*"Mais attendu que l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, d'une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs ; **qu'il lui est interdit, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés**".*

Dans un arrêt du 4 avril 2012¹¹⁴, elle considère, au visa de l'article L. 4121-1 du code du travail, ensemble l'article 1148 du code civil, que statue par des motifs impropres à établir **le caractère irrésistible et imprévisible** de l'événement ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel qui, pour débouter une salariée agressée sur son lieu de travail, de ses demandes de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de son employeur et de condamnation à des dommages-intérêts, retient que constitue le fait d'agression, imprévisible et irrésistible, commis par son conjoint, tiers à la relation de travail.

Le 5 mars 2014¹¹⁵, la chambre sociale casse un arrêt de cour d'appel qui avait débouté un couple de salariés de leur demande de dommages -intérêts pour exposition à des substances dangereuses, au motif qu'ils ne démontraient pas, alors que l'exploitation de la station-service avait cessé en 1985, avoir contracté une maladie ou subi un préjudice physique résultant de leur exposition à des agents nocifs :

*"Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de l'absence de maladie professionnelle ou de troubles de santé du travailleur, **alors qu'elle avait constaté que les intéressés avaient été exposés à l'inhalation de vapeurs toxiques sans surveillance médicale, ni protection, ce dont il résultait que la société Total raffinage marketing avait commis un manquement à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice au travailleur, la cour d'appel a violé les textes susvisés**".*

¹¹¹ Soc., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-43.914, Bull. 2006, V, n° 223

¹¹² Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-40.144, Bull. 2010, V, n° 30

¹¹³ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, Bull. 2008, V, n° 46

¹¹⁴ Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.570, Bull. 2012, V, n° 116

¹¹⁵ Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-27.050

Mais **le 25 novembre 2015**¹¹⁶, dans un litige opposant un salarié de la société Air France à son employeur, la chambre sociale, dans sa formation plénière, retient :

“Mais attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail ;

Et attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis et procédant aux recherches qui lui étaient demandées, la cour d'appel a constaté, d'une part que l'employeur, ayant pris en compte les événements violents auxquels le salarié avait été exposé, avait, au retour de New-York le 11 septembre 2001, fait accueillir celui-ci, comme tout l'équipage, par l'ensemble du personnel médical mobilisé pour assurer une présence jour et nuit et orienter éventuellement les intéressés vers des consultations psychiatriques, d'autre part que le salarié, déclaré apte lors de quatre visites médicales intervenues entre le 27 juin 2002 et le 18 novembre 2005, avait exercé sans difficulté ses fonctions jusqu'au mois d'avril 2006 ; qu'ayant relevé que les éléments médicaux produits, datés de 2008, étaient dépourvus de lien avec ces événements dont il avait été témoin, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, propres et adoptés, dont elle a pu déduire l'absence de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, légalement justifié sa décision”.

Selon le commentaire au Rapport annuel de la Cour de cassation de cette décision, la nature de l'obligation de sécurité reste toutefois inchangée, il s'agit toujours d'une obligation de sécurité de résultat, le résultat attendu de l'employeur étant « *la mise en œuvre de tous les moyens de prévention des risques professionnels, tant sur le plan collectif qu'individuel, de sorte que son comportement est placé au centre du débat*¹¹⁷ ».

Le commentateur de cet arrêt dans la revue Dalloz¹¹⁸ note :

“Cet arrêt de la chambre sociale, à la valeur normative la plus élevée en raison de sa publication au Rapport annuel de la Cour de cassation, apporte un assouplissement remarquable au régime juridique de l'obligation de sécurité de l'employeur. Revenant, en effet, sur sa jurisprudence constante selon laquelle la démonstration de l'absence de toute faute de l'employeur est sans portée sur sa responsabilité pour manquement à son obligation de sécurité à l'égard du salarié, peu important qu'il ait pris des mesures propres à faire cesser la cause des troubles, seule la force majeure étant susceptible de l'exonérer, la chambre sociale admet donc désormais la possibilité pour celui-ci de prouver qu'il a rempli son obligation, en mettant en œuvre les mesures nécessaires, visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail.

Ces articles du code du travail fondent, depuis un arrêt de principe de la chambre sociale du 28 février 2006, l'obligation générale de sécurité de l'employeur. Et ce fondement légal, substituant le fondement contractuel tiré de l'article 1147 du code civil, permet notamment à la haute Cour,

¹¹⁶ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, Bull. 2015, V, n° 234, publié au rapport annuel de la Cour de cassation

¹¹⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 2015, p. 165

¹¹⁸ E. Wurtz, Dalloz 2016, chronique p. 147

d'affirmer la dimension préventive de cette obligation pesant sur l'employeur, dimension directement inspirée de la directive n° 89/391/CEE du Conseil des Communautés européennes du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs.

La décision ci-dessus modifie-t-elle pour autant la nature de cette obligation de sécurité que la jurisprudence établie de la chambre sociale, et confirmée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, qualifie d'obligation de résultat ?

L'hésitation est permise puisque la Cour de cassation approuve en l'espèce la cour d'appel qui a déduit de l'ensemble de ses constatations, l'absence de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Il faut en déduire que le résultat attendu ou exigible n'est plus l'absence de toute atteinte à la santé physique et mentale du travailleur, mais la mise en oeuvre par l'employeur des mesures propres à assurer la sécurité et protéger la santé de celui-ci, mesures fixées par certaines dispositions réglementaires spécifiques mais également énoncées par le législateur dans l'article L. 4121-1 du code du travail : actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail, d'information, de formation, mise en place d'une organisation de travail et de moyens adaptés. En outre, injonction est faite à l'employeur de mettre en oeuvre l'ensemble de ces mesures sur le fondement des principes généraux de prévention édictés à l'article L. 4121-2 du code du travail.

Ainsi, sans diminuer ni le niveau d'exigence, ni la nature de cette obligation de sécurité, la chambre sociale rapproche son régime juridique de l'interprétation que fait la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), de l'article 5 de la directive européenne du 12 juin 1989 qui, selon elle, n'exige pas un régime de responsabilité sans faute de l'employeur, lequel peut être soumis à une obligation de sécurité « raisonnablement praticable ».

Et, dès lors qu'est admise la possibilité pour ce dernier de prouver qu'il a tout mis en oeuvre pour protéger ses salariés et éviter les risques, les juges saisis de contentieux pourront faire la part entre les employeurs vertueux, prudents et diligents et ceux qui sont inactifs, voire fautifs, recouvrant ainsi la plénitude de leur office quant à l'appréciation de la pertinence des mesures prises et leur adéquation à la situation, aux connaissances acquises ou qu'aurait dû avoir l'employeur sur les risques encourus.

Cette décision a, par ailleurs, le mérite de mettre fin à un paradoxe qui consistait à soumettre l'employeur, même en dehors de toute atteinte à l'intégrité physique et mentale du salarié, à un régime de responsabilité aggravée par rapport à celui prévalant en présence d'un accident du travail dû à une faute inexcusable, dans lequel il est autorisé à démontrer son absence de faute.

Enfin, il peut être relevé que la chambre sociale, en adoptant tout récemment une solution de même nature, s'agissant d'une demande d'annulation de la mise en oeuvre d'un projet d'externalisation d'un service, dont il était allégué qu'il comportait un risque pour la santé et la sécurité des travailleurs et comme tel caractérisait un manquement de l'employeur, avait posé les prémices de cette nouvelle approche de l'obligation de sécurité, qui remet le comportement de l'employeur au centre du débat."

La jurisprudence inaugurée en 2015 a été étendue au harcèlement moral par un arrêt du 1^{er} juin 2016¹¹⁹ :

*“Attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, **notamment en matière de harcèlement moral**, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser ;*

(...)

Attendu que, pour rejeter la demande du salarié au titre du harcèlement moral, la cour d'appel a retenu que s'agissant des dispositifs de prévention du harcèlement moral que tout employeur doit mettre en oeuvre dans son entreprise, il convient de souligner que de par la nature même des faits de harcèlement moral qu'il s'agit de prévenir, un tel dispositif ne peut avoir principalement pour objet que de faciliter pour les salariés s'estimant victimes de tels faits la possibilité d'en alerter directement leur employeur ou par l'intermédiaire de représentants qualifiés du personnel, que l'employeur justifiait avoir modifié son règlement intérieur pour y insérer une procédure d'alerte en matière de harcèlement moral, avoir mis en oeuvre dès qu'il a eu connaissance du conflit personnel du salarié avec son supérieur hiérarchique immédiat une enquête interne sur la réalité des faits, une réunion de médiation avec le médecin du travail, le directeur des ressources humaines et trois membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en prenant la décision au cours de cette réunion d'organiser une mission de médiation pendant trois mois entre les deux salariés en cause confiée au directeur des ressources humaines ;

Qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que l'employeur avait pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et, notamment, avait mis en oeuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;”

Le commentaire de cet arrêt au Rapport annuel de la Cour de cassation reprend les termes d'obligation de sécurité de résultat. Il précise en effet que « *la solution adoptée le 25 novembre 2015 marquant une évolution jurisprudentielle dans l'application de l'obligation de sécurité de résultat est étendue à la situation de harcèlement moral en ce sens que l'employeur peut désormais s'exonérer de sa responsabilité en matière de harcèlement moral quand un tel harcèlement s'est produit dans l'entreprise* »¹²⁰, à condition d'une part, qu'il ait pris les mesures immédiates pour faire cesser le harcèlement moral et qu'il ait effectivement cessé et, d'autre part, qu'il ait pris les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et « *notamment qu'il ait préalablement mis en oeuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral* ».

¹¹⁹ Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Bull. 2016, V, n° 123 voir aussi Soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-20.140, diffusé

¹²⁰ Rapport annuel de la Cour de cassation 2016, p. 180

Dans un article de doctrine publié à la Semaine Sociale Lamy¹²¹, intitulé “Le crépuscule de l’obligation de sécurité de résultat”, Luc de Montvalon observe que l’obligation de sécurité de résultat, pourtant réaffirmée par les décisions de principe susvisées, est depuis inusitée par la Cour de cassation, du moins dans ses arrêts publiés. Même si elle apparaît encore sporadiquement dans des décisions inédites, dans lesquelles les juges déduisent un manquement à l’obligation de sécurité de résultat d’une politique de prévention insuffisante (Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-23.572), est invoquée dans les décisions publiées au bulletin, tout au plus, une simple obligation de sécurité¹²². L’obligation de résultat aurait ainsi disparu au profit d’une obligation de moyens.

Mais un arrêt, certes non publié, du 13 juillet 2017¹²³, énonce encore :

*“Mais attendu que l’employeur, tenu d’une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation lorsqu’un salarié est victime sur le lieu de travail d’agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l’un ou l’autre de ses salariés, **quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements** ;”*

Dans un arrêt, non publié, rendu le 6 décembre 2017¹²⁴, la chambre sociale évoque un manquement de l’employeur à son “*obligation de prévention des risques professionnels*” à l’égard des salariés de l’entreprise.

Citons enfin un arrêt, en cours de publication, du 17 octobre 2018¹²⁵ :

*“Mais attendu qu’ayant relevé que bien qu’ayant connaissance des répercussions immédiates causées sur la santé du salarié par une première altercation avec l’un de ses collègues, des divergences de vues et des caractères très différents voire incompatibles des protagonistes et donc du risque d’un nouvel incident, la société n’avait pris aucune mesure concrète pour éviter son renouvellement hormis une réunion le lendemain de l’altercation et des réunions périodiques de travail concernant l’ensemble des salariés, **qu’elle n’avait ainsi pas mis en place les mesures nécessaires permettant de prévenir ce risque, assurer la sécurité du salarié et protéger sa santé physique et mentale conformément aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail**, la cour d’appel a caractérisé un manquement de l’employeur à son obligation de sécurité et a légalement justifié sa décision ;”*

¹²¹ N° 1799 du 22 janvier 2018, déjà cité

¹²² Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, Bull. 2017, V, n° 108

¹²³ Soc., 13 juillet 2017, pourvoi n° 16-13.734

¹²⁴ Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.885

¹²⁵ Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.985

La décision de la chambre sociale de 2015, ainsi que les décisions suivantes rendues en matière d'obligation patronale de sécurité, ont donné lieu à un débat doctrinal sur la nature de cette nouvelle obligation de sécurité.

Certains auteurs voient désormais dans l'obligation de sécurité une obligation de moyens renforcée¹²⁶ « *porteuse d'une présomption simple de faute de l'employeur* »¹²⁷, ce dernier pouvant en effet s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a pris les mesures nécessaires.

Un auteur estime qu'avec l'arrêt de 2015, « la réalisation du risque, c'est-à-dire la survenance du fait dommageable, cesserait désormais d'engager automatiquement la responsabilité de l'employeur et permettrait seulement de « présumer » son manquement à l'obligation de sécurité »¹²⁸. La Cour de cassation a ainsi centré l'obligation de sécurité non plus sur la réalisation des risques mais sur leur prévention¹²⁹.

D'autres auteurs considèrent qu'il s'agit toujours d'une obligation de résultat¹³⁰ mais, selon certains, qu'elle serait atténuée¹³¹. L'employeur demeure toujours tenu d'une obligation de résultat mais le résultat à atteindre est désormais constitué par les mesures de l'article L. 4121-1 du code du travail¹³².

¹²⁶ F. Champeaux, « L'infléchissement de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité », Semaine sociale Lamy, n° 1700, 30 novembre 2015 ; J. Mouly, « L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral », JCPG n° 28, 11 juillet 2016, 822

¹²⁷ Y. Pagnerre, Chronique, JCPE n° 49, 1659

¹²⁸ J.-M. Chonnier, « Santé et travail : enjeux juridiques et pratiques », JCPS n° 22, 6 juin 2017, 1181

¹²⁹ J. Mouly, « L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral », JCPG n° 28, 11 juillet 2016, 822

¹³⁰ E. Dehermann-Roy, « Evolution jurisprudentielle de l'obligation de sécurité patronale : miroir aux alouettes ? », Semaine Sociale Lamy, n° 1765, 18 avril 2017 ; A. Dejean de La Bâtie, « Air France : la chambre sociale rend un hommage appuyé à l'obligation de prévention », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 401, 7 janvier 2016 ; D. Chenu, « Le nouveau droit prétorien du harcèlement moral au travail », JCPE n° 30-34, 28 juillet 2016, 1452

¹³¹ G. Viney, « Portée de l'obligation générale de sécurité de l'employeur », Revue des contrats, n° 2, p. 217 ; G. et L.-F. Pignarre, « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et sécurité au travail de l'employeur ? », Revue de droit du travail 2016, p. 151. ; Le Lamy Droit de la responsabilité, Partie 3 : Les régimes spéciaux – Les accidents, Etude 320 : L'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles, Section 1 : Prévention des accidents du travail et maladies professionnelles, § 1 : Les normes, A : Prévention des risques

¹³² P.-H. Antonmattei, « Obligation de sécurité de résultat : virage jurisprudentiel sur l'aile ! », Droit social 2016, p. 457

Il est également question pour certains auteurs d'une obligation de prévention de résultat¹³³. On voit ainsi émerger dans la jurisprudence¹³⁴ de la chambre sociale et dans la doctrine une nouvelle notion « d'obligation de prévention des risques professionnels »¹³⁵ découlant de l'article L. 4121-1 du code du travail ou encore d'obligation de prévention des risques¹³⁶. En définitive, l'obligation de sécurité impliquerait désormais pour l'employeur une obligation de prévention des risques professionnels¹³⁷.

L'ancien Président de la chambre sociale Jean-Yves Frouin s'est prononcé sur la nature de l'obligation de sécurité qui constitue, selon ses termes, une obligation de moyens. Il précise ainsi à propos de l'évolution de la jurisprudence sur cette notion : « *d'abord qualifiée d'obligation de résultat et qui ne l'est plus, tout simplement parce que la notion d'obligation de résultat ne semble guère correspondre à ce dont les dispositions légales des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail chargent l'employeur, à savoir prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Aussi détaillée soit-elle, cette disposition ne semble pas faire plus que prescrire des moyens à utiliser afin de maximiser les chances du salarié d'achever indemne l'exécution de sa prestation de travail, ce qui n'est ni plus ni moins qu'une obligation de moyens* »¹³⁸.

¹³³ J. Icard, Y. Pagnerre, « Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement », Recueil Dalloz 2016, p. 1681 ; M. Keim-Bagot, « Quel devenir pour l'obligation patronale de sécurité ? », Revue de droit du travail 2016, 222

¹³⁴ Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.886 ; Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.887 ; Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.888 ; Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.889 ; Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.890 ; Soc., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.891

¹³⁵ Le Lamy social, Partie 1 Ouvrage de base, Titre 1 Droit du travail, Division 14 Hygiène, sécurité et santé au travail, Chapitre 1 Obligation de sécurité et devoir de prévention, Section 1 Fondements de l'obligation, Sous-section 2 Apport de la jurisprudence, n° 3923 ; L. de Montvalon, « Le crépuscule de l'obligation de sécurité de résultat », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 449, 16 mars 2016

¹³⁶ J. Mouly, « L'assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement moral », JCPG n° 28, 11 juillet 2016, 822, déjà cité

¹³⁷ M. Véricel, « L'obligation de sécurité des salariés n'affecte pas le principe de responsabilité de l'employeur », Revue de droit du travail 2016, p. 425

¹³⁸ J.-Y. Frouin, Liaisons sociales Quotidien, L'actualité, n° 17423, 11 octobre 2017

En tout état de cause, la jurisprudence rappelle que l'employeur doit assurer l'effectivité de l'obligation de sécurité dont il est tenu¹³⁹, et la charge de la preuve de cette effectivité repose sur l'employeur qui, selon les termes de l'arrêt de 2015, doit "justifier" avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail. Ainsi dans un arrêt en date du 23 novembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle ce principe en jugeant « qu'il appartient à l'employeur de démontrer qu'il a respecté les préconisations du médecin du travail qui s'imposent à lui »¹⁴⁰.

S'agissant de l'appréciation des éléments de preuve produits, le commentaire au Rapport annuel de la décision du 25 novembre 2015 précise qu'il appartient « aux juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis, d'évaluer le comportement de l'employeur, notamment la pertinence des mesures de prévention et de sécurité prises et leur adéquation au risque connu ou qu'il aurait dû connaître »¹⁴¹. La chambre sociale de la Cour de cassation fait régulièrement application de cette règle¹⁴².

La question se pose néanmoins, en l'espèce, de savoir si l'évolution jurisprudentielle décrite ci-dessus, consistant à permettre à l'employeur de prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour préserver la santé de ses salariés, peut recevoir application dans le cadre du présent litige. Est-il possible d'affirmer que "*ni l'existence du risque au travail, ni même sa réalisation, ne sauraient en eux-mêmes caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité*" en matière d'exposition à l'amiante ? Le mémoire en défense fait valoir, à ce titre, que l'exonération de la responsabilité civile de l'employeur du fait d'une exposition des travailleurs à l'amiante après son interdiction ne peut intervenir au motif que des mesures de protection avaient été prises. Autrement dit, le fait que l'exposition ou le risque d'exposition aux poussières d'amiante existe, postérieurement au décret de 1996, établirait *ipso facto* la faute de l'employeur qui ne pourrait s'en exonérer que par la démonstration d'un cas de force majeure, conformément aux règles générales de la responsabilité civile.

La cour d'appel de Paris a relevé dans l'arrêt attaqué "*que l'exposition à l'amiante du salarié étant dès lors acquise, le manquement de la société EDF à son obligation de sécurité de résultat se trouve, par là-même établi*". Elle a précisé que la société EDF n'ignorait pas, et ne prétendait d'ailleurs pas avoir ignoré, la gravité des conséquences liées à l'inhalation de poussières d'amiante, pour la santé du salarié, se rapprochant ainsi de la définition jurisprudentielle de la faute inexcusable.

¹³⁹ Soc., 27 janvier 2016, pourvoi n° 14-14.293 ; Soc., 16 mars 2016, pourvoi n° 14-14.658

¹⁴⁰ Soc., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.887

¹⁴¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2015, p. 165

¹⁴² Soc., 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.005 ; - 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, Bull. 2017, V, n° 108 ; - 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.526

Cette motivation est-elle contestable ? La cour d'appel devait-elle admettre l'employeur à prouver, comme il le soutenait, qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour préserver ses salariés du risque d'inhalation de poussières d'amiante, dans les conditions exigées par la réglementation en vigueur au cours de la période considérée ?

C'est à cette interrogation que l'assemblée plénière devra répondre dans l'hypothèse où elle rejetterait la première branche du moyen.

Reste la question du préjudice, soulevée par les deux dernières branches du moyen.

Sur ce terrain également, la jurisprudence de la chambre sociale semble avoir récemment évolué.

Par un arrêt rendu le 13 avril 2016¹⁴³, publié au Rapport annuel, dans une affaire où un salarié avait sollicité la condamnation de son employeur au paiement de dommages-intérêts pour remise tardive de divers documents, la chambre sociale de la Cour de cassation répond au moyen qui soutenait que la non-délivrance ou la délivrance tardive des certificats de travail et bulletins de paie cause nécessairement un préjudice que le juge doit réparer, le salarié n'ayant pas à en prouver la réalité :

“Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;”

La même solution est adoptée par un arrêt du 25 mai 2016¹⁴⁴, s'agissant cette fois-ci du rejet de la demande d'indemnisation d'un préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence.

Les commentateurs de ces arrêts évoquent “la fin de la présomption de préjudice”¹⁴⁵ ou “l'abandon du préjudice nécessaire”¹⁴⁶.

Guillaume Turpin observe qu'avec cette décision, qu'il approuve, la Cour de cassation met un terme à sa jurisprudence postérieure à 2006 selon laquelle le salarié n'était pas tenu de démontrer l'existence d'un préjudice lorsque certains manquements de l'employeur étaient constatés, ceux-ci causant « nécessairement préjudice » au salarié (Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-44.748 : JurisData n° 2009-047552 ; Bull. civ. 2009,

¹⁴³ Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72

¹⁴⁴ Soc., 25 mai 2016, pourvoi n° 14-20.578, Bull. 2016, V, n° 114

¹⁴⁵ Guillaume Turpin La semaine Juridique Social n° 23, 14 juin 2016, 1213

¹⁴⁶ Grégoire Duchange La semaine Juridique Social n° 29, 26 juillet 2016, 1271

V, n° 84 ; JCP S 2009, 1287, obs. F. Dumont. – Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852 : JurisData n° 2011-008891 ; Bull. civ. 2011, V, n° 108 ; JCP S 2011, 2011, 1419, note J.-Y. Kerbourc'h. – Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-12.884 : JurisData n° 2011-012753 ; Bull. civ. 2011, V, n° 170 ; JCP S 2011, 1555, note F. Bousez). *“Le salarié ne supportait aucune charge probatoire : le seul manquement de l'employeur à son obligation emportait droit à indemnisation via l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Rompant avec cette analyse, la Cour de cassation revient à une solution juridiquement plus satisfaisante en ce qu'il appartient au salarié de démontrer l'existence du préjudice subi pour obtenir réparation de celui-ci”*.

Il s'interroge toutefois sur la portée de la décision commentée :

“La présente espèce concernait un préjudice résultant de l'absence de remise de divers documents, certificat de travail et bulletins de paie notamment. Or, s'il a été admis que ce manquement ne revêtait pas une gravité telle qu'il puisse justifier une présomption de préjudice, qu'en serait-il pour un manquement plus substantiel ? Quid, par exemple, en cas de conclusion d'une clause de non-concurrence nulle, de méconnaissance d'une règle relative à la santé du salarié, de pratique salariale illicite ? Une première réponse a été apportée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mai 2016 (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 : JurisData n° 2016- 009907 ; JCP S 2016, act. 220). Reprenant le même attendu de principe que l'arrêt du 13 avril 2016 soumis à notre commentaire (« l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond »), la Cour de cassation décide que le salarié qui n'a subi aucun préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence prévue par son contrat de travail, ne peut obtenir réparation. Avec ce nouvel arrêt, confirmation semble être apportée que la cour opère une évolution de sa jurisprudence en considérant désormais que le salarié ne peut plus se contenter de démontrer la « faute » de l'employeur afin d'obtenir réparation ; il lui faut encore caractériser l'existence et l'étendue de son préjudice.”

La Cour de cassation se réfère toutefois, dans les deux arrêts susvisés, au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Dans le cas d'espèce, la cour d'appel de Paris a relevé que *“c'est en vain, que la société EDF soutient que le préjudice d'anxiété invoqué par l'appelant ne serait pas démontré ; qu'en effet, ce préjudice, rebutant, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, de l'inquiétude permanente, éprouvée face au risque de déclaration à tout moment de l'une des maladies mortelles liées à l'inhalation de fibres d'amiante, revêt comme tout préjudice moral un caractère intangible et personnel, voire subjectif, qu'il appartient au juge d'apprécier en fonction des éléments objectifs et non contestables à sa disposition ; qu'en l'espèce, le risque et l'anxiété du demandeur se rapportant au processus vital, lui-même, la cour est en mesure d'évaluer à la somme de 10 000 euros le montant de l'indemnité réparatrice de ce préjudice”*.

La Cour de cassation aura, le cas échéant, à apprécier si l'existence d'un préjudice subi par le demandeur est ainsi suffisamment caractérisée.

Nombre de projet(s) préparé(s) : deux projets