

Le 27 mars 2009.

COLLOQUE AIX EN PROVENCE

Les arrêts du 28 février 2002 ont fait couler beaucoup d'encre, présentés comme un bouleversement du dispositif d'indemnisation des maladies professionnelles et accidents du travail.

Ce bouleversement est fondé sur une nouvelle définition de la faute inexcusable qui affirme l'existence d'une obligation de sécurité de résultat qui se trouverait dans le contrat de travail. La faute inexcusable existerait dès l'instant où la maladie serait révélée et/ou l'accident du travail advenu pour autant que la victime serait en mesure de faire preuve de la conscience du danger qui devait exister chez l'employeur et de l'absence de mise en œuvre de mesures propres à prévenir le risque.

S'agissant de l'amiante, on sait que dans plus de 90 % des cas la faute inexcusable des employeurs a été consacrée.

On peut s'interroger sur la pérennité de cette décision lorsqu'on lit l'arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes le 14 juin 2007 (affaire C-127/05 Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission des Communautés Européennes). Cet arrêt a interprété la Directive Communautaire du 12 juin 1989 (89/391 CEE) ensuite intégrée dans le Code du Travail français notamment à l'article L 230.2. La Cour estime que la Directive a mis à la charge de l'employeur une obligation non pas de résultat, mais une obligation de moyen. Et d'ailleurs ce qui est énuméré à l'article L 230.2 du Code du Travail, ce sont des moyens de parvenir à un résultat.

Quoi qu'il en soit, cette définition est aujourd'hui reprise, systématiquement, dans les arrêts statuant sur le sujet de la faute inexcusable.

Au-delà des arrêts du 28 février 2002, il faut s'attacher à ceux qui furent ensuite rendus qui ont, autant que les premiers, voire davantage, bouleversé l'économie de la faute inexcusable :

- le 11 avril 2002, pour affirmer le caractère contractuel de l'obligation de sécurité de résultat, on voit apparaître le visa de l'article 1.147 du Code Civil ;
- le 31 octobre 2002, la Cour de Cassation abandonne le principe de la causalité déterminante au profit d'une simple causalité nécessaire. Cela mettait la ou les victimes à l'abri de la faute concourante d'un tiers, en ce y compris celle de l'Etat , ce qui, s'agissant de l'amiante, n'est pas neutre ;
- le 19 décembre 2002, la Cour de Cassation pose en principe que la majoration de la rente servie par la Caisse doit être systématiquement majorée à son maximum dans l'hypothèse d'une faute inexcusable consacrée.

Préalablement, cette majoration était variable en fonction de l'appréciation portée quant à la gravité de la faute qui, pour être inexcusable, pouvait être atténuée, notamment par une faute de la victime.

La seule exception à la majoration au taux maximum est celle d'une faute inexcusable de la victime. La définition sera, pour elle, spécifique, calquée sur la définition issue de la loi dite BADINTER lorsqu'il s'agit de qualifier la faute du piéton ou du cycliste impliqué dans un accident de la circulation provoqué par un véhicule automobile.

En d'autres termes, il y a deux définitions de la faute inexcusable : l'une appliquée aux employeurs, l'autre aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. C'est une conception particulière de l'égalité de tous devant la loi.

I – ASSURABILITE

Les effets de la nouvelle définition de la faute inexcusable ne se sont pas fait attendre, s'agissant, en tous les cas, de l'amiante puisque dans plus de 90% des cas la faute inexcusable de l'employeur a été retenue. Monsieur ROMANEIX, ancien directeur du FIVA, avance même le chiffre de 98 %, ce qui est tout à fait impressionnant.

Etait-ce le but recherché ? Dans l'affirmative cela correspondrait à la volonté délibérée de voir l'indemnisation des victimes évoluer vers l'indemnisation intégrale, la notion de faute inexcusable étant un outil d'une politique judiciaire.

La question qui se pose est bien évidemment celle du pouvoir normatif de la Cour de Cassation ; de sa légitimité en présence d'un législateur qui s'abstient de toute initiative en la matière.

Ce pouvoir normatif, revendiqué par la Cour de Cassation, n'est pas sans poser problème, notamment à propos du respect du principe de sécurité juridique qui figure dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. La jurisprudence est, en effet, rétroactive. Ce n'est pas le cas de la loi.

S'agissant des maladies professionnelles, les juridictions vont appliquer dès le 28 février 2002, à des faits très anciens eu égard au temps de latence de la maladie, une définition nouvelle. Manifestement le principe de sécurité juridique est en cause car l'auteur de la faute, commise 30 ou 40 ans plus tôt, va se voir appliquer une définition actuelle dont, par hypothèse, il ignorait le contenu à la date des faits qui lui sont reprochés.

Au-delà de ce constat, il faut savoir que les assureurs ont immédiatement perçu le risque d'une « déferlante » de reconnaissances de la faute inexcusable. Les polices d'assurance ont été dénoncées systématiquement lorsqu'elles traitaient du sujet de la faute inexcusable pour être ensuite renégociées. Bien évidemment, le risque amiante sera ensuite exclu des polices nouvelles, ce qui signifie qu'aujourd'hui les employeurs ne sont pas couverts du risque.

Au moment des faits critiqués, ils se pensaient assurés, soumis à une définition existante depuis 1941 de la faute inexcusable. Au jour d'être jugés, ils ne sont plus assurés et soumis à une définition nouvelle et imprévisible de la faute inexcusable.

Davantage, on verra certaines compagnies soutenir la nullité des assurances couvrant le risque faute inexcusable souscrites avant la loi du 6 décembre 1976. On rappelle qu'avant cette loi, le risque de la faute inexcusable n'était pas assurable puisqu'il s'agissait d'une sanction, d'une sanction infligée à un employeur défaillant en matière d'hygiène et de sécurité. Le risque deviendra assurable à compter du jour où la loi du 6 décembre 1976 va prévoir l'indemnisation de certains préjudices complémentaires repris à l'article L.452.3 du Code de la Sécurité Sociale. En contrepartie de cette indemnisation acquise aux victimes, l'employeur est autorisé à l'assurer, à s'assurer du fait d'autrui : le préposé substitué dans la direction de l'entreprise.

Ce qui est surprenant, s'agissant de l'amiante, c'est que sept ans après les arrêts du 28 février 2002, rien n'ait été fait pour mettre en place un système d'assurance obligatoire, sauf à considérer que la mutualisation du risque à travers la jurisprudence relative aux inopposabilités était un moyen de répartition de la charge financière au niveau des employeurs puisqu'on sait que seul les employeurs cotisent à la branche accidents du travail / maladies professionnelles de la Sécurité Sociale et c'est cette branche qui supporte le coût financier des maladies ou accidents du travail dont la prise en charge est déclarée inopposable à l'employeur immédiatement concerné.

Mais la jurisprudence dite des inopposabilités va évoluer dans le sens de la négation des moyens susceptibles d'être opposés à une Caisse. La Cour des Comptes l'avait souhaité, qui estimait que la mutualisation du risque tenait en échec le rôle préventif de la tarification. La mutualisation va donc tendre à disparaître pour laisser chaque employeur en présence d'un risque qu'il ne pourra toujours pas assurer ; qui sera, pour certains, parfaitement insupportable compte tenu de son coût financier important. D'ailleurs beaucoup plus important qu'en droit commun.

Il n'est en effet que de comparer les sommes allouées aux victimes de l'amiante pour vérifier que celles-ci sont indemnisées sur des bases financières beaucoup plus élevées qu'une victime d'un accident de la circulation par exemple.

L'incidence économique des décisions de justice doit être aussi au centre des préoccupations du Juge.

II – LE RECOURS CONTRE L'ETAT

Lorsque le 31 octobre 2002 la Cour de Cassation, Chambre Sociale, abandonnait le critère de la causalité déterminante au profit de la causalité nécessaire, la responsabilité de l'Etat était déjà en cause. On sait qu'elle fut en effet consacrée par plusieurs arrêts du 3 mars 2004 du Conseil d'Etat (Semaine Juridique édition générale n° 25 p.1131). Ces arrêts du Conseil d'Etat rejetaient un pourvoi de l'Etat contre des arrêts de la Cour Administrative d'Appel de MARSEILLE du 18 octobre 2001 (n°02 MA 00361 – 02 MA 00408). De là à penser que la Cour de Cassation, en sa Chambre Sociale, n'a pas voulu que les employeurs puissent invoquer la responsabilité de l'Etat au titre de la causalité déterminante, il y a un pas que certains franchissent... Ce serait une explication au passage de la causalité déterminante à la causalité nécessaire (Chambre Sociale arrêts du 31 octobre 2002).

Ce qui est désagréable, en tous les cas, c'est de constater que dans le même temps, ou presque, où la faute inexcusable des employeurs était systématiquement reconnue, sur la base d'une définition dont le Président de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a pu affirmer qu'elle procédait d'un artifice (déclaration de Monsieur le Président Pierre SARGOS le 23 novembre 2005 lors d'une table ronde organisée par la Commission Parlementaire consacrée au thème de l'amiante)... l'existence de cette même faute inexcusable est utilisée par l'Etat pour contester l'action récursoire des employeurs contre la puissance publique au titre de sa responsabilité fautive. Le principe « nemo auditur » est notamment mis en avant.

On verra la Cour Administrative d'Appel de PARIS débouter un employeur de son recours le 11 juillet 2007 (Société SEE SIMEONI / ETAT n°04PA02936). Cet arrêt a été suivi par le Tribunal Administratif de CAEN dans un arrêt du 10 mars 2009 (C.M.N. / ETAT n° 0700177).

Cette décision du Tribunal Administratif de CAEN n'est pas définitive.

Et tout cela intervient bien que le Conseil d'Etat ait de nouveau consacré la faute de l'Etat dans un arrêt du 13 février 2008 (n° 292717).

C'est dire que le mécanisme mis en place, s'il permet à la victime d'agir soit contre l'employeur, soit contre l'Etat, aboutit, en réalité, à ce que seuls les employeurs soient poursuivis, dans l'immense majorité des cas, sans recours possible, ensuite, contre l'Etat responsable. On sait, en effet, que les procédures administratives sont longues et le niveau d'indemnisation inférieur à celui pratiqué par les juridictions sociales. On connaît aujourd'hui cinq recours de victimes contre l'Etat à côté des milliers d'autres exercés devant les juridictions sociales.

Il faut espérer que le Conseil d'Etat fasse évoluer la situation de déséquilibre qui est faite aux employeurs.

Il n'est pas décent qu'une telle situation perdure, sauf à considérer qu'on est en présence d'un véritable transfert de responsabilité de l'Etat vers les employeurs, et cela, une fois encore, par décision du Juge et non par celle du législateur.

III – LA CESSION D'ENTREPRISE

La situation faite aux entreprises qui, dans un passé lointain, ont simplement utilisé non pas l'amiante comme matière première, mais des produits à base d'amiante, est une entrave à leur fonctionnement. Il est très difficile de chiffrer une provision pourtant exigée par les Commissaires aux comptes, alors que la jurisprudence est extraordinairement fluctuante en la matière.

Et la cession d'entreprise est plus encore délicate compte tenu de l'incertitude générée par un risque de maladie qu'aucun critère raisonnable ne permet de maîtriser.

Il faut savoir que la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation écarte de son raisonnement les termes de l'article L 122.12 du Code du Travail pour interpréter les conventions intervenues entre cédants et cessionnaires et déterminer, selon leur contenu, qui, du cédant ou du cessionnaire, doit supporter le risque.

On entre dans le domaine de la cession d'universalité avec, pour conséquence, cession de l'intégralité du passif et de l'actif du cédant au cessionnaire, sauf exception contractuelle. C'est cette exception qui est recherchée dans la lecture et l'analyse des conventions.

Cette jurisprudence a été initiée, en matière de maladie professionnelle, par plusieurs arrêts de la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE du 9 mai 2000 (n°99/15.256.257.258.259...). Ces arrêts sont définitifs.

Cette jurisprudence de la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE a été validée par deux arrêts postérieurs de la Cour de Cassation, l'un du 13 décembre 2005 (pourvoi n° G 05-12.286), l'autre du 9 décembre 2008 (pourvoi n° T 06-14.415).

Il est donc tout à fait essentiel, lors de la négociation de la cession d'une entreprise susceptible d'avoir été impliquée dans l'amiante, de s'interroger d'une part sur l'existence du risque, et d'autre part sur le sort que les parties entendent lui réserver, pour l'avenir. Et lorsque l'on sait le temps de latence extrêmement long de ce type de maladie (vingt à quarante ans, voire davantage) on comprend combien il est difficile de prévoir l'avenir et donc de l'intégrer dans une négociation commerciale.

Cette jurisprudence est, au demeurant, conforme à ce qui a pu être jugé, dans le passé, à propos des accidents du travail d'une part, du risque de la garantie décennale dans le bâtiment d'autre part. Elle est en outre conforme à l'esprit qui préside à la tarification des entreprises en matière de risque accident du travail / maladie professionnelle. Cette tarification est basée sur le risque généré par l'activité faisant l'objet de la cession, indépendamment de toutes considérations relatives à la forme juridique à l'intérieur de laquelle cette activité s'exerce.

C'est l'entreprise qui a repris le risque qui, ensuite, en assumera les conséquences à l'égard des Caisses à travers le calcul de son taux de cotisation accident du travail / maladie professionnelle.

Le professionnel doit en être avisé qui aura, à défaut, beaucoup de mal à expliquer à un repreneur qu'il doit supporter les conséquences de la faute inexcusable subie par un ancien salarié qui peut n'avoir même pas fait partie des personnels transférés au moment de la cession d'entreprise. Mais ce qui paraît incohérent pour le cessionnaire non avisé, l'est beaucoup moins lorsqu'on prend en considération le risque transféré, englobé dans la cession d'universalité.

Le contentieux amiante aura été, notamment, l'occasion d'une évolution fondamentale de la notion de faute inexcusable. Pas seulement. On pense au contentieux des inopposabilités, et donc aux rapports Caisses / employeurs ; aux limites du secret médical ; aux cessions d'universalité. La multiplication du contentieux, et le foisonnement des questions soumises aux juridictions sociales, aura fait évoluer en profondeur la matière.

Cette évolution, s'agissant des victimes de l'amiante, s'est accompagnée :

- d'une réouverture des droits prescrits depuis 1947 jusque 1998 ;
- d'une reconnaissance pratiquement systématique de la faute inexcusable de l'employeur ;

- d'une indemnisation sur les bases du droit commun par le FIVA essentiellement financé par les employeurs, à travers la branche AT/MP ;
- d'un départ en préretraite à compter de 50 ans pour les salariés reconnus porteurs d'une maladie professionnelle liée à l'amiante, ou ayant appartenu à un site classé, le coût en étant, une fois encore, essentiellement supporté par la branche AT/MP.

La disparité de traitement entre les victimes, que la maladie ait ou non été provoquée par l'amiante, est manifeste. Et il en est de même s'agissant des victimes d'accidents du travail.

Cela signifie l'obligation d'une intervention législative.