

L'ENTREPRISE FACE À SES NOUVEAUX FACTEURS DE RISQUES

Le domaine du droit de la responsabilité a toujours été en pleine mutation. Comme en matière réglementaire, nous assistons indéniablement à une extension significative des sources de responsabilités et du champ des réparations. Des mécanismes de compensation ont même été créés en cas d'expositions éventuelles à un risque avec la mise en place de régimes particuliers tels que celui de l'ACAATA ou l'introduction du dispositif général du compte personnel de prévention de la pénibilité.

Cela se traduit notamment par une effervescence de l'actualité législative et judiciaire en ce domaine. Cette « accélération » exige évidemment une attention aiguë en matière de prévention, car il est incontestable que les risques, qu'ils soient avérés ou même éventuels, sont de plus en plus nombreux. L'une des raisons de cette situation est la prise en considération de troubles ou de préjudices qui, il y a quelques années encore, n'étaient pas répertoriés, encadrés et/ou réparés (troubles psychosociaux, préjudice d'anxiété, conditions de travail considérées pénibles, etc...). L'autre trouve son origine dans le développement normal des activités industrielles et des technologies.

Certes, le législateur et le gouvernement semblent vouloir écouter parfois les demandes de mesures urgentes et légitimes de simplification des entreprises, comme l'illustre la récente réforme en matière d'obligation de reclassement des salariés dont l'inaptitude physique d'origine professionnelle a été constatée par la médecine du travail. Cependant, la tendance actuelle est au contraire à l'augmentation des obligations qui pèsent sur elles visant à prévenir, compenser et réparer des risques réels ou supposés susceptibles d'être engendrés par leurs activités professionnelles.

Cette explosion des sources de responsabilités porte sur les relations de l'entreprise tout autant avec ses salariés qu'avec les tiers.

Par ailleurs, continuent de surgir des questions pour savoir si de nouveaux risques sont potentiellement émergents par l'emploi de substances qui sont ou ne sont pas encore répertoriées comme dangereuses tels que les nanomatériaux.

Or, la mise en œuvre de la responsabilité que l'ensemble de ces risques peut générer est de plus en plus facilitée par les juridictions ou par la mise en place de mesures qui sont destinées à aider les actions des victimes éventuelles.

La jurisprudence récente sur les produits défectueux ou l'introduction en droit français de l'action de groupe l'illustrent parfaitement.

Ce dossier n'a pas pour ambition de traiter exhaustivement cette actualité qu'il ne pourrait pas à lui seul contenir, mais de retenir les exemples les plus saillants et récents de cette évolution.

10 Responsabilité du fait des produits défectueux : quelles évolutions 30 ans après la directive 85/374/CEE ?

Benoît Charot,
Avocat, Associé Gérant, Reed Smith
Laura Ferry,
Avocat Counsel, Reed Smith
Delphine Lapillonne,
Avocat, Reed Smith

17 Regard critique sur la nouvelle action de groupe issue de la loi de modernisation de notre système de santé

Marie Albertini,
Avocat, Associée, Reed Smith
Hélène Clet,
Avocat, Reed Smith

24 Exposition professionnelle et environnementale : les nouveaux risques émergents

Benoît Charot,
Avocat Associé Gérant, Reed Smith
Delphine Lapillonne,
Avocat, Reed Smith

31 La réparation du préjudice d'anxiété : des limites en cours de définition et des applications qui se multiplient comme dans le cas récent du Médiateur

Benoît Charot,
Avocat, Associé Gérant, Reed Smith
Olivier Rivoal,
Avocat, Docteur en Droit, Reed Smith

37 La gestion des risques psychosociaux

Laura Ferry,
Avocat, Counsel, Reed Smith

44 Le Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité (C3P) : un nouveau dispositif contraignant pour les entreprises ?

Fernando Lima Teixeira,
Avocat, Reed Smith

49 Reclassement des salariés inaptes : la loi Rebsamen n'a pas tout révolutionné

Fernando Lima Teixeira,
Avocat, Reed Smith

Responsabilité du fait des produits défectueux : quelles évolutions 30 ans après la directive 85/374/CEE ?

Benoît Charot,
Avocat, Associé Gérant,
Reed Smith

Laura Ferry,
Avocat Counsel,
Reed Smith

Delphine Lapillonne,
Avocat,
Reed Smith

1) Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

2) Article 1386-1 du Code civil

3) CJUE, 13 janvier 1993, C-293/91

4) CJUE, 25 avril 2002, C-52/00

5) CJUE, 14 mars 2006, C-177/04

Soucieux de protéger l'utilisateur d'un produit pouvant s'avérer défectueux, le Conseil de l'Union Européenne a, par la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 (1), révolutionné le droit de la responsabilité en posant le principe d'une responsabilité sans faute des producteurs européens très encadrée, qu'un rapport contractuel ou non existe entre le producteur et l'utilisateur (2).

Réticente à permettre l'harmonisation recherchée par l'Union Européenne en la matière, celle-ci étant notamment motivée par le principe de libre circulation des marchandises au sein du marché européen, la France a mis plus de 10 ans à transposer la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 par la loi n°98-389 du 19 mai 1998. Il aura fallu attendre non seulement la condamnation de la France par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 13 janvier 1993 (3), mais aussi et surtout un avis du 28 novembre 1995 de la Commission Européenne constatant la non-exécution de l'arrêt précité et la menace d'une astreinte particulièrement importante puisqu'elle aurait pu atteindre quatre millions de francs par jour de retard, pour que l'Etat s'aligne enfin sur ses homologues européens.

Une telle transposition n'aura pas été sans heurts puisqu'à diverses reprises, la France s'est fait condamner au motif que certaines dispositions nationales n'étaient pas en conformité avec celles de la directive européenne.

Ainsi, la France fut condamnée par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 25 avril 2002 pour avoir élargi le domaine de la directive européenne (4). La loi du 19 mai 1998 prévoyait en effet une responsabilité au même plan du producteur, vendeur, loueur ou de tout autre fournisseur professionnel. Or, la directive ne prévoyait la responsabilité des fournisseurs qu'à titre subsidiaire puisque ceux-ci peuvent échapper à une mise en cause s'ils indiquent à la victime l'identité du producteur du produit litigieux dans un délai raisonnable. L'Etat Français fut également condamné le 14 mars 2006 (5) pour avoir omis de prévoir cette faculté dont dispose le fournisseur.

La France fut enfin condamnée le 25 avril 2002 pour ne pas avoir intégré à sa loi de transposition le mécanisme de franchise de 500 euros imposé par la directive au sujet de la réparation de dommages causés aux biens.

Près de trente ans après la publication de la directive européenne relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, on constate que la jurisprudence apporte encore de nouveaux éclairages sur l'application des diverses dispositions.

Ces quelques dernières années ont, en effet, mis en lumière et apporté des précisions sur de nombreux points, renforçant de façon quasi automatique la protection de la victime d'un produit défectueux et fragilisant par là même la position des producteurs ou assimilés.

Une telle évolution est dans la droite ligne du deuxième Considérant de la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 qui dispose clairement que le but recherché est l'« *attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne* » ainsi que des quatrième, cinquième et huitième Considérants qui mettent en avant l'objectif principal de cette législation – outre l'harmonisation du droit applicable dans les Etats membres – à savoir la « *protection du consommateur* ».

Les récentes évolutions en la matière s'illustrent dans toutes les facettes de cette responsabilité. Ainsi, l'utilisateur se retrouve favorisé tant dans le régime de responsabilité (I), que dans l'exonération dont pourrait bénéficier le producteur ou assimilé (II) et l'indemnisation du préjudice subi (III).

Le juge a choisi en effet, comme cela sera démontré tout au long de cet article, d'élargir le domaine d'application de cette responsabilité sans faute, tout en facilitant l'action de la partie demanderesse qui bénéficie de diverses présomptions.

I. Un régime de responsabilité qui s'étend en faveur du demandeur

Une simple lecture des articles 1386-1 et suivants du Code civil permet de constater que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux se veut d'application large. Nul doute, en effet, que l'Union Européenne a souhaité donner à ce régime harmonisé à travers les Etats membres un domaine particulièrement étendu.



Le premier article du Titre V bis du Livre III du Code civil l'illustre d'ailleurs puisqu'il dispose clairement que ce régime de responsabilité ne se limite pas à la sphère contractuelle mais qu'il régit également les rapports entre l'utilisateur d'un produit et son producteur, « *qu'il[s] soi[en]t ou non lié[s] par un contrat* ». Ce régime transcende également la distinction habituelle entre consommateur et professionnel, puisque même cette dernière catégorie peut assigner un producteur au visa des articles 1386-1 et suivants du Code civil. Il est à noter, enfin, qu'il permet l'indemnisation des victimes par ricochet (6).

La définition de produit retient également l'attention puisqu'elle englobe « *tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit* ». Une interprétation implicite de l'article 1386-12 fait également apparaître qu'« *un élément du corps humain* » doit être considéré comme un produit – alors pourtant que les produits du corps humain sont réputés ne pas être commercialisables (7) – permettant ainsi au régime de responsabilité du fait des produits d'avoir également vocation à s'appliquer dans des contentieux de santé publique. Ce régime a également vocation à jouer dans ce domaine en matière de produits de santé, comme l'illustre l'affaire très médiatique du Mediator ayant donné lieu à un jugement du 22 octobre 2015 par lequel le Tribunal de grande instance de Nanterre a condamné les laboratoires Servier au visa des articles 1386-1 et suivants du Code civil (8).

La jurisprudence récente s'inscrit dans cette tendance puisqu'elle vient étendre le domaine d'application du régime de responsabilité du fait des produits défectueux sur deux points : le défaut qu'il convient de démontrer (A) et les professionnels pouvant être assignés au titre de ce régime (B). Elle vient également diminuer les exigences s'imposant au demandeur afin de démontrer l'existence d'un lien de causalité (C).

A. Une extension de la notion du défaut vers une potentialité de défectuosité

L'une des conditions particulières du régime de responsabilité du fait des produits défectueux réside naturellement dans ce que l'on doit entendre par « défectueux ». L'article 1386-4 du Code civil dispose sur ce point qu'« *un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation* ».

La jurisprudence récente s'est montrée particulièrement favorable à l'utilisateur du produit. La Cour de cassation par un arrêt du 4 février 2015 a notamment pris une position très tranchée sur la question au sujet de l'explosion d'une bouteille de gaz (9).

Dans cette affaire, le demandeur habitait provisoirement chez son père et avait remplacé la bouteille de gaz butane servant à l'alimentation d'une gazinière avec une bouteille de gaz propane. La Cour de cassation, se rangeant à l'avis de la Cour d'appel

de Limoges, a retenu la responsabilité du producteur de la bouteille au motif que « *le gaz propane est un gaz inflammable et dangereux, à capacité hautement explosive, dont la moindre dispersion peut provoquer une déflagration ou une explosion, contrairement au gaz butane, et que les détenteurs des gaz butane et propane sont similaires et peuvent être fixés indifféremment sur toute bouteille de gaz, de sorte qu'en l'absence de connectique spécifique qui rendrait impossible l'alimentation par une bouteille de gaz propane d'une installation fonctionnant au gaz butane, un utilisateur tel que M. X... pouvait ne pas se rendre compte de l'erreur commise, quant au gaz fourni, lors de l'échange d'une bouteille vide contre une pleine, ce dont il résulte que la sécurité d'un utilisateur autre que l'acheteur de l'installation, qui n'a pas nécessairement eu accès à la notice d'information du contrat de consignation, n'était pas informé du risque présenté par l'utilisation de gaz propane pour l'alimentation d'un appareil au gaz butane* ».

Le raisonnement de la Cour de cassation peut étonner puisque celle-ci n'hésite pas à sanctionner un producteur en raison d'un produit pourtant parfaitement fabriqué. La Haute juridiction ne s'est, en effet, pas intéressée au caractère non vicié du produit mais à divers éléments de contexte, faisant ainsi une pleine application de l'article 1386-4 du Code civil précité. Elle s'est ainsi attachée à la présentation du produit qui portait à confusion, puisqu'elle a considéré qu'il n'était pas chose aisée de différencier des bouteilles de butane et de propane, et aux connaissances – ou plutôt au défaut de connaissances – de l'utilisateur, afin de conclure que la bouteille de propane, produit dangereux en raison des conséquences pouvant découler d'un usage inapproprié, était défectueuse.

Un producteur ne peut donc se prévaloir du fait que son produit ne présenterait aucun défaut de fabrication pour s'exonérer de sa responsabilité s'il peut être démontré que sa présentation et sa dangerosité mettraient l'utilisateur dans une position d'insécurité. Comme l'énonce le Professeur Leveneur, « *un produit parfaitement fabriqué, qui ne présente en lui-même aucun vice peut être défectueux au sens de la responsabilité du fait des produits défectueux, car cette responsabilité repose en réalité sur une simple sécurité insuffisante* » (10).

De cet arrêt, il peut être cependant déduit qu'un producteur peut donc commercialiser un produit dangereux sans qu'il puisse nécessairement être qualifié de défectueux dès lors qu'il prend les mesures nécessaires afin d'assurer l'information et la sécurité de l'utilisateur, quel qu'il soit.

Plus récemment, un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (11) est également venu fragiliser la position du producteur ou assimilé. Celle-ci avait été saisie de questions préjudicielles par le Bundesgerichtshof allemand, dont la suivante : « *l'article 6, paragraphe 1, de la directive 85/374 (12) doit-il être interprété en ce sens qu'un produit qui est un produit médical posé dans le corps humain (en l'espèce, un stimulateur cardiaque [et un défibrillateur automatique implantable]) est déjà défectueux lorsque des [stimulateurs cardiaques]*

6) Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, n°96-20.421

7) Article 16-1 du Code civil

8) TGI Nanterre, 22 octobre 2015, n°13/06176

9) Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 2015, n°13-19.781

10) Où une bouteille de gaz parfaitement fabriquée est un produit défectueux !, Laurent Leveneur, *Contrat Concurrence Consommation* n°5, Mai 2015, comm. 109

11) CJUE, 5 mars 2015, C-503/13

12) « *Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment: a) de la présentation du produit; b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu; c) du moment de la mise en circulation du produit* ».

13) Article 1386-7 du Code civil

14) Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-13548.

15) CA Paris, 23 septembre 2011, n°09/15454

appartenant au même groupe de produits présentent un risque de défaillance sensiblement supérieur [ou lorsqu'un mauvais fonctionnement est apparu pour un nombre significatif de défibrillateurs de la même série] mais qu'il n'est pas constaté de défaut de l'appareil posé dans le cas d'espèce ? ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne a choisi d'adopter une approche stricte envers le producteur ou assimilé.

Elle a, en effet, considéré qu'un défaut potentiel pouvait, à lui seul, caractériser la défectuosité d'un produit au sens de l'article 1386-4 du Code civil.

La Cour a également posé le principe d'une présomption de défectuosité d'un produit dès lors qu'un défaut a été constaté sur un produit identique relevant du même groupe ou de la même série. Ainsi, le défaut potentiel d'un produit d'une série permet de caractériser le caractère défectueux de tout produit de cette même série.

La Cour a justifié cette décision par le fait qu'il s'agissait, dans cette affaire, de dispositifs médicaux et que les patients les utilisant étaient dans une « *situation de particulière vulnérabilité* » et que « *les exigences de sécurité relatives à [ces dispositifs] et auxquels de tels patients peuvent légitimement s'attendre [étaient] particulièrement élevées* ».

On peut donc penser que la portée de cet arrêt devrait être limitée à des hypothèses précises, dans lesquelles la nature du produit et les conditions de son utilisation requerraient une attention particulière.

Cette limitation semble d'ailleurs être bienvenue – si ce n'est nécessaire – puisque le raisonnement de la Cour de Justice de l'Union Européenne contrevient aux règles fondamentales de droit commun, selon lesquelles il appartient normalement au demandeur de démontrer les éléments de la responsabilité qu'il invoque dans son cas précis.

Les conséquences d'une telle décision, si elle venait à être reprise dans d'autres circonstances pourraient s'avérer particulièrement importantes et concerner de nombreux fabricants puisque un grand nombre de produits est fabriqué en série. On ne pourra donc qu'être attentif à l'application qui sera faite par les juridictions de cette jurisprudence et la portée qu'elles souhaiteront lui donner.

B. Une extension de la palette de défendeurs

La lettre même des dispositions relatives au régime de responsabilité du fait des produits défectueux permet la mise en cause de défendeurs dont la profession ne se limite pas à celle de producteur. En effet, l'article 1386-6 du Code civil, qui pose la définition de producteur (« *lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante* »), élargit également l'application de ce régime de responsabilité aux producteurs assimilés, soit « *toute personne agissant à titre professionnel [...] qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif [,] qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution* ».

La loi va même plus loin puisqu'elle prévoit également la responsabilité, à titre subsidiaire, du vendeur, loueur (à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur) ou de tout autre fournisseur professionnel dès lors que le producteur ne peut être identifié, sauf à ce qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle le demandeur l'a approché (13).

On rappellera, à cet égard, que la France s'est vue condamnée parce qu'elle avait adopté, par sa loi de transposition, un régime beaucoup plus favorable à la partie demanderesse ayant omis, à l'origine, de prévoir le caractère subsidiaire de la responsabilité des professionnels visés à l'article 1386-7 du Code civil, mettant ainsi celle-ci sur le même plan que la responsabilité du producteur ou assimilé.

La jurisprudence française sur la question s'inscrit dans cette lignée puisqu'elle s'est récemment prononcée sur la possibilité pour un importateur parallèle, qui commercialise dans un cadre intra-communautaire un produit hors du réseau de distribution mis en place par le producteur, de pouvoir voir sa responsabilité engagée au titre de la responsabilité du fait des produits (14).

Le 4 juin 2014, la Cour de cassation a en effet été saisie d'une affaire dans laquelle la défenderesse avait vendu à d'autres sociétés un produit sous sa propre marque pour lequel elle disposait d'une autorisation de mise sur le marché simplifiée lui permettant de procéder à une telle importation parallèle. Interrogée au visa de l'article 1386-6 du Code civil, qui assimile à un producteur toute personne agissant à titre professionnel et important un produit dans l'Union Européenne aux fins de distribution, la Haute juridiction a considéré qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre l'importateur venant d'un pays tiers ou d'un Etat Membre et que dès lors qu'un importateur avait apposé sur le produit son nom, sa marque ou tout autre signe distinctif, il était assimilable à un producteur. Ainsi, la Cour de cassation retient ici une **application large du régime de responsabilité du fait des produits** en se prononçant sur le cas particulier qu'est celui de l'importateur parallèle commercialisant un produit pour lequel il dispose d'une autorisation de mise sur le marché simplifiée.

C. Une extension de la preuve de la causalité vers une présomption de causalité

Selon l'article 1386-9 du Code civil, la victime doit rapporter la preuve du lien de causalité entre le défaut et le dommage, c'est-à-dire que la victime doit non seulement prouver que le dommage a été causé par le fait du produit, mais également que ledit dommage a été causé par un défaut de ce produit.

Cette preuve peut toutefois s'avérer difficile à établir puisqu'il ne suffit pas de démontrer l'éventualité d'un lien de causalité, mais son existence (15), c'est-à-dire qu'il faut établir que sans le défaut, le dommage n'aurait pas eu lieu.

Toutefois, face à ces difficultés, les juges ont recours au faisceau d'indices rendant la causalité fortement probable, suivant en cela les termes de l'article 1353 du Code civil qui dispose que le juge peut se



fonder sur des « *présomptions graves, précises et concordantes* ». Il en ressort qu'au final le juge doit le plus souvent procéder à un véritable jugement de valeur : il s'agit, pour la victime, d'emporter la conviction du magistrat par tous les moyens de faits propres à établir cette preuve.

Les difficultés sont plus souvent rencontrées par les victimes de dommages causés par des médicaments, ou des vaccins et dont l'imputabilité du dommage à un tel produit n'est pas scientifiquement établie.

La Cour de cassation a été amenée à préciser les conditions nécessaires pour retenir un lien de causalité en cas de doute scientifique.

Dans un premier temps, et notamment dans les affaires relatives aux vaccins contre l'hépatite B, la Cour de cassation a jugé que la reconnaissance du lien de causalité était subordonnée à l'existence d'un risque scientifiquement établi (16), ce qui n'était en l'espèce pas le cas.

Puis, dans l'affaire de l'Isoméride, la Cour a assoupli sa position en décidant que le rapport causal pouvait être retenu si des éléments scientifiques rendaient vraisemblable le lien entre le médicament et la maladie et que la survenance de cette maladie n'était liée à aucune autre cause (17).

Enfin, dans un troisième temps, la Cour a encore allégé le fardeau de la preuve de la victime puisqu'elle a décidé que **la preuve du lien de causalité entre l'utilisation du produit et le dommage pouvait être rapportée par des présomptions « graves, précises et concordantes »**. Elle l'a d'abord jugé s'agissant de médicaments (notamment l'Isoméride et l'hormone de croissance) (18), puis pour des vaccins (19).

La Cour a notamment jugé que le lien entre une vaccination et la sclérose en plaques était rapporté « *au regard de l'état antérieur de Mme X..., de son histoire familiale, de son origine ethnique, du temps écoulé entre les injections et le déclenchement de la maladie, et du nombre anormalement important des injections pratiquées, il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'établir le lien entre les vaccinations litigieuses et le déclenchement de la sclérose en plaques dont elle était atteinte* » (20).

De façon non exhaustive, peuvent ainsi être considérés comme des facteurs laissant présumer le lien de causalité, par exemple le délai très court entre l'apparition de la maladie et l'injection du vaccin ou la prise du produit ou encore l'absence d'antécédent chez la victime, le large consensus scientifique, le retrait de l'autorisation de mise sur le marché, le fait que la grande majorité des individus ayant ingéré le produit a déclaré la maladie ou encore l'absence d'autre cause probable...

L'appréciation de ces présomptions de faits est laissée aux juridictions du fond, ce qui conduit à des appréciations au cas par cas et donc à des différences selon les juridictions (21). L'incertitude scientifique n'est donc plus un frein à la reconnaissance et à l'admission de la causalité juridique.

Cependant, s'agissant du vaccin contre l'hépatite B, la Cour de cassation a fréquemment jugé que le lien entre une vaccination et la sclérose en plaques n'était pas rapporté alors que la victime « *ne présentait aucun antécédent personnel ou familial*

et (...) que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ». La Cour a par conséquent estimé qu'il ne s'agissait pas de présomptions graves, précises et concordantes (22).

Ce sont vraisemblablement les hésitations de la jurisprudence sur la responsabilité des fabricants de vaccin contre l'hépatite B qui ont conduit la Cour à saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de cette question.

En effet, dans un arrêt récent (23), elle a décidé de saisir celle-ci pour obtenir son éclairage sur la notion de preuve du lien de causalité et l'interroger sur la compatibilité de la directive du 25 juillet 1985 avec une preuve du lien de causalité par présomptions.

Il s'agissait d'un cas dans lequel un individu avait été diagnostiqué atteint de la sclérose en plaques après avoir été vacciné contre l'hépatite B à la fin des années 90. Le patient, puis ses ayants droit, ont assigné en responsabilité le fabricant du vaccin sur le fondement de la responsabilité des produits défectueux.

Le 7 mars 2014, la Cour d'appel de Paris a estimé que le bref délai d'apparition de la maladie après l'injection des vaccins ainsi que l'absence d'antécédents personnel et familial de la victime ne suffisaient pas à caractériser des « *présomptions graves, précises et concordantes* » entre la maladie présentée par la victime et sa vaccination.

Les ayants droit de la victime se sont alors pourvus en cassation. La Cour de cassation, dans cet arrêt a décidé de surseoir à statuer et a posé trois questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne s'agissant tout d'abord de la validité d'une preuve du lien de causalité par présomptions dans le cadre de la directive du 25 juillet 1985. De cette première question, la Cour de cassation en pose deux autres : en premier lieu, si la Cour de Justice de l'Union Européenne admet une telle preuve par présomptions, elle lui demande de préciser si la présomption de causalité ainsi établie serait irréfragable lorsque certains indices de causalité sont réunis ? En second lieu, si la Cour de Justice de l'Union Européenne n'admet pas une preuve du lien de causalité par présomptions, la Cour de cassation lui demande si l'on doit considérer que la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi ne peut être considérée comme rapportée que si ce lien est établi de manière scientifique ?

La réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne, qui est attendue courant de l'année 2016, sera primordiale sur le sujet de la preuve du lien de causalité et aura donc un impact important sur les décisions de justice à venir.

Enfin, dans des cas plus exceptionnels, la Cour de cassation a procédé à un **renversement de la charge de la preuve** s'agissant par exemple du Distillène (24), estimant qu'il relevait de la responsabilité des laboratoires de prouver que leur produit n'était pas à l'origine du dommage. Elle en a fait de même s'agissant des infections nosocomiales (25) alors que le patient avait séjourné dans plusieurs établissements de santé.

Le législateur est par ailleurs intervenu lui-même pour écarter dans certains cas cette exigence de lien de causalité. Ainsi, la loi du 4 mars 2002 prévoit qu'en cas de contamination par le virus de l'hépatite C à la

16) Cass. Civ 1^{ère}, 23 septembre 2003, n°01-13063

17) Cass. Civ 1^{ère}, 24 janvier 2006, n°02-16648

18) Cass. Civ 1^{ère}, 24 janvier 2006, n°03-20478 (s'agissant du lien entre l'hormone de croissance et la maladie de Creutzfeldt-Jacob) et n°02-16648 (lien entre Isoméride et hypertension artérielle pulmonaire)

19) Cass. Civ 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-20317 et n°06-10967 (vaccin contre l'hépatite B) et Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 2009, n°08-11073 ou encore Cass. Civ 3^e, 18 mai 2011, n°10-17645 (courant électromagnétique provenant de lignes à haute tension)

20) Cass. Civ 1^{ère}, 10 juillet 2013, n°12-21314

21) Cass. Civ 1^{ère}, 25 novembre 2010, n°09-16556 ; Civ 1^{ère}, 26 janvier 2012, n°10-28195 (appréciation stricte : refus de la reconnaissance d'une causalité) versus Cass. Civ 1^{ère}, 9 juillet 2009, n°08-11073 (appréciation plus souple : reconnaissance du lien)

22) Cass. Civ 1^{ère}, 24 septembre 2009, n°08-16097, Cass. Civ 1^{ère}, 25 novembre 2010, 09-16556, Cass. Civ 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-20903, Cass. Civ 1^{ère}, 10 juillet 2013, n°12-21314

23) Cass. Civ 1^{ère}, 12 novembre 2015, n°14-18118

24) Cass. Civ 1^{ère}, 24 septembre 2009, n°08-16305

25) Cass. Civ 1^{ère}, 17 juin 2010, n°09-67011

26) Article 102 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002

27) L'article 1386-11 du Code civil dispose également que « le producteur de la partie compositante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit ».

28) Responsabilité civile extracontractuelle, Ph. Brun, Litec, 2^{ème} édition, n°748

29) Article 1386-12 du Code civil

30) Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 2015, n°13-19.781

suite d'une injection de médicaments dérivés du sang, l'imputabilité de la contamination au médicament est présumée (26). Il s'agit d'une présomption simple que le défendeur peut renverser.

Cependant, ces cas restent circonscrits à des situations bien précises dans lesquelles la preuve paraît quasiment impossible à rapporter pour la victime.

II. Une exonération de responsabilité difficile à établir pour le défendeur

Véritable régime de responsabilité sans faute, la responsabilité du fait des produits défectueux précise clairement les causes d'exonération qui peuvent être invoquées. Une lecture des textes illustre pleinement le fait que ces causes d'exonération sont limitées, parfois au-delà de ce que prévoit le droit commun (A). On constate également, au vu de la jurisprudence, que celles-ci sont interprétées de manière restrictive, amenant ainsi les producteurs ou assimilés à peiner à se dégager de leur responsabilité, même en l'absence de faute (B).

A. Un nombre de causes d'exonération limité par le régime juridique

L'article 1386-11 du Code civil vient atténuer la responsabilité de plein droit du producteur ou assimilé puisqu'il permet à ce dernier de s'exonérer s'il peut prouver qu'il se conforme à l'une des cinq exceptions posées par ce texte.

Plusieurs causes semblent particulièrement évidentes puisqu'elles découlent du fait que le dommage causé par le produit n'est pas une conséquence de l'activité professionnelle du producteur. Ainsi, ce dernier ne peut être tenu pour responsable d'un produit qu'il n'aurait pas lui-même mis en circulation, qui n'était pas destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution, ou qui n'aurait pas été défectueux au moment de sa mise en circulation (27). Celles-ci s'apparentent d'ailleurs plutôt à **des causes de non-responsabilité** puisqu'elles visent des hypothèses dans lesquelles le producteur ou assimilé n'est pas à l'origine soit du défaut soit de la mise en circulation. On comprend bien, dans ces circonstances, que celui-ci ne puisse voir sa responsabilité engagée, dès lors qu'il est démontré qu'une personne ou une cause tierce a causé la mise en circulation ou le défaut.

L'article 1386-11 du Code civil prévoit deux autres causes, cette fois-ci à **caractère réellement exonératoire**. Le producteur peut ainsi se prévaloir de la conformité de son produit avec « des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire », étant cependant précisé que, selon l'article 1386-10 du même Code, le producteur ne peut se retrancher derrière le fait que son produit aurait « été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative ». Une telle condition, qui permet tout de même au producteur ou assimilé de ne pas être pénalisé du fait qu'il se serait conformé à la réglementation qui lui est applicable, est proche de l'interprétation faite par la jurisprudence en droit commun. Celle-ci pose en effet le même type de

limitation (28).

Le producteur ou assimilé peut également invoquer le fait « que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut », excepté lorsque le produit est un élément du corps humain ou un produit issu de celui-ci (29). Une telle exonération repose principalement sur des considérations économiques et favorise la recherche et le développement par le fabricant. Elle a, comme cela sera évoqué plus avant ci-dessous, fait couler beaucoup d'encre quant à la question de son adoption par le législateur français qui bénéficiait d'une option en la matière.

Hormis l'article 1386-11 du Code civil, le producteur ou assimilé peut se prévaloir de « la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable », l'article 1386-13 du même Code permettant en effet de réduire ou supprimer la responsabilité du producteur ou assimilé dans cette hypothèse.

Cependant, et comme l'énonce clairement l'article 1386-14 du même Code, « la responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage ». Ainsi, contrairement au droit commun, le producteur ou assimilé est responsable envers l'utilisateur d'un produit même en cas de faute d'un tiers, une telle règle s'expliquant par le fait que la responsabilité du fait des produits est un régime de responsabilité sans faute. La directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 précise, à ce titre, dans ses Considérants que « seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne » et que « la protection du consommateur exige que la responsabilité du producteur ne soit pas affectée par l'intervention d'autres personnes ayant contribué à causer le dommage ». Il appartient donc au producteur de subir les coûts engendrés par le risque créé par le produit qu'il a fabriqué. A charge pour le producteur de se retourner ensuite contre le tiers fautif pour se voir indemniser des sommes qu'il aura versées.

L'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2015 sur l'explosion d'une bouteille de gaz est une illustration récente du caractère non-exonératoire de la faute du tiers en matière de responsabilité du fait des produits (30). Dans cette espèce, le vendeur avait, par erreur, vendu une bouteille de propane à la place d'une bouteille de butane à l'utilisateur. Or, la Cour ne mentionne à aucun moment l'existence de la faute du tiers, reconnaissant par-là implicitement l'application de l'article 1386-14 du Code civil.

Une autre cause d'exonération qui opère en droit commun, mais sur laquelle les articles 1386-1 et suivants du Code civil sont taisants, est la force majeure. En l'absence de précision des textes sur le sujet, la doctrine tend à considérer qu'elle doit tout de même être admise en cas d'action fondée sur la responsabilité des produits défectueux. Il est, en effet, considéré que la force majeure a un effet exonératoire en droit commun parce qu'elle rompt le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage. Or, le régime de responsabilité du fait des produits reposant sur un tel lien de causalité, il serait



alors logique de permettre à la force majeure de jouer pleinement.

Si la Cour de cassation ne s'est pas, à l'heure actuelle, encore prononcée sur la question, certaines Cours d'appel ont cependant affiché une position différente de celle de la doctrine. Ainsi, les Cours d'appel de Toulouse et de Paris, en 2004 et 2008 respectivement, ont jugé que la force majeure ne figurait pas parmi les causes d'exonération énumérées de manière limitative par les articles 1386-1 et suivants du Code civil (31). **La position actuelle est donc plus qu'incertaine sur le sujet**, un producteur ou assimilé pouvant s'attendre à ce que la force majeure, dont les conditions sont d'ores et déjà difficiles à réunir lorsqu'invoquée en droit commun, ne soit pas retenue par les juridictions.

La jurisprudence actuelle illustre ainsi le caractère limitatif des causes d'exonérations retenues lorsque la responsabilité d'un producteur ou assimilé est recherchée sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux.

B. Des causes d'exonération peu efficaces en pratique

Dès lors que les causes d'exonérations en matière de responsabilité du fait des produits ont un caractère limitatif, l'on pourrait penser qu'elles ont vocation à jouer pleinement.

Pourtant, la jurisprudence en la matière tend à illustrer le fait qu'il ne serait pas si simple de se prévaloir de l'une des causes citées à l'article 1386-11 du Code civil et plus particulièrement celle afférente au risque de développement. Celle-ci n'est, en effet, que très rarement admise par les juridictions, qui hésitent à faire jouer une telle cause d'exonération étant précisé que le peu d'arrêts y faisant droit n'ont pas été rendus au visa des articles 1386-1 et suivants du Code civil mais au visa des articles 1147 ou 1382 du même Code interprétés à la lumière de la directive (32).

On se doit également de préciser que tant la Cour de Justice de l'Union Européenne que les juridictions françaises considèrent qu'une telle exception doit s'interpréter de manière objective en tenant compte de l'état des connaissances scientifiques et techniques situé au niveau mondial le plus avancé tel qu'il existait au moment où le produit en cause a été mis en circulation (33). On comprend dès lors que l'application de cette cause d'exonération soit quelque peu **difficile à mettre en œuvre**, surtout à une époque où les informations sont facilement accessibles.

La jurisprudence est cependant plus nuancée dans l'hypothèse de la faute de la victime. En effet, les juridictions se prononcent **au cas par cas** sur cette cause d'exonération et peuvent parfois se montrer très favorables envers l'utilisateur. Elles peuvent, parfois, ainsi considérer que le produit mis en cause doit offrir la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre même en cas de mauvaise utilisation de la part du demandeur.

L'arrêt du 4 février 2015 en est un exemple puisque l'utilisateur avait installé une bouteille de gaz inadaptée alors même que les bouteilles étaient

différentiables selon le gaz qu'elles contenaient (34). La Cour a cependant fait primer l'absence d'information sur le comportement de la partie demanderesse qui ne s'est pas interrogée sur le type de gaz à utiliser alors pourtant qu'il peut raisonnablement être considéré qu'un bon père de famille devrait avoir procédé aux vérifications nécessaires dans une situation dont les dangers ne lui sont pas méconnus.

Le producteur ou assimilé se doit ainsi de sécuriser son produit au maximum pour parer à toute éventuelle mauvaise utilisation de la part de l'utilisateur s'il souhaite se prémunir le plus possible d'une éventuelle condamnation.

III. Une réparation des dommages du demandeur facilitée par les juridictions

A première vue, le régime de responsabilité du fait des produits laisse apparaître que la réparation de l'utilisateur d'un produit défectueux serait plus restrictive que celle admise par le droit commun de la responsabilité.

En effet, aux termes de l'article 1386-2 du Code civil, sont réparables les dommages résultant d'une atteinte à la personne ainsi que ceux résultant d'une atteinte aux biens, autres que le produit lui-même, supérieurs à 500 euros (35).

S'agissant des **atteintes à la personne**, tout d'abord, tous les chefs de préjudice sont réparables, qu'ils soient matériels ou moraux. On peut ainsi citer notamment les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, les préjudices professionnels mais aussi le *pretium doloris*, les préjudices d'agrément, sexuel, etc. Dans les deux affaires jointes présentées à la Cour de Justice de l'Union Européenne (36) au sujet de l'affaire des stimulateurs cardiaques et des défibrillateurs automatiques présumés défectueux qui ont été remplacés chez certains patients, la juridiction européenne était saisie de la question de la qualification du coût de l'opération chirurgicale pour ces patients.

Ainsi, la question posée par la Cour fédérale allemande portait sur le point de savoir si « *les coûts de l'opération de retrait du produit et de pose d'un autre stimulateur cardiaque [ou d'un autre défibrillateur] constituent-ils un dommage causé par lésion corporelle au sens des articles 1^{er} et 9, premier alinéa, sous a), de la directive 85/374* ».

La réponse de la Cour est en l'espèce sans équivoque : « *le dommage causé par une opération chirurgicale de remplacement d'un produit défectueux, tel qu'un stimulateur cardiaque ou un défibrillateur automatique implantable, constitue un « dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles », dont le producteur est responsable lorsque cette opération est nécessaire pour éliminer le défaut du produit concerné. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si cette condition est remplie dans les affaires au principal* ».

Cette décision est importante et novatrice puisque la Cour de cassation, dans des affaires concernant des sondes cardiaques (37) avait refusé d'indemniser le préjudice patrimonial des patients qui s'étaient fait enlever ces sondes, à titre préventif, du fait,

31) CA Toulouse, 14 décembre 2004, n°03/00809, CA Paris, 21 février 2008, n°06/10876, CA Paris, 6 mars 2008, n°06/08970

32) CA Paris, 23 septembre 2004, n°02/16713, CA Versailles, 16 mars 2007, n°05/09525

33) CJUE, 29 mai 1997, C-300/95, CA Toulouse, 22 février 2000, n°99/01293

34) Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 2015, n°13-19.781

35) Article 1 du décret 2005-113 du 11 février 2005

36) CJUE, 4^e chambre, C-503/13 et C-504/13, 5 mars 2015

37) Cass. Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2006, n°05-15719

38) CJUE, 4 juin 2009, C-285/08, *Dalloz* 2009, 1731, note Borghetti : Question préjudicielle posée par la France sur la question de savoir si la directive du 25 juillet 1985 s'opposait à ce qu'une législation nationale permette à la victime d'obtenir réparation du dommage causé à un bien à usage professionnel

39) Article 9 b : « *Le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même, sous déduction d'une franchise de 500 Ecus (...)* ».

40) CJUE, 25 avril 2002, C-52/00

41) Loi du 9 décembre 2004, n°2004-1343

42) Civ 1^{ère}, 3 mai 2006, 04-10994

43) CJCE, 25 avril 2002, C-183/00

précisément de ce caractère éventuel du dommage.

Compte tenu de la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 5 mars 2015, la Cour de cassation ne pourra certainement pas maintenir sa jurisprudence sur ce point.

S'agissant des dommages consécutifs à une **atteinte aux biens** ensuite, la loi est ici moins généreuse que le droit commun. En effet, si tous les chefs de dommages semblent réparables, la loi a posé deux limitations très claires. Ainsi, pour être réparable, le dommage doit être supérieur à un montant fixé par décret, montant s'élevant à 500 euros. Autrement dit, tous les dommages aux biens peuvent être réparés sur le fondement de la responsabilité des produits défectueux, qu'ils soient à usage privé ou professionnel (38), mais si et seulement si le dommage à réparer dépasse une franchise fixée à 500 euros.

En effet, l'article 9 b de la directive du 25 juillet 1985 dispose qu'en cas de dommage à une chose, une franchise de 500 euros doit être déduite du montant de la réparation (39).

La loi de transposition française de 1998 n'avait pas repris cette franchise et a donc été sanctionnée par la Cour de Justice de l'Union Européenne le 25 avril 2002 (40).

La nouvelle version de l'article 1386-2 du Code civil, issue de la loi du 9 décembre 2004 (41) a ajouté cette nécessité. La Cour de cassation l'a d'ailleurs suivie strictement puisque elle a cassé un arrêt qui n'avait pas déduit les 500 euros du montant total de la réparation (42).

Lorsque le dommage aux biens n'atteint pas cette somme, la victime pourrait vraisemblablement poursuivre l'indemnisation de son dommage sur le fondement du droit commun.

De la même manière, le dommage subi par le produit défectueux lui-même n'ouvre pas droit à réparation pour la victime. Pour autant, la victime pourrait également se fonder sur le droit commun pour obtenir réparation de ce dommage, et notamment sur le fondement de la garantie des vices cachés ou du défaut de conformité.

L'évolution de la jurisprudence portant sur le régime de la responsabilité du fait des produits s'inscrit dans la lignée de la directive n°85/374/CEE du 25 juillet 1985 en ce qu'elle favorise l'action de l'utilisateur d'un produit dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute, faisant ainsi fi du comportement du producteur ou assimilé. L'idée de ce qu'il appartiendrait au créateur d'un risque d'en supporter les conséquences, qui sous-tend l'évolution du droit en matière de responsabilité depuis quelques années, est donc bien présente dans l'application de ce régime européen.

On peut également penser qu'une telle évolution de la part des juridictions françaises s'explique en partie par le fait que, depuis un arrêt du 25 avril 2002, la Cour de Justice de l'Union Européenne a posé le principe que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux primait sur tout autre régime national qui ne reposerait pas sur un fondement différent (43). Le régime de responsabilité du fait des produits a donc évincé le régime français de responsabilité reposant sur un défaut de sécurité du produit, alors pourtant qu'il pouvait parfois être plus favorable au demandeur, incitant par-là peut-être les juridictions à retenir une interprétation favorable à l'utilisateur du régime issu de la directive européenne n°85/374/CEE du 25 juillet 1985.

Quelle que soit la raison d'une telle évolution, les fabricants et distributeurs doivent en tout état de cause garder en tête le fait que, même dans l'hypothèse de la mise sur le marché d'un produit exempt de vice ou de la faute d'un tiers, les produits commercialisés peuvent être la source de conséquences financières importantes.

Les conséquences qui en découleront risquent d'être d'autant plus importantes que les nouveaux mécanismes d'action de groupe introduits récemment dans notre législation pourraient multiplier les demandes faites à l'encontre des producteurs ou assimilés sur le fondement du régime du fait des produits défectueux.



Regard critique sur la nouvelle action de groupe issue de la loi de modernisation de notre système de santé

Marie Albertini,
Avocat, Associée,
Reed Smith

Hélène Clet,
Avocat,
Reed Smith

Après plusieurs décennies d'hésitations, de débats et timides avancées, l'année 2014 aura définitivement marqué le droit français avec l'introduction d'une action de groupe.

Longtemps qualifiée de serpent de mer de la procédure civile française, l'introduction d'une « *class action* » à la française a en effet finalement trouvé sa voie avec la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « *Hamon* ».

Désormais, et depuis le 1^{er} octobre 2014 (1), les consommateurs peuvent adhérer à une action de groupe initiée par une association de consommateurs pour obtenir réparation des dommages matériels qu'ils ont subis à l'occasion d'un acte de consommation.

L'introduction de l'action de groupe dans notre système juridique a incontestablement constitué une innovation majeure.

Les associations de consommateurs avaient certes d'ores et déjà acquis qualité pour agir pour la défense des intérêts des consommateurs. Cependant, les différents dispositifs préexistants n'avaient pas l'ambition d'une véritable action de groupe. Ainsi, si les associations de consommateurs disposaient d'un pouvoir de représentation dans l'intérêt collectif des consommateurs, les actions exercées dans ce cadre, qu'il s'agisse de l'action civile (2), de l'action en cessation d'agissements illicites (3) ou de l'action en réparation (4), ne permettaient pas de leur faire bénéficier individuellement des sommes versées, les dommages-intérêts étant attribués à l'association ayant introduit l'action. De même, l'action en représentation conjointe (5), si elle permettait déjà à une association de consommateurs agréée représentative sur le plan national d'agir en réparation pour le compte de consommateurs nommément identifiés, reposait sur un mandat expressément donné par le consommateur. Son bénéfice était donc limité aux seuls consommateurs ayant donné mandat à l'association. Tout autre consommateur qui aurait subi le même préjudice en était *de facto* exclu.

La France est donc dotée depuis la loi « *Hamon* » et son décret d'application (6) d'une action de groupe spécialisée, insérée dans le Code de la consommation aux articles L.423-1 et suivants. Si certains ont pu regretter ce choix du Code de la consommation (7), et non du Code de procédure civile – ce qui aurait pu sembler plus naturel s'agissant d'une loi présentée

comme une loi de procédure – la logique du législateur paraît aujourd'hui, un peu plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi, évidente : d'autres actions de groupe allaient suivre, avec des régimes différents qu'il fallait donc prendre garde à bien différencier. Il ne s'agissait donc pas de doter la France d'une action de groupe, mais d'actions de groupes.

Premier domaine touché par cette volonté d'extension, celui de la santé.

A l'article 2 VI de la loi Hamon était insérée ce que certains ont appelé une « *clause de rendez-vous* » (8) aux termes de laquelle il était prévu que, dans un délai maximal de trente mois après la promulgation de la loi, un bilan devait être fait de la mise en œuvre de l'action de groupe afin d'envisager sa possible extension aux domaines de la santé et de l'environnement. Le gouvernement devait donc remettre au Parlement avant le 17 septembre 2016 un rapport envisageant les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe en examinant la possibilité d'une telle extension. Pourtant, sans attendre, dès le 15 octobre 2014, soit quinze jours après l'entrée en vigueur de la loi Hamon, le projet de loi de modernisation de notre système de santé était déposé à l'Assemblée nationale par la Ministre de la Santé Marisol Touraine, celui-là même qui posait, aux termes de son article 45, les fondements d'une action de groupe dans le domaine de la santé. Le projet de loi a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 14 avril 2015. Transmis au Sénat, le texte a été modifié le 6 octobre 2015. Aucun accord n'ayant été trouvé par la Commission mixte paritaire le 27 octobre 2015, le projet de loi a finalement été adopté en deuxième lecture par les députés le 1^{er} décembre 2015.

Adoptée définitivement le 17 décembre 2015, la loi de modernisation de notre système de santé insère un chapitre III (9) au titre IV du livre I^{er} de la première partie du Code de la santé publique dédié à l'action de groupe spécifique au domaine de la santé. Elle entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2016.

L'exposé des motifs du projet de loi présente clairement la motivation dans laquelle s'inscrit l'instauration d'une action de groupe dans le domaine de la santé. En effet, plusieurs scandales sanitaires générant des dommages sériels et trouvant leur source dans des produits de santé ont été amplement médiatisés. On peut évidemment citer ceux du Médiateur et des prothèses mammaires PIP. Souvent

1) Décret n°2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation

2) Articles L.421-1 à L.421-5 du Code de la consommation

3) Article L.421-6 du Code de la consommation

4) Article L.421-7 du Code de la consommation

5) Articles L.422-1 à L.422-3 du Code de la consommation introduits par la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs

6) Décret n°2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation

7) S. Amrani-Mekki, Action de groupe, mode d'emploi, *Procédures* n°12, décembre 2014, étude 16

8) K. Haeri et B. Javaux, L'action de groupe « santé » soulève de nombreuses difficultés, *Dalloz* 2015 p.584

9) Articles L.1143-1 et suivants du Code de la santé publique

10) Articles L.1143-2 et suivants du Code de la santé publique

11) Article L.1143-1 du Code de la santé publique

12) Article L.1143-2 alinéa 1 du Code de la santé publique

13) Article L.1143-2 alinéa 2 du Code de la santé publique

14) Article L.1143-2 alinéa 3 du Code de la santé publique

15) Article L.1143-1 du Code de la santé publique

16) Article L.1143-3 du Code de la santé publique

17) Article L.1143-3 alinéa 2 du Code de la santé publique

18) Article L.1143-4 du Code de la santé publique. Dans le texte voté à l'Assemblée nationale en première lecture, le délai pouvait aller de six mois à cinq ans à compter de l'achèvement des mesures de publicité, tandis que le texte adopté par le Sénat prévoyait un délai de six mois à trois ans maximum. Ce délai a fait l'objet de nombreux débats devant les deux chambres puisque s'il fallait permettre aux dommages de se déclarer – certaines conséquences des accidents liés aux soins pouvant mettre un temps certain avant de se manifester –, et donc aux victimes de rejoindre le groupe, il fallait également ménager le risque pesant sur les professionnels.

19) Article L.1143-4 du Code de la santé publique

considérées comme isolées et démunies face aux moyens techniques et financiers des laboratoires, l'objectif de l'action de groupe santé est d'apporter aux victimes un soutien matériel et moral pour mener des procédures judiciaires complexes et longues.

Sous réserve d'adaptations qu'impose la réparation de dommages corporels, ce nouvel outil procédural mis à la disposition des usagers du système de santé s'inspire très largement du modèle constitué par l'action de groupe en matière de consommation.

L'analyse du dispositif mis en place révèle cependant un outil procédural inadapté à la réparation de dommages corporels (I). On peut également regretter non seulement que l'objectif de célérité et de juste indemnisation des victimes ne soit pas atteint (II) mais aussi que le nouveau dispositif constitue une source d'insécurité juridique pour les professionnels (III).

I. Un outil procédural inadapté à la réparation de dommages corporels

Compte tenu notamment de la spécificité tenant à la nature corporelle des dommages indemnisables, les travaux parlementaires ont démontré un effort notable d'adaptation de l'action de groupe au domaine de la santé. Cette tentative semble toutefois vouée à l'échec et c'est en réalité la philosophie même de l'action de groupe qui s'avère inappropriée à la réparation de dommages de santé.

A. Une procédure structurellement longue

L'action de groupe en matière de santé s'articule en deux phases (10).

1. Première phase : un jugement unique sur la recevabilité, la responsabilité, la définition du groupe et les mesures de publicité

Dans une première phase, et de façon assez semblable à l'action de groupe en matière de consommation, seule une association agréée peut introduire l'action en réparation des préjudices subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique du fait des manquements d'un producteur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services de santé (11). L'association pourra ainsi rechercher la responsabilité du producteur d'un produit de santé défectueux, comme les laboratoires pharmaceutiques ou les fabricants de dispositifs médicaux, mais également celle du professionnel de santé ayant commis une faute dans l'utilisation d'un produit de santé.

Le juge se prononce alors sur la recevabilité de l'action, la responsabilité du professionnel et les critères de rattachement au groupe (12). Le juge détermine également « les dommages corporels susceptibles d'être réparés » (13). Cependant, contrairement à l'action de groupe en matière de consommation, le juge ne se prononce pas sur la réparation des préjudices.

S'il en était besoin, la loi précise que le juge qui a été saisi de la demande peut également ordonner des

mesures d'instruction, et notamment demander qu'il soit procédé à une expertise médicale (14). Le recours à l'expertise médicale et scientifique sera sans doute systématique pour déterminer dans un premier temps l'existence d'un « manquement » (15) dont la preuve doit être rapportée pour engager la responsabilité du professionnel, et celle du lien de causalité entre ce manquement et les dommages allégués. Or, il semble évident que cette mesure d'expertise à la fois longue et technique ralentira de façon assez conséquente la procédure.

Si la responsabilité est retenue, le juge fixera également les mesures de publicité adaptées pour informer de sa décision les personnes susceptibles d'avoir subi un dommage du fait du manquement constaté (16). Ces mesures de publicité sont mises à la charge du professionnel jugé responsable.

Les mesures de publicité seront mises en œuvre par le défendeur à ses frais selon les modalités imposées par le juge. L'absence d'indication sur les modalités de cette publicité n'exclut donc le recours à aucun média. Toutefois, elles ne pourront être mises en œuvre qu'une fois que le jugement retenant la responsabilité ne pourra plus faire l'objet de recours ordinaires ni, de façon dérogatoire au droit commun, de pourvoi en cassation (17). Au regard de l'enjeu potentiel des contentieux qui seront soumis à une action de groupe, il pourra donc se passer de très nombreuses années avant que les parties aient épuisé l'exercice des recours ordinaires et en cassation et que les mesures de publicité, dont l'achèvement marque le commencement du délai pendant lequel les usagers peuvent adhérer au groupe, soient mises en œuvre.

2. Seconde phase : la mise en œuvre du jugement et la réparation individuelle des préjudices

C'est certainement dans la seconde phase que la loi de modernisation de notre système de santé diffère le plus sensiblement de l'action de groupe issue de la loi Hamon. En effet, une fois les mesures de publicité achevées, suivant le système de l'*opt-in*, les usagers devront, s'ils le souhaitent, adhérer au groupe dans le délai fixé par le juge. Dans sa décision, le juge fixe en effet le délai dont disposent les usagers du système de santé remplissant les critères de rattachement pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leurs préjudices. Ce délai commence à courir à compter de l'achèvement des mesures de publicité ordonnées et doit être compris entre six mois et cinq ans (18).

La demande de réparation se fera soit par l'utilisateur qui saisira directement le professionnel jugé responsable de sa demande d'indemnisation, soit par l'association qui a engagé l'action lors de la première phase qui reçoit alors mandat aux fins d'indemnisation (19). La première option vise à permettre le respect du secret médical que pourraient revendiquer certaines victimes ne souhaitant pas révéler à un tiers des données couvertes par ce secret. L'utilisateur pourra le cas échéant avoir recours à un avocat.

Contrairement à l'action de groupe consommation, l'adhésion au groupe ne vaut donc pas mandat à fin d'indemnisation, la victime pouvant choisir de donner ou non mandat à l'association requérante. Dans cette seconde hypothèse, avec l'autorisation du juge, l'association pourra se faire assister de toute personne



appartenant à une profession juridique réglementée (20). On pense naturellement à l'avocat (21).

Le professionnel jugé responsable a un rôle actif à jouer dans cette phase puisqu'il pourra soit indemniser les préjudices subis par les usagers, soit les contester. En pareille hypothèse, et c'est là une nouveauté majeure, chaque individu qui se sera vu opposé un refus de la part du professionnel devra introduire devant le « *juge ayant statué sur la responsabilité* » une action en justice individuelle (22) afin d'obtenir la condamnation dudit professionnel (23).

Finalement, la première phase de la procédure risque donc de durer plusieurs années avant d'aboutir à un jugement sur la recevabilité et sur la responsabilité. Suivront l'exercice des voies de recours que ne manqueront pas d'exercer les responsables compte tenu de l'enjeu financier potentiel de l'action, puis l'accomplissement des mesures de publicité. La constitution du groupe d'usagers prendra quant à elle entre six mois et cinq ans. Enfin, en cas de refus de la demande d'indemnisation par le professionnel, une action en justice individuelle devra être exercée par la victime. A ce stade, le recours à une nouvelle expertise judiciaire sera certainement nécessaire afin d'établir l'imputabilité du dommage corporel de l'usager ayant adhéré au groupe au produit de santé litigieux. Au total, l'architecture de la procédure de l'action de groupe compromet de façon quasi automatique l'objectif d'une réparation adéquate et rapide des usagers du système de santé. Au regard du schéma procédural retenu, la victime ne devrait percevoir d'indemnisation qu'après de nombreuses années de procédure.

B. Une procédure complexifiée par la nature des dommages réparables

La vertu du mécanisme de l'action de groupe tient principalement à la capacité du juge à connaître en une seule fois d'une situation factuelle et juridique commune à un groupe de victimes. Plus rapide, moins couteuse, plus accessible, la réparation résultant d'une action de groupe permet le traitement unifié d'un contentieux potentiellement de masse. Ce mécanisme suppose toutefois que la situation individuelle des membres du groupe soit assimilable. C'est là la principale raison pour laquelle le mécanisme de l'action de groupe est inadéquat à la réparation des dommages corporels pour lesquels, par essence, les situations individuelles sont primordiales et justifient un traitement différencié. Aux antipodes de l'esprit de l'action de groupe.

Contrairement au dommage causé par un opérateur économique à un consommateur qui peut relativement objectivement être standardisé à l'ensemble des victimes du manquement, la détermination de la responsabilité et l'évaluation de l'indemnisation en matière médicale nécessitent une analyse au cas par cas. L'action de groupe paraît donc par principe inadéquate à la réparation des dommages de santé.

1. L'indemnisation des « *préjudices résultant de dommages corporels* »

L'alinéa 3 de l'article L.1143-1 du Code de la santé publique indique expressément que l'action ne peut

porter que sur la réparation « *des préjudices résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé* ».

Autrement dit, l'ensemble des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant de dommages corporels peut être réparé via l'action de groupe santé. Cette précision est importante car le périmètre des dommages réparables avait donné lieu, dans un premier temps, à quelques incompréhensions. En effet, lors des débats parlementaires au Sénat, certains sénateurs s'étaient émus de ce que seuls les préjudices corporels, d'après eux, seraient réparés. Or, la Ministre de la santé, ainsi que le co-rapporteur du projet de loi, ont précisé que la réparation des préjudices est bien intégrale et peut donc porter également sur les préjudices moraux et patrimoniaux (24). C'est donc bien l'intégralité des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant de dommages corporels qui peut trouver réparation avec l'action de groupe (dépenses de santé, pertes de salaire, souffrance endurée, préjudice esthétique...).

Même si cela n'exclut pas que l'indemnisation porte sur le préjudice moral ou patrimonial, c'est toutefois l'apparition du dommage corporel qui déclenche l'action. Au cours de la première phase, le juge statue sur le dommage. S'il n'y a pas d'atteinte corporelle, l'action ne sera pas recevable. Les préjudices indemnisés lors de la seconde phase pourront cependant être de toute nature. Le barème Dintilhac pourra dès lors trouver application dans toutes les situations individuelles.

2. L'incontournable individualisation des préjudices indemnisables dans le cadre de l'action de groupe santé

L'objectif étant de circonscrire le risque tant décrié de « *dérive à l'américaine* », le champ d'application de l'action de groupe consommation a été volontairement très encadré. L'article L.423-1 du Code de la consommation précise que les consommateurs – nécessairement des personnes physiques (25) – qui s'estiment victimes d'un manquement de la part d'un professionnel doivent être dans une « *situation similaire ou identique* » (26). L'action de groupe consommation n'a logiquement de sens que si les divers consommateurs sont dans une même situation et peuvent donc être considérés comme une sorte d'entité commune, ce qui paraît conforme à l'esprit du mécanisme de l'action de groupe.

Seuls les préjudices individuels patrimoniaux peuvent être réparés selon cette procédure (27). L'article L.423-1 précise que, pour être réparables, ces préjudices patrimoniaux doivent résulter de dommages matériels subis par les consommateurs. Autrement dit, sont principalement visés par l'action de groupe issue de la loi Hamon les pertes subies et les gains manqués. Est donc implicitement écartée la réparation des préjudices corporels et/ou moraux. Cette exclusion a pu sembler assez logique au vu de la philosophie de l'action de groupe. En effet, l'action de groupe vise à réunir des consommateurs ayant subi peu ou prou le même dommage et étant dans la même situation. Or, comment un dommage corporel ou moral pourrait-il être identique d'un individu à

20) Article L.1143-14 du Code de la santé publique

21) Le Conseil national des barreaux avait fait la proposition, dans le but de préserver la confidentialité du dossier médical, que l'association fasse obligatoirement appel à un avocat chargé du respect de la confidentialité vis-à-vis de l'association et des tiers. Cette proposition n'a pas été retenue.

22) Article L.1143-12 du Code de la santé publique

23) L'action de groupe consommation prévoit au contraire que le juge initialement saisi de l'action de groupe statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

24) En effet, il ne faudrait pas confondre, disent-elles aux sénateurs, dommage et préjudice. Plus précisément, le dommage est l'atteinte subie par la victime (notion factuelle), tandis que le préjudice est la conséquence de cette atteinte (notion juridique). Toutefois, si une distinction peut effectivement être opérée entre ces deux termes, il est généralement accepté qu'ils sont synonymes. Il est dès lors sans doute particulièrement maladroît d'avoir laissé dans le texte du projet de loi une formulation peu claire et qui risque d'entraîner des amalgames.

25) L'article préliminaire du Code de la consommation introduit par la loi Hamon définit en effet le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

26) Article L.423-1 du Code de la consommation

27) Article L.423-1 *in fine* du Code de la consommation

28) Article L.423-1 du Code de la consommation

29) Article L.1143-1 du Code de la santé publique

l'autre ? On a considéré qu'il s'agissait là de préjudices spécifiques que l'individu qui s'en estime victime doit individuellement porter devant la justice car ce préjudice doit faire l'objet d'une analyse personnalisée qui ne saurait être possible dans le cadre d'une action de groupe qui vise, précisément, à réparer un préjudice de masse.

L'introduction de l'action de groupe en matière de santé est toutefois clairement venue remettre en cause cette approche, le législateur n'ayant pas reculé fin 2015 devant l'obstacle qu'aurait pu représenter la réparation par l'action de groupe santé d'un préjudice qui, sans y être limité, aura au premier chef la nature d'un préjudice corporel.

L'exigence d'usagers du système de santé « *placés dans une situation similaire ou identique* » a été reprise par le législateur s'agissant de l'action de groupe santé insérée à l'article L.1143-1 du Code de la santé publique.

Or, par essence, la réaction d'un patient à un produit de santé dépend de facteurs qui lui sont propres tels que son état de santé, ses antécédents, son âge, l'interaction avec d'autres produits, la période d'administration... L'évaluation et l'indemnisation du dommage corporel sont ainsi intrinsèquement individuelles et par suite difficilement compatibles avec la logique d'une action de groupe. Elles nécessitent potentiellement de recourir à une double expertise : l'une pour déterminer l'existence d'un manquement et statuer, dans la première phase, sur une responsabilité, l'autre pour évaluer, dans la seconde phase, le(s) préjudice(s) individuellement subi(s) par chaque usager dont la nature corporelle rend l'évaluation impossible dans un cadre sériel.

La tentative de mutualisation du procès qu'opère l'action de groupe se solde donc *in fine* en pratique par un retour à la nécessité pratique d'individualisation de chaque dossier en matière de santé. La durée de la phase d'indemnisation sera par conséquent au final la même que celle d'une action individuelle, ce qui ruine pour les victimes l'intérêt de recourir à cette procédure.

II. Un dispositif à l'efficacité douteuse

A. Le maintien de la difficulté probatoire

Dans le cadre de l'action de groupe santé, la responsabilité des établissements de santé et des professionnels de santé peut être engagée mais pose la question du régime juridique applicable. En effet, l'article L.1143-1 du Code de la santé publique vise le manquement « *d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L.5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles* » mais ne circonscrit pas cette action à un régime juridique particulier.

L'action de groupe ne modifie pas les principes de la responsabilité civile. Elle ne modifie pas le fond du droit mais seulement la procédure. On fera application des régimes de responsabilité de droit commun. Peu importe donc le recours à une action de groupe, quand bien même un juge retiendrait la responsabilité

d'un professionnel dans la survenance d'un dommage corporel, il revient à chaque victime de prouver que c'est bien le dispositif de santé en question qui est à l'origine de son dommage. La preuve du lien de causalité entre l'utilisation d'un produit de santé et le dommage subi par le patient demeure ainsi à la charge du demandeur.

Or, les victimes se heurteront en pratique fréquemment à la difficulté de rapporter la preuve du manquement du professionnel et de la causalité mise à leur charge.

Les causes de cette difficulté probatoire sont nombreuses s'agissant tout particulièrement des produits de santé. En effet, tous les types de traitements sont susceptibles d'entraîner des effets indésirables, qu'ils soient médicamenteux, mécaniques, chirurgicaux ou même psychothérapeutiques. Tout médicament est par essence un produit qui présente des effets indésirables plus ou moins graves et plus ou moins fréquents. La simple implication d'un produit de santé dans la réalisation d'un dommage est donc insuffisante pour engager la responsabilité du professionnel, fabricant ou prescripteur. L'obstacle sera d'autant plus redoutable pour les victimes en présence d'une incertitude scientifique quant à l'imputabilité du préjudice à la prise du produit. Une difficulté complémentaire tient aux délais parfois importants entre l'exposition au produit et l'apparition des conséquences dommageables. Le recours à la procédure de l'action de groupe n'est pas de nature à pallier ces difficultés probatoires.

B. Le monopole des associations d'usagers du système de santé agréées

Comme en matière de consommation, l'action de groupe mise en place en matière de santé ne peut être introduite que par une association agréée.

Dans le cadre de l'action de groupe consommation, les consommateurs ne peuvent introduire seuls une telle action. Ils ne sont d'ailleurs même pas « *parties* » à l'action, au sens du Code de procédure civile. La loi Hamon a en effet créé une sorte de filtre en donnant le pouvoir d'introduction d'une telle action aux seules associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L.411-1 (28). Les associations répondant à ces critères sont à ce jour au nombre de quinze.

L'action de groupe santé est elle aussi réservée aux « *association[s] d'usagers du système de santé agréé[s]* » en application de l'article L.1114-1 du Code de la santé publique (29).

Un débat a vu le jour entre les textes votés à l'Assemblée nationale et au Sénat. En effet, si selon les députés toutes les associations d'usagers du système de santé agréées devaient pouvoir engager une telle action, selon les sénateurs, seules le devraient celles qui sont représentatives au niveau national. L'exigence de représentativité au niveau national n'est pourtant pas prévue dans le texte définitif de la loi du 17 décembre 2015. Si cette condition ressemble fort à ce qui est déjà imposé dans le cadre des actions de groupe en matière de consommation,



en pratique, il y a une différence importante puisque, par comparaison avec les 15 associations nationales en matière de consommation, à notre connaissance, on dénombre pas moins de 141 associations agréées au niveau national et 345 au niveau régional (30). Il y a donc à ce jour 486 associations ayant qualité pour introduire une action de groupe en matière de santé. Quand on sait que le choix de ne donner un tel pouvoir qu'à un petit nombre d'associations dans la loi Hamon visait à limiter les excès, on peut regretter que pareille considération n'ait pas été également retenue dans le domaine de la santé... Cela crée non seulement une incohérence avec l'action de groupe consommation, mais également avec les règles d'ores et déjà existantes dans le Code de la santé publique en matière de qualité à agir (31). A cela s'ajoute que ces quelques 486 associations ne disposeront pas toutes des moyens techniques et financiers pour conduire de telles actions et, qu'en en sous-estimant la charge, elles pourraient se lancer imprudemment dans des actions vouées à l'échec qui, au final, n'aboutiront qu'à renforcer la frustration et la défiance des usagers vis-à-vis du système.

C. L'absence de juridictions spécialisées

L'action de groupe en matière de consommation doit être introduite devant le Tribunal de grande instance du domicile du professionnel mis en cause ou le Tribunal de grande instance de Paris s'il s'agit d'une entreprise étrangère ou d'une entreprise n'ayant ni domicile, ni résidence connus (32). Un amendement à ce qui n'était alors que le projet de loi Hamon avait proposé de réserver cette action à quelques TGI spécialisés, mais celui-ci n'a pas été retenu laissant ainsi compétence aux 161 TGI. Ce refus est regrettable puisqu'il aurait permis une meilleure efficacité des juridictions qui auraient eu à connaître plus régulièrement de ces actions et aurait sans doute favorisé une plus grande cohérence jurisprudentielle. Tandis que les Tribunaux de grande instance bénéficient d'une compétence exclusive en matière d'action de groupe consommation, l'action de groupe santé n'est, quant à elle, pas réservée à une juridiction spécifique. La loi ne précise pas quelles juridictions sont compétentes à la fois matériellement et géographiquement pour statuer sur les actions de groupe santé. Il convient donc de faire application des règles de droit commun. Or, les professionnels de santé exercent indifféremment au sein d'établissements publics ou privés, ou à titre individuel. En fonction de la personne atraite en justice (laboratoires pharmaceutiques, cliniques privées, hôpitaux publics...), l'action pourra donc tout aussi bien être portée devant le juge judiciaire que le juge administratif (en cas d'action de groupe contre un hôpital public par exemple). Plus encore que pour l'action de groupe consommation, la technicité des questions factuelles et juridiques auxquelles les actions de groupe santé nécessiteront de répondre aurait pourtant justifié la désignation de juridictions spécialisées.

La dispersion des actions de groupe devant des juridictions diverses et non spécialisées n'est favorable ni à une jurisprudence harmonisée, ni à une justice de qualité alors pourtant que les décisions issues de ces

procédures détermineront nécessairement la position des juges saisis de demandes individuelles portant sur les mêmes faits.

III. Une procédure source d'insécurité juridique et financière pour les professionnels

A. Un champ d'application large

Les produits susceptibles de permettre une action de groupe sont très nombreux.

Une action de groupe pourra ainsi être engagée concernant à la fois des médicaments, des dispositifs médicaux, des produits sanguins, des cosmétiques...

Le champ d'application de l'action de groupe santé est en effet très large puisque l'article L.1143-1 renvoie aux « produits mentionnés au II de l'article L.5311-1 », à savoir les « produits à finalité sanitaire destinés à l'homme et [les] produits à finalité cosmétique, et notamment :

1° Les médicaments, y compris les insecticides, acaricides et antiparasitaires à usage humain, les préparations magistrales, hospitalières et officinales, les substances stupéfiants, psychotropes ou autres substances vénéneuses utilisées en médecine, les huiles essentielles et plantes médicinales, les matières premières à usage pharmaceutique ;

2° Les produits contraceptifs et contragestifs ;

3° Les biomatériaux et les dispositifs médicaux ;

4° Les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ;

5° Les produits sanguins labiles ;

6° Les organes, tissus, cellules et produits d'origine humaine ou animale, y compris lorsqu'ils sont prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale ;

7° Les produits cellulaires à finalité thérapeutique ;

8° Le lait maternel collecté, qualifié, préparé et conservé par les lactariums ;

9° Les produits destinés à l'entretien ou à l'application des lentilles de contact ;

10° [Abrogé] ;

11° Les procédés et appareils destinés à la désinfection des locaux et des véhicules dans les cas prévus à l'article L. 3114-1 ;

12° Les produits thérapeutiques annexes ;

13° [Abrogé] ;

14° Les lentilles oculaires non correctrices ;

15° Les produits cosmétiques ;

16° Les micro-organismes et toxines mentionnés à l'article L. 5139-1 ;

17° Les produits de tatouage ;

18° Les logiciels qui ne sont pas des dispositifs médicaux et qui sont utilisés par les laboratoires de biologie médicale, pour la gestion des examens de biologie médicale et lors de la validation, de l'interprétation, de la communication appropriée en application du 3° de l'article L. 6211-2 et de l'archivage des résultats ;

30) <http://www.sante.gouv.fr/l-agrement-des-associations-de-malades-et-d-usagers-du-systeme-de-sante.html>

31) Article L.1114-2 du Code de la santé publique

32) Article R.423-2 du Code de la consommation

33) Cf. rejet de l'amendement n°1422 visant à étendre l'action de groupe aux victimes d'un préjudice individuel provenant de la consommation de « substances psychoactives à caractère addictif », au premier rang desquels le tabac, ce qui laissait entrevoir de grands procès comme aux États-Unis.

34) Cf. rejet de l'amendement n°1373 visant à étendre le champ d'action des actions de groupe aux préjudices sanitaires subis dans le cadre du travail et à élargir en conséquence les possibilités de saisine aux syndicats professionnels constatant une récurrence des mêmes accidents du travail ou maladies professionnelles.

35) Cf. rejet de l'amendement n°1892

36) Largement détaillée par le texte

37) En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'action de groupe consommation le 1^{er} octobre 2014, six actions de groupe ont vu le jour en France. Sur ces six actions engagées, cinq sont à notre connaissance encore au stade de la mise en état. S'agissant de la sixième, introduite par la SLC-CSF contre le bailleur social Paris Habitat, elle a fait l'objet d'une transaction le 19 mai 2015, mettant ainsi un terme définitif à l'instance. L'importante pression médiatique n'y est certainement pas pour rien.

38) L'action de groupe ne concernerait que « les dommages résultant de manquements survenus postérieurement à la date d'entrée en vigueur prévue ou, s'il s'agit de manquements continus, qui n'ont pas encore cessé à cette date ».

39) Affaire n°2015-727 DC : Loi de modernisation de notre système de santé

40) Extrait de la saisine du Conseil constitutionnel par les sénateurs sur la loi relatif à la modernisation de notre système

de santé: « L'article 184 de la loi prévoit la création d'une action de groupe en matière de santé ayant pour objet de permettre à des usagers du système de santé d'obtenir individuellement réparation sur le fondement d'une demande en justice exercée par une association agréée. La rédaction originelle de l'article 184 de la loi prévoyait que les dispositions relatives à l'action de groupe ne pouvaient pas s'appliquer aux manquements ayant cessé avant son entrée en vigueur dans un souci de sécurité juridique. La version finale du texte ouvre l'action de groupe aux faits générateurs de responsabilité antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, prévue pour le 1er juillet 2016. En l'absence de dispositions transitoires, les requérants considèrent que de telles dispositions risquent d'entraîner une situation d'insécurité juridique majeure affectant l'ensemble des acteurs du système de santé. Une telle situation risque en effet de poser des problèmes majeurs pour le secteur des assurances, mettant en danger tant les entreprises que l'indemnisation des personnes. Par conséquent, l'article 184 contrevient aux exigences de sécurité juridique, qui ont progressivement été reconnues en droit français ».

41) Extrait de la saisine du Conseil constitutionnel par les sénateurs sur la loi relatif à la modernisation de notre système de santé : « Les requérants considèrent que les principes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit et des droits de la défense ne sont pas respectés. En effet, à la différence du dispositif de l'action de groupe en droit de la consommation, l'indemnisation dans le cadre de l'action de groupe santé est déterminée individuellement lors de la phase de liquidation car contrairement aux dispositifs d'autres pays, l'adhésion d'une victime au groupe ne se fait pas forcément avant que le juge ait statué. Or, l'article L.1143-12 ne précise pas sur quelle base cette indemnisation individuelle doit avoir lieu. Le montant des dommages et intérêts dus, en exécution de la décision de condamnation de l'article L.1143-3, n'est pas prévu. L'article précité indique que le juge statue sur la responsabilité du défendeur au vu des cas individuels présentés

19° Les dispositifs à finalité non strictement médicale utilisés dans les laboratoires de biologie médicale pour la réalisation des examens de biologie médicale ».

Il est intéressant d'observer que la liste des produits visés par l'article L.5311-1 est seulement indicative, dessinant ainsi un champ d'application extensible.

Le champ d'application de l'action de groupe santé n'a toutefois pas été étendu à l'ensemble des expositions aux produits susceptibles d'altérer la santé.

La loi n'est ainsi pas allée jusqu'à permettre la réparation des dommages qui seraient causés par l'addiction (33), lesquels n'entrent en définitive ni dans le périmètre de l'action de groupe santé, ni dans celui de l'action de groupe consommation de la loi Hamon.

De même, certains souhaitaient l'élargissement de l'action de groupe aux victimes d'autres préjudices sanitaires, notamment dans le cadre professionnel, tels que les conséquences de l'exposition à l'amiante (34).

D'autres auraient souhaité son extension aux victimes d'un préjudice sanitaire individuel résultant d'une exposition à des « substances biocides, phytosanitaires ou pesticides ». Cet élargissement a lui aussi été rejeté (35).

Quoi qu'il en soit, il demeure que le champ d'application de l'action de groupe santé est non seulement large mais également non restrictif. Les professionnels auront donc le plus grand mal à définir le périmètre de leurs risques juridiques et financiers en amont du procès.

L'introduction de l'action ne sera d'ailleurs pas plus éclairante pour le professionnel car, même au stade du jugement sur la responsabilité et les dommages indemnisables, le juge se limitera à déterminer les catégories de préjudices sans les chiffrer. A supposer que sa responsabilité soit engagée, le professionnel sera donc non seulement dans l'ignorance du nombre de membres potentiels du groupe de victimes, mais aussi dans l'ignorance du quantum d'indemnisation par membre. Il aura donc de sérieuses difficultés à provisionner comptablement son risque et cette situation sera d'autant plus préjudiciable que la procédure d'action de groupe sera longue et que la difficulté aura nécessairement des répercussions sur plusieurs exercices comptables.

B. Pression médiatique et médiation

Plus que la création d'un outil procédural efficace, il y a fort à parier que les associations vont trouver dans l'action de groupe un outil médiatique de poids. Il s'agit véritablement là d'une force de dissuasion pointée contre les entreprises. A cause de la médiatisation qu'elle peut susciter, l'action de groupe constitue en effet une arme de persuasion lourde pour engager des négociations.

C'est en particulier la publicité au stade du lancement de l'action de groupe qui est à prévoir. Les industriels peuvent redouter l'instrumentalisation de cette procédure et le préjudice d'image que pourrait représenter une hypermédiatisation au simple stade de la suspicion de prétendus scandales sanitaires. Alors que la publicité prévue par le texte ne doit

intervenir qu'à l'issue de la phase judiciaire, on peut en effet s'attendre à ce que les associations d'usagers s'empressent de communiquer largement avant même de lancer leur action. On peut d'autant plus l'envisager qu'en dépit du monopole dont elles sont investies par la loi, les associations d'usagers ne sont pas soumises à une déontologie professionnelle. De telles retombées médiatiques peuvent être désastreuses pour les entreprises visées alors pourtant que l'affaire n'a été ni introduite, ni a fortiori jugée.

En définitive, peut-être faut-il voir dans la médiation (36) le véritable salut de la loi. En effet, on peut se demander si la volonté sous-jacente du législateur n'était pas en réalité de pousser les professionnels à transiger en amont de l'action de groupe. Face à l'exposition médiatique générée par une procédure longue pouvant causer un lourd préjudice d'atteinte à l'image et à la réputation, les professionnels pourront préférer recourir à une résolution amiable.

On trouve d'ailleurs déjà la trace de cette orientation concernant l'action de groupe consommation (37).

C. Une application dans le temps problématique

Le projet de loi initial prévoyait que la procédure d'action de groupe santé ne serait pas applicable aux manquements ayant cessé avant l'entrée en vigueur de la loi (38). Cette disposition permettait d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

Les assureurs, qui sont exposés au travers des garanties couvrant notamment la responsabilité civile produit et la responsabilité civile médicale, ont été particulièrement attentifs à la limitation de la procédure aux sinistres survenant postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. L'amendement n°409 qui prévoyait que les dispositions ne soient « pas applicables à des faits générateurs de responsabilité ou aux dommages survenus avant l'entrée en vigueur de la présente loi » a cependant été rejeté.

Des actions de groupe pourront donc être introduites concernant des produits de santé qui ne seraient plus sur le marché ou pour des manquements ayant cessé à la date d'entrée en vigueur de la loi.

Un tel dispositif s'avère source d'insécurité juridique pour les professionnels, l'action de groupe pouvant être engagée pour des faits générateurs ou des préjudices survenus plusieurs années avant l'entrée en vigueur de la loi.

Cette insécurité s'ajoute à la complexité des règles de prescription applicables qui dépendront tout à la fois du fondement de l'action en responsabilité, de la nature du préjudice, de la date de mise en circulation du produit, de la date de consolidation des dommages de la victime...

Adoptée le 18 décembre 2015, la loi de modernisation de notre système de santé devrait entrer en vigueur le 1er juillet 2016 au plus tard. Elle a cependant fait l'objet d'une double saisine du Conseil constitutionnel le 21 décembre 2015 (39) par plus de 60 députés et par plus de 60 sénateurs en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. La saisine par les députés ne concernait pas l'article de la loi relatif à l'action de groupe. En revanche, la saisine par les sénateurs visait pour partie l'action de groupe



santé. Deux griefs étaient principalement formulés à l'égard du dispositif. D'une part, les sénateurs soutenaient que le texte serait contraire aux exigences de sécurité juridique du fait de l'absence de dispositions transitoires (40). D'autre part, les sénateurs considéraient que la phase d'indemnisation serait contraire aux principes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit et ne respecterait pas les droits de la défense (41).

Le 21 janvier 2016, le Conseil constitutionnel a toutefois rejeté ces deux griefs et déclaré le nouveau dispositif de l'action de groupe santé conforme à la Constitution (42).

Sur le premier point, le Conseil constitutionnel a en effet suivi le raisonnement d'ores et déjà développé à la suite de sa saisine sur la loi Hamon à propos de laquelle il avait été soutenu par les députés requérants qu'en permettant l'application immédiate de la nouvelle procédure à des faits antérieurs à la promulgation de la loi, l'action de groupe consommation revêtait un caractère rétroactif contraire à la Constitution. Le Conseil constitutionnel avait toutefois écarté le grief considérant que la création de l'action de groupe ne modifiait pas les conditions de la responsabilité des professionnels mais devait être qualifiée de loi de procédure dont l'application immédiate ne lui conférait pas un caractère rétroactif. Mêmes causes, mêmes effets. Le Conseil a adopté le même raisonnement concernant l'action de groupe santé, en retenant qu'il s'agissait d'une loi de procédure, dont l'application immédiate ne lui conférait pas un effet rétroactif (43).

Sur le second grief formulé par les sénateurs, le Conseil a rappelé que durant la première phase de la procédure au cours de laquelle le juge constate la responsabilité du défendeur, « *le professionnel défendeur à l'instance peut faire valoir, outre les exceptions relatives à la recevabilité de cette action, tous les moyens de défense relatifs à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe des usagers [...], aux critères de rattachement à ce groupe et aux dommages susceptibles d'être réparés* ». Il a rappelé à propos de la seconde phase de la procédure, et à défaut d'accord entre la personne répondant aux critères de rattachement au groupe et le professionnel sur le montant de l'indemnisation, que le professionnel pouvait « *faire valoir devant ce juge tous les autres moyens de défense relatifs à l'indemnisation individuelle de la personne intéressée* » (44). Il a ainsi jugé que les dispositions critiquées n'étaient pas inintelligibles

et ne méconnaissaient pas les droits de la défense du professionnel mis en cause. L'action de groupe santé telle qu'adoptée le 18 décembre 2015 devrait donc entrer en vigueur le 1er juillet 2016 au plus tard.

En conclusion, on observera que l'action de groupe santé s'inscrit dans un contexte législatif relativement chargé, les actions de groupe ayant manifestement en ce moment le vent en poupe en France.

En effet, une troisième proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de lutte contre les discriminations a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 juin 2015.

On peut à ce titre s'étonner de la méthode retenue par le législateur français de juxtaposition d'actions de groupe spécifiques au lieu d'une seule procédure générale et commune intégrée au Code de procédure civile à laquelle des aménagements auraient pu, au cas par cas, être apportés pour tenir compte de la spécificité des domaines concernés le cas échéant. Et, de façon peu cohérente, le projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire qui a été déposé au Sénat par la garde des Sceaux Christiane Taubira le 31 juillet 2015 selon la procédure accélérée, et qui a été voté en première lecture par les sénateurs le 5 novembre 2015, a notamment vocation à introduire dans notre droit un socle procédural permettant de fixer un cadre unique aux actions de groupe qui pourront être ouvertes par la suite dans les domaines où cela pourra être utile. La méthode qui consiste à partir du particulier pour arriver au général est pour le moins surprenante. L'idée de créer une action de groupe générale qui pourrait s'appliquer à toutes les matières, tout en permettant des spécificités pour chaque domaine précis est souhaitable car le morcellement de chaque action en fonction du domaine risque de poser de sérieuses difficultés de cohérence globale des actions de groupe, de prévisibilité et de lisibilité du droit. Toutefois, la base commune dont il est en l'espèce question n'a pas pour but d'ouvrir l'action de groupe à tous les domaines, mais se contente de prévoir une sorte de modèle que les futurs législateurs pourraient reproduire et adapter au domaine concerné. Pour autant, on peut s'interroger sur l'utilité réelle de créer un modèle commun à ce stade alors qu'il existe déjà un modèle. Car si l'action de groupe santé illustre bien une chose, c'est que le législateur s'est largement inspiré de la loi Hamon tout en tentant, avec un succès plus que relatif, de l'adapter aux spécificités du domaine de la santé.

par l'association requérante, définit le groupe des usagers du système de santé à l'égard desquels la responsabilité du défendeur est engagée et fixe les critères de rattachement au groupe. De même, le juge détermine les dommages corporels susceptibles d'être réparés pour les usagers constituant le groupe qu'il définit. Mais la loi a oublié de prévoir une décision de justice déterminant le montant des dommages et intérêts dus. Un tel oubli porte atteinte au nécessaire respect de l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité du droit, au principe du respect des droits de la défense et, ne permet pas de savoir sur quelle base l'indemnisation à laquelle les personnes déclarées responsables doivent procéder à l'indemnisation que l'article L. 1143-12 impose, et il viole le principe de réparation intégrale des dommages subis. Tout se passe, en effet, comme si l'indemnisation devait être spontanée de la part des personnes déclarées responsables, alors même qu'elles doivent exécuter une décision de justice les ayant condamnées ».

42) Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé

43) Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. n°98

44) Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. n°96

Exposition professionnelle et environnementale : les nouveaux risques émergents

Benoît Charot,
Avocat, Associé Gérant,
Reed Smith

Delphine Lapillonne,
Avocat,
Reed Smith

1) Agence Européenne pour la Sécurité et la Santé au Travail, Substances dangereuses, <https://osha.europa.eu/fr/themes/dangerous-substances>

2) Proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête relative à l'inflation législative, Alain Marc, Sénat n°268, session ordinaire de 2014-2015

3) « *Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* »

4) « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »

5) Rapport n°552 (2008-2009) de MM. Dominique Braye, Louis Nègre, Bruno Sido et Daniel Dubois, fait au nom de la commission de l'économie, déposé le 9 juillet 2009

L'exposition à titre professionnel ou environnemental est un sujet d'actualité qui fait grand bruit. Au cœur des préoccupations, la mémoire collective ayant toujours à l'esprit les conséquences d'une exposition à l'amiante jusqu'à son interdiction en 1997, les diverses substances formant notre quotidien ne cessent de faire parler la presse qui cherche à attirer l'attention du salarié ou consommateur sur les dangers potentiels qui en découleraient.

D'après une étude de l'Agence Européenne pour la Sécurité et la Santé au Travail, 15% des travailleurs au sein de l'Union Européenne manipuleraient des substances dangereuses dans le cadre de leurs fonctions et 15% supplémentaires affirmeraient inhaler de la fumée, des vapeurs, de la poudre ou de la poussière au travail (1). On comprend ainsi que la question de l'exposition dans le cadre de l'environnement professionnel mais aussi dans un contexte environnemental fasse actuellement couler beaucoup d'encre, sans pour autant que les études scientifiques soient toujours suffisantes pour démontrer le caractère nocif de telle ou telle substance.

Avec pour idée que c'est à la personne créatrice d'un risque qu'il appartient d'en supporter les conséquences, le législateur et le juge tendent, au fil du temps, à imposer l'un de nouvelles obligations réglementaires, et l'autre l'indemnisation de préjudices qui résulteraient d'une exposition aux industriels qui en seraient à l'origine.

L'importance de l'impact financier d'une telle tendance pour des industriels, alors même que la certitude scientifique concernant les effets d'une substance n'est pas toujours acquise, est ici plus qu'évidente et on ne peut que s'interroger sur la manière dont ces risques émergents sont appréhendés par les pouvoirs législatifs et judiciaires.

Un examen de l'état actuel du droit fait apparaître que les industriels font face à une réglementation croissante mise en œuvre afin de prévenir au mieux tout risque de développement d'une maladie, une telle entreprise étant forcément limitée en raison de l'état des connaissances scientifiques actuelles qui ne permettent pas toujours d'évaluer à juste titre si les mesures prises sont suffisantes ou au contraire trop contraignantes (I). On constate également que le respect de ces dispositions législatives et réglementaires ne prévient pas toujours l'émergence

de contentieux, actuellement naissants et qui pourraient prendre une ampleur similaire à celle des litiges en matière d'amiante (II).

I. Un dispositif législatif et réglementaire de prévention du risque en évolution

Il est fréquemment reproché à la France de subir une véritable inflation législative depuis plusieurs années. Ainsi, la longueur moyenne du Journal Officiel, qui était de 15.000 pages par an dans les années 1980, serait actuellement d'environ 23.000 pages. De même, chaque année, plus de 70 lois, 50 ordonnances et 1.500 décrets viendraient compléter le droit actuellement en vigueur et 23.000 modifications des textes applicables auraient eu lieu en 2005 (2).

La question de l'exposition à des substances dont la nocivité est suspectée ou avérée ne fait pas exception à cette tendance, et ce d'autant plus que ce sujet est régulièrement au cœur des préoccupations de l'opinion publique.

Ainsi, les quelques dernières années ont donné lieu à une réglementation croissante dans divers domaines tels que le bisphénol A, les nanomatériaux et les pesticides.

L'état des connaissances scientifiques semble avoir un impact sur le type d'encadrement imposé par le législateur dans l'utilisation ou la production d'une substance donnée bien que celui-ci soit tout de même fréquemment amené à arbitrer entre le principe de précaution et la liberté d'entreprendre.

On rappellera à cet égard qu'outre le fait que le principe de précaution, codifié à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement (3), devrait se limiter, selon la lettre du texte, aux dommages causés à l'environnement, il devrait également s'analyser comme permettant de dépasser l'absence de certitude scientifique uniquement par des mesures effectives et proportionnées dans le cas limité qu'est celui de la prévention d'un risque de dommages graves et irréversibles, et ce à un coût économique acceptable.

L'article 5 de la Charte de l'environnement, qui confère à ce principe une valeur constitutionnelle, est également rédigé dans le même esprit (4).

Une analyse de la réglementation actuelle fait apparaître que le législateur adopte deux approches



différentes selon le type de substance dont il est question. Ainsi, certaines seront encadrées par des obligations déclaratives ou d'information (A), alors que d'autres voient leur utilisation limitée ou interdite (B).

A. La prévention du risque par le biais d'obligations de déclaration et d'information

En l'absence de certitude scientifique, et probablement dans un souci d'équilibre, le législateur pose, pour certaines substances, non pas des obligations limitant leur utilisation mais des règles de déclaration et d'information.

L'exemple le plus emblématique sur le sujet est la réglementation applicable aux nanomatériaux, dont les domaines d'application sont très vastes (industrie de l'électronique, industrie pharmaceutique, cosmétologie, énergie, transport et bâtiments, objets courants...) et qui ont pu être qualifiés de « véritable révolution technologique » (5).

Ces particules, de l'ordre de l'infiniment petit, posent de véritables problèmes définitionnels et sont la source d'une littérature abondante puisque la presse s'interroge sur les effets souvent méconnus de ces substances dont les comportements et l'absorption donnent lieu à un questionnement scientifique non encore résolu.

S'il est clair que les nanomatériaux entrent dans le champ d'application de réglementations plus générales (6), l'Union Européenne et la France ont toutes deux cherché à mettre sur pied une réglementation spécifique en matière de suivi de l'utilisation de ces substances et d'information des consommateurs.

A l'échelle européenne, diverses règles ont été posées dans des domaines variés tels que les additifs alimentaires (7), les produits cosmétiques (8), les produits biocides (9), les matières plastiques destinées à entrer en contact avec des denrées alimentaires (10) et les denrées alimentaires elles-mêmes (11). Aucune réglementation d'ordre général n'a encore été adoptée à l'heure actuelle.

La France, au contraire, a préféré adopter à l'échelle nationale une législation non spécifique et très inspirée de ce que l'Union Européenne a mis en place avec le règlement REACH, puisqu'elle impose, à travers les articles L. 523-1 à L. 523-8 et R. 523-12 à R. 523-21 du Code de l'environnement, une procédure de déclaration aux fabricants, importateurs et distributeurs de l'identité, des quantités et des usages des substances à l'état nanoparticulaire dès lors qu'est dépassé le seuil de 100 grammes par an et par substance. Ces informations, communiquées au Ministre de l'environnement, sont ensuite transmises à l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ci-après « ANSES ») qui établit un bilan annuel sur les éléments issus de ces déclarations.

Cette réglementation prévoit également que doit être transmise sur demande toute information concernant les dangers de ces substances, l'exposition à laquelle elles sont susceptibles de conduire et l'évaluation des risques encourus (12).

Certaines réserves ont été émises au motif que la réglementation actuelle devrait être renforcée. Ainsi,

l'ANSES considère que « *faute de concerner les détaillants qui vendent des produits finis au grand public, notamment, il est difficile d'y voir un moyen de parvenir à la réalisation des objectifs que s'était fixé le législateur : la traçabilité des substances à l'état nanoparticulaire ne sera, de fait, que partielle et l'information des consommateurs ignorera les produits qu'ils ont concrètement entre les mains. Il semble donc probable que l'objectif poursuivi par le législateur ait bien plutôt été, en réalité, celui de permettre un recensement des nanomatériaux présents sur le territoire français* » (13).

Il semble pourtant, à la lecture du Rapport n°552 du Sénat fait au nom de la Commission de l'Economie, que l'objectif de cette nouvelle loi n'était pas tant la traçabilité et l'information du consommateur que « *l'évaluation des risques liés à l'usage de ces substances* » et « *une meilleure connaissance de la réalité du marché des substances nanoparticulaires* » (14).

La justification de la mise en oeuvre d'un tel dispositif réside dans la recherche d'un équilibre entre la nécessité d'évaluer les risques découlant de l'utilisation de substances dont les effets sont encore largement méconnus d'une part, et la volonté de ne pas « *freiner la croissance de cette technologie* », d'autre part (15).

On observe cependant que le législateur a tenté ici de ne pas mettre en place « *des règles qui seraient inadaptées, contradictoires et qui pourraient freiner le développement d'un secteur vital et en plein essor de la recherche européenne* ».

B. La prévention du risque par le biais de limitations ou interdictions d'utilisation

Pour certaines substances, le législateur a préféré restreindre ou interdire l'exposition, que ce soit à un niveau environnemental ou professionnel. L'exemple le plus abouti, bien qu'ancien, est celui de l'amiante, dont l'exposition a été fortement réglementée (celle-ci continuant d'ailleurs à évoluer, comme le démontre, par exemple, le décret n°2012-639 du 4 mai 2012 relatif aux risques d'exposition à l'amiante qui est venu, à compter du 1^{er} juillet 2015, diviser par 10 le seuil d'exposition à cette substance dans l'environnement professionnel, et dont la fabrication, la transformation, la vente, l'importation, la mise sur le marché national et la cession ont été interdites par un décret du 24 décembre 1996 (16)).

Est également fortement réglementée l'utilisation de pesticides.

L'utilisation de certaines substances est ainsi interdite. L'ANSES précise, à ce titre que près de 75 % des molécules autorisées il y a 20 ans sont interdites aujourd'hui (17).

En outre, un règlement (CE) n°396/2005 du 23 février 2005 (18) vient limiter la présence de produits phytosanitaires dans les produits d'origine végétale ou animale destinés à être utilisés comme denrées alimentaires ou aliments pour animaux, qu'ils soient frais, transformés ou composites. Il pose ainsi des limites de quantités maximales de résidus de pesticides dans ces produits de manière spécifique pour certaines denrées alimentaires mais également

6) Le règlement REACH (Règlement (CE) n°1907/2006 du 18 décembre 2006) et le règlement CLP (Règlement (CE) n°1272/2008 du 16 décembre 2008) sont tous deux applicables aux nanomatériaux

7) Règlement (CE) n°1223/2009 du 16 décembre 2009 sur les additifs alimentaires

8) Règlement (CE) n°1223/2009 du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques

9) Règlement (UE) n°528/2012 du 22 mai 2012 relatif à mise à disposition sur le marché et utilisation de produits biocides

10) Règlement (UE) n°10/2011 du 14 janvier 2011 concernant les matériaux et objets en matière plastique destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires

11) Règlement (UE) n°1169/2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires en vigueur depuis le 13 décembre 2014,

12) Demande du ministre ou de l'Agence nationale de sécurité des médicaments (ANSM), l'Institut National de Veille Sanitaire (INVS), l'Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS), l'Institut National de l'Environnement Industriel et des Risques (INERIS) ainsi que les organismes chargés de la toxicovigilance

13) Evaluation des risques liés aux nanomatériaux, Avis de l'ANSES, Rapport d'expertise collective, Avril 2014, p.120

14) Rapport n°552 (2008-2009) de MM. Dominique Braye, Louis Nègre, Bruno Sido et Daniel Dubois, fait au nom de la commission de l'économie, déposé le 9 juillet 2009

15) Rapport prec.

16) Décret n°96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du Code du travail et du code de la consommation

17) <https://www.anses.fr/fr/content/expositions-aux-pesticides-des-utilisateurs-et-des-travailleurs-agricoles>

18) Règlement (CE) NO 396/2005 du 23 février 2005 concernant les limites maximales applicables aux résidus de pesticides présents dans ou sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux d'origine végétale et animale et modifiant la directive 91/414/CEE du Conseil

19) Loi n°2010-729 du 30 juin 2010 tendant à suspendre la commercialisation de tout conditionnement comportant du bisphénol A et destiné à recevoir des produits alimentaires

20) Loi n°2012-1442 du 24 décembre 2012 visant à la suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du bisphénol A

21) Rapport d'étude de l'ANSES, Substitution du bisphénol A, mars 2013, pages 108 et 109

22) Conseil Const., 17 septembre 2015, n°2015-480 QPC

23) CE, 17 juin 2015, n°387805

24) TUE, 16 décembre 2015, T-521/14

générale puisque, lorsqu'aucune limite spécifique n'est définie, est appliqué un seuil par défaut de 0,01 mg/kg, à l'exception de certaines substances nommément identifiées.

L'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments est responsable de l'évaluation des nouvelles demandes d'établissement de limites maximales de résidus, en s'appuyant sur leur toxicité, la Commission Européenne publiant ensuite un règlement pour l'établissement, la modification ou l'annulation d'une telle limite.

Le règlement européen est particulièrement complet puisqu'il prévoit également une procédure d'urgence, permettant à la Commission Européenne de prendre des décisions dans des délais réduits lorsque des résidus de pesticides ou des limites maximales peuvent menacer la santé humaine ou animale et, en conséquence, nécessiter la prise de mesures immédiates.

Il prévoit également la possibilité pour les Etats Membres de procéder à des contrôles afin de vérifier le respect des limitations posées par les textes.

Une autre substance qui a d'ailleurs fait couler beaucoup d'encre ces dernières années est le bisphénol A.

En applications de directives européennes, le législateur français a, par une loi du 30 juin 2010 (19), suspendu l'utilisation dans les biberons de ce perturbateur endocrinien jusqu'à ce que le gouvernement, après avis de l'ANSES, autorise la reprise de cette utilisation. Tel n'est toujours pas le cas à l'heure actuelle.

Par une loi du 24 décembre 2012 (20), cette suspension a été étendue, à compter de sa publication, à « la fabrication, l'importation, l'exportation et la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux de tout conditionnement, contenant ou ustensile comportant du bisphénol A et destiné à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires pour les nourrissons et enfants en bas âge » et à compter du 1^{er} janvier 2015 pour « tout autre conditionnement, contenant ou ustensile comportant du bisphénol A et destiné à entrer en contact direct avec des denrées alimentaires ».

La position des pouvoirs légiférants a ainsi été, en l'absence de certitude scientifique, de suspendre l'utilisation d'une substance, forçant ainsi les industriels à revoir dans des délais très courts leur processus de fabrication, alors même que des études postérieures pourraient amener à sa réintroduction. On précisera, à cet égard, que la loi du 24 décembre 2012 disposait également qu'« avant le 1^{er} juillet 2014, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les substituts possibles au bisphénol A pour ses applications industrielles au regard de leur éventuelle toxicité », tendant par-là à illustrer le fait que le remplacement du bisphénol A dans la fabrication des contenants alimentaires n'était peut-être pas encore véritablement abouti.

L'ANSES a d'ailleurs rendu un rapport d'étude en mars 2013 sur la question et a conclu « qu'aucune alternative ne se distingue pour être utilisée pour remplacer tous les usages du BPA » et que « certaines interrogations demeurent concernant l'innocuité, la faisabilité et l'efficacité, sur le plan technique, de ces alternatives » (21).

Si son interdiction n'a toujours pas été levée, le Conseil Constitutionnel a cependant rendu, le 17 septembre 2015, une décision en faveur des industriels puisqu'elle abroge pour partie les dispositions législatives relatives au bisphénol A (22).

Alors que les textes français allaient bien au-delà des directives européennes sur le sujet et de la plupart des législations des autres Etats Membres, Plastics Europe, association professionnelle européenne représentant les fabricants de plastique, a saisi le Conseil d'Etat aux fins de voir annuler pour excès de pouvoir une note de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes du 8 décembre 2014 relative à la loi du 30 juin 2010 modifiée par la loi du 24 décembre 2014, et demandé également au Conseil d'Etat de renvoyer au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les termes de cette même loi.

La Haute juridiction administrative a, le 17 juin 2015, renvoyé au Conseil Constitutionnel cette question prioritaire de constitutionnalité, au motif « que le moyen tiré de ce [que ces dispositions] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment de ce qu'elles portent à la liberté d'entreprendre une atteinte non justifiée par le principe de précaution énoncé par l'article 5 de la Charte de l'environnement, soulève une question relative à la portée de cette disposition constitutionnelle » (23).

Le Conseil Constitutionnel a considéré que l'interdiction de l'importation et la mise sur le marché national des conditionnements, contenant ou ustensiles comportant du bisphénol A ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif de protection de la santé qui était poursuivi, mais a fait partiellement droit à la demande des requérants en jugeant qu'il fallait cependant autoriser la fabrication et commercialisation de tels produits, au motif notamment que ceux-ci étaient autorisés dans de nombreux pays.

Une telle décision est pour le moins surprenante au regard des positions que peuvent prendre régulièrement les juridictions. Elle illustre, à ce titre, la difficulté à laquelle est confronté le législateur qui doit déterminer un point d'équilibre, souvent précaire, entre le principe de précaution et d'autres principes de valeur équivalente, tel que la liberté d'entreprendre, dans le cadre de l'utilisation de substances dont les effets sont peu connus.

Enfin, est également à noter, sur le sujet de l'interdiction de l'utilisation des perturbateurs endocriniens, que, par un arrêt du 16 décembre 2015, le Tribunal de l'Union Européenne a jugé que la Commission Européenne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du règlement (UE) n°528/2012 du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides (24).

Ce règlement fixe les conditions d'approbation des substances actives dans les biocides mais prévoit également que certaines substances, dont celles ayant des propriétés perturbant le système endocrinien pouvant être néfastes pour l'homme, sont interdites, hormis en cas de respect de certaines conditions précises posées par le règlement.



Afin de permettre la bonne application de ce règlement, la Commission Européenne devait, au plus tard le 13 décembre 2013, adopter des actes délégués concernant la spécification des critères scientifiques pour la détermination des propriétés perturbant le système endocrinien.

En l'absence de tels actes, la Suède a alors introduit un recours en carence tendant à faire constater que ces actes n'avaient pas été adoptés. Relevant notamment que l'existence de critiques sur les critères proposés par la Commission Européenne motif pris qu'ils ne seraient pas scientifiquement fondés et qu'ils auraient une influence sur le marché intérieur était sans incidence sur l'obligation d'agir qui pesait sur cette dernière, le Tribunal a conclu au manquement de celle-ci aux obligations qui lui incombait.

Cette procédure de recours en carence est pour le moins intéressante puisqu'elle illustre ici encore l'équilibre précaire qui existe entre la nécessité de protéger une population exposée et l'absence de certitude scientifique. La Commission Européenne n'a ainsi pas pu se dédouaner de l'obligation qui lui incombait et devra donc, rapidement, établir les critères scientifiques pour la détermination des propriétés perturbant le système endocrinien.

II. Un contentieux de l'exposition en cours de construction

L'exposition professionnelle (A) ou environnementale (B) donne lieu, peu à peu, à un contentieux qui ne cesse de s'accroître et dont les contours sont encore mal définis.

A. La responsabilité de l'employeur au titre d'une exposition professionnelle

La responsabilité de l'employeur, lorsqu'un salarié ou ancien salarié développe une maladie professionnelle, peut être engagée sur le fondement du droit de la sécurité sociale, dérogeant au droit commun.

Le salarié ayant développé une maladie peut, en premier lieu, bénéficier d'une indemnisation forfaitaire de sa maladie, si elle est prise en charge par la Caisse Primaire d'Assurance Maladie au titre du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles (25).

Or, les règles posées par le Code de la sécurité sociale facilitent grandement la démonstration du caractère professionnel d'une maladie dès lors que la pathologie en question a été développée dans les conditions posées par des tableaux de maladies professionnelles (26). Si l'ensemble des conditions posées par le tableau de maladies professionnelles n'est pas réuni, le salarié doit alors démontrer que la maladie désignée par le tableau est directement causée par son travail habituel. A défaut de pouvoir se rattacher à une maladie dans un tableau, le salarié, s'il fait état d'un taux d'incapacité permanente au moins égal à 25%, doit être soumis à une expertise médicale, dont l'issue est plus qu'aléatoire.

Un arrêt du 23 juillet 2015 de la Cour d'appel de Colmar illustre, en matière d'exposition professionnelle, la difficulté pour un salarié de

faire prendre en charge sa maladie en l'absence d'inscription de celle-ci à un tableau (27). Dans cette espèce, le salarié avait déclaré une maladie professionnelle auprès de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie au titre d'un « *asthme aux vapeurs de bitume* ». La prise en charge de cette maladie a été refusée, tant par la Caisse que par la Commission de Recours Amiable chargée d'examiner les contestations des décisions de cette dernière. La Cour retient que, en l'absence d'un taux d'incapacité permanente atteignant le seuil requis et de la réunion de toutes les conditions d'une maladie inscrite à un tableau, le refus de prise en charge de la maladie par la Caisse Primaire d'Assurance Maladie était de bon droit. Le salarié n'est ainsi, notamment, pas parvenu à démontrer le caractère professionnel de son asthme, maladie désignée par le tableau n°66, puisqu'il produisait aux débats un rapport du Pôle de santé publique et de santé au travail des hôpitaux universitaires de Strasbourg « *concluant à l'absence d'argument en faveur d'un asthme d'origine professionnelle* ». On ne peut, à la lecture de cet arrêt, que s'interroger sur les conséquences qu'auraient pu avoir des conclusions médicales différentes sur l'origine de la maladie développée par le demandeur.

En matière de produits phytosanitaires, on relèvera que le pouvoir réglementaire considère désormais comme acquis le lien de causalité entre l'exposition aux pesticides et l'apparition de la maladie de Parkinson, puisque par décret du 4 mai 2012 (28) cette pathologie a été ajoutée au tableau des maladies professionnelles du code rural et de la pêche maritime. Il en va de même s'agissant du lymphome malin non hodgkinien, ajouté par décret du 5 juin 2015 (29).

Si de telles pathologies sont développées dans les conditions posées par un tableau de maladie professionnelle, il devient alors beaucoup plus aisé pour le salarié d'obtenir la prise en charge de sa maladie, ce qui se traduit ensuite par une augmentation des cotisations au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles de l'employeur.

En second lieu, l'obligation de sécurité (30) mise à la charge de l'employeur au titre du contrat de travail qui l'unit au salarié permet d'engager sa responsabilité en cas de faute inexcusable devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale dès lors que le caractère professionnel d'une maladie est reconnu, cette reconnaissance posant ainsi une présomption d'imputabilité de la maladie à l'activité professionnelle du salarié, du fait de l'existence des tableaux de maladies professionnelles.

Depuis les arrêts du 28 février 2002 (31) qui concernaient des salariés exposés à l'amiante, la seule survenance d'une maladie professionnelle caractérise la faute inexcusable de l'employeur lorsque celui-ci avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était soumis le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Les condamnations fréquentes en matière d'exposition à l'amiante sur ce fondement démontrent en elles-mêmes combien il est aisé d'engager la responsabilité d'une entreprise en matière d'exposition professionnelle à des substances potentiellement dangereuses.

25) Art. L. 451-1 du Code de la sécurité sociale

26) Art. L. 461-1 du Code de la sécurité sociale

27) CA Colmar, 23 juillet 2015, n°14/00003

28) Décret n°2012-665 du 4 mai 2012 révisant et complétant les tableaux des maladies professionnelles en agriculture annexés au livre VII du code rural et de la pêche maritime, JO du 6 mai 2012, p. 8149

29) Décret n°2015-636 du 5 juin 2015 révisant et complétant les tableaux de maladies professionnelles annexés au livre VII du code rural et de la pêche maritime, JO du 9 juin 2015, p. 9491

30) Art. L. 4121-1 du Code du travail

31) Cass. Soc. 28 févr. 2002, Bull. V. 2002, n°834, 837, 838, 842, 844, 845

32) Art. L. 4154-3 du Code du travail

33) Art. L. 4131-4 du Code du travail

34) Décret n°77-949 du 17 août 1977 relatif aux mesures particulières d'hygiène applicables dans les établissements où le personnel est exposé à l'action des poussières d'amiante.

35) CE, 9 novembre 2015, n°342468

36) CA Bourges, 25 septembre 2015, n°14/00115

37) CA Rouen, 12 octobre 2011, n°10/05074, CA Versailles, 4 décembre 2014, n°10/01525, Cass. Civ. 2^{ème}, 12 février 2015, n°14-10.947

38) CA Lyon, 13 novembre 2012, n°10/04205

39) CA Versailles, 2 avril 2015, n°12/03976

40) CA Metz, 16 juillet 2015, n°12/00216

La preuve de la faute inexcusable par le salarié est facilitée par l'existence de présomptions légales. D'une part, lorsque le salarié, embauché sous contrat de travail temporaire ou à durée déterminée, est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et qu'il est attesté qu'il n'a pas bénéficié de la formation à la sécurité renforcée prévue par le Code du travail (32). D'autre part, lorsque l'employeur a été averti par les salariés ou l'un des membres du CHSCT d'un risque qui s'est finalement réalisé (33). Reste à préciser l'appréciation de la conscience du danger par l'employeur, au regard notamment de risques qui ne sont pas identifiés au moment de l'exposition du salarié.

Dans les arrêts relatifs à l'amiante, la conscience du danger, et par voie de conséquence, la faute inexcusable de l'employeur, a été reconnue en dépit du respect des seuils d'exposition à la poussière d'amiante fixés par la réglementation en vigueur, le décret du 17 août 1977 (34). Ainsi, le respect de la réglementation spécifique à une substance n'est pas suffisant pour garantir l'absence de condamnation d'un employeur, qui se voit soumis à une obligation générale de sécurité.

Cette obligation, posée par l'article L. 4121 - 1 du Code du travail, agit comme une véritable « obligation balai » puisqu'elle impose à l'employeur, de manière générale, de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » et de « *veille[r] à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ». Il lui appartient ainsi d'aller au-delà de la réglementation posée par l'Etat, se voyant ainsi sanctionné dès lors qu'il sera estimé par les juridictions que les conditions de la faute inexcusable sont réunies.

L'employeur semble, cependant, maintenant pouvoir se faire garantir en cas de carence de l'Etat puisque le Conseil d'Etat a récemment admis, par un arrêt du 9 novembre 2015, que l'employeur condamné en faute inexcusable en raison d'une exposition de ses salariés à l'amiante pouvait engager partiellement la responsabilité de l'Etat. Il a ainsi annulé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes au motif que cette dernière n'avait pas recherché si la faute de la société « *faisait obstacle à la reconnaissance d'un lien de causalité directe entre la faute reprochée à l'administration et le dommage invoqué ou si elle avait été délibérément commise et était d'une gravité telle que la société ne pouvait se prévaloir de la carence de l'administration à prendre les mesures propres à l'empêcher de la commettre* ». Il a considéré, au contraire, que l'Etat n'avait pas, avant le décret du 17 août 1977, première réglementation à avoir posé des obligations en matière d'exposition à l'amiante, pris les « *mesures propres à éviter ou du moins limiter les dangers liés à une exposition à l'amiante* » (35).

Une telle solution pourrait dès lors être transposable en matière d'exposition à d'autres substances dans l'hypothèse où la carence de l'Etat pourrait être démontrée.

On notera, à ce titre, que, si la jurisprudence est à l'heure actuelle en construction sur la question de la conscience du danger, il semblerait, à première vue,

en matière de pesticides, que les juridictions hésitent à retenir la faute inexcusable de l'employeur.

Ainsi, si la Cour d'appel de Bourges a déjà pu en 2015 (36) condamner un employeur qui n'avait pas respecté la réglementation applicable et dont le salarié avait développé la maladie de Parkinson avant que celle-ci ne soit inscrite au tableau n°58 des maladies professionnelles, tel n'a pas été le cas dans d'autres espèces dans lesquelles l'existence de la conscience du danger était beaucoup moins évidente.

Ainsi, les juridictions ont récemment pu s'appuyer sur la taille de la société employeur, la nature de son activité, l'absence de service scientifique au sein de celle-ci, l'absence de certitude scientifique quant au lien entre l'exposition à un produit phytosanitaire et la maladie développée en l'absence de tableaux de maladie professionnelle ou sur la dangerosité de la substance elle-même et rejeter la faute inexcusable de l'employeur sur ces fondements (37).

Une évolution similaire peut également être observée en matière d'exposition au bitume. La Cour d'appel de Lyon a, pour la première fois dans un arrêt rendu le 13 novembre 2012, retenu la faute inexcusable d'une société spécialisée dans la manipulation, la fabrication et le recyclage d'enrobés et de bitumes. Pour retenir la faute inexcusable de l'employeur à l'origine du cancer de la peau développé par le salarié, la Cour d'appel relève que l'employeur avait transgressé les instructions du médecin du travail interdisant au salarié de se livrer à des « *enrobées* », et ne justifiait pas des mesures de protection prises lors des travaux d'épandages. Ces précautions étaient pourtant signalées par le fournisseur du produit. La décision est ainsi justifiée par la réalité du risque auquel était exposé le salarié et de l'absence de mesures de protection contre ce risque.

Ainsi, cet arrêt ne saurait être compris comme « *le procès en général ni du goudron, ni du bitume, ni de leurs composants, ni des entreprises de travaux publics en général* », ce que n'a pas manqué de rappeler la Cour d'appel (38).

Au demeurant, la Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 2 avril 2015, a rejeté l'existence d'une faute inexcusable d'une entreprise de travaux publics alors que le lien entre la pathologie – un cancer de la vessie en l'espèce – et l'exposition aux vapeurs de bitume, n'avait pu être connu de l'entreprise au moment de l'exposition. Les attestations et études produites afin de démontrer l'existence d'un lien entre la pathologie et l'exposition ont été rejetées, faute de pertinence, puisqu'elles étaient postérieures à l'exposition (39). Cet arrêt n'est pas isolé, la Cour d'appel de Metz ayant jugé le 16 juillet 2015 que « *la conscience du danger doit être appréciée au moment de l'exposition au risque* ». Elle a ainsi rejeté l'existence d'une faute inexcusable, le salarié n'ayant produit aucune pièce de nature à établir que l'effet de la substance à laquelle il avait été exposé – les hydrocarbures aromatiques composant le goudron de houille – était connu de l'employeur au moment de son exposition (40).

On signalera cependant, s'agissant toujours de l'exposition au bitume et dérivés de goudron, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mars 2014, dans lequel cette dernière a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Douai qui avait refusé de reconnaître la faute inexcusable de l'employeur, une société de



travaux publics, au motif qu'elle aurait dû rechercher si ce dernier n'aurait pas dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié compte tenu de « l'importance de la société, son organisation, la nature de son activité et des travaux auxquels étaient affecté son salarié » (41). Cet arrêt marque d'autant plus les esprits que la Cour d'appel avait retenu que les demandeurs se contentaient d'affirmer que l'employeur ne pouvait ignorer les risques d'une exposition, sans pour autant produire une quelconque pièce en ce sens (42).

L'approche de la Cour de cassation démontre le risque existant pour les grandes entreprises de l'industrie, et en particulier ici les entreprises de travaux publics, qui apparaissent comme étant en première ligne du contentieux de la faute inexcusable en matière de risques industriels et d'exposition.

L'avenir nous dira l'approche que choisiront d'adopter les juridictions, et plus particulièrement si elles souhaitent se ranger à une interprétation en faveur des demandeurs, à l'instar de l'évolution qui a pu être observée en matière d'amiante, la jurisprudence se montrant particulièrement stricte dans ce domaine.

Si la jurisprudence se dessine en matière de faute inexcusable, l'employeur doit tout autant prendre en compte le fait qu'il pourrait être inquiété en cas d'exposition mais d'absence de développement d'une maladie.

En effet, la jurisprudence prud'homale reconnaît également l'existence d'un préjudice en cas d'exposition fautive à une substance nocive. On pense évidemment au préjudice d'anxiété reconnu aux salariés exposés à l'amiante et dont les contours semblent désormais définis. Depuis les arrêts du 3 mars 2015, « 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 » (43). L'inscription sur la liste des établissements bénéficiant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est ainsi devenue la condition exclusive de la réparation et semble ainsi confiner la réparation de ce préjudice à une hypothèse très spécifique (44).

Cependant, la question de la reconnaissance par les juges du fond de l'indemnisation du préjudice d'anxiété en dehors du cas de l'exposition à l'amiante demeure toujours ouverte. Un Conseil de prud'hommes s'y est notamment montré favorable s'agissant de mineurs de fer le 6 février 2015 (45), et il n'est pas à exclure que les demandeurs exposés à d'autres substances que l'amiante cherchent, sous couvert d'une dénomination différente, à se faire indemniser d'un préjudice en réalité similaire au préjudice d'anxiété.

On relèvera, à ce titre, que par un arrêt inédit rendu le 5 mars 2014, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait débouté la demande d'indemnisation formée par deux salariés exposés à des vapeurs d'essence. La Cour d'appel avait refusé d'indemniser les salariés faute pour eux d'avoir contracté une pathologie. La Cour de cassation a qualifié ce motif d'inopérant. Selon cette dernière, il résulte de l'exposition à l'inhalation de vapeurs toxiques sans surveillance médicale ni protection un manquement de la société à son obligation de sécurité

de résultat « causant nécessairement un préjudice au travailleur » (46). La Cour de cassation semble ici reconnaître l'existence d'un préjudice *per se*, qui résulte du seul fait de la violation de l'obligation de sécurité de l'employeur et ainsi ouvrir la voie à une indemnisation générale en matière d'exposition.

B. Un risque de condamnation au titre d'une exposition environnementale

La responsabilité d'un industriel ne s'arrête pas au seuil de son entreprise et peut concerner, en matière d'exposition, des tiers étrangers à l'environnement professionnel.

L'exposition environnementale entraîne ainsi l'application des règles de droit commun. Des actions ont ainsi pu être engagées sur le fondement des articles 1382 ou 1384 du Code civil en cas de développement d'une maladie liée à l'amiante par des épouses d'ouvriers ayant été exposés, ces derniers ayant rapporté à leur domicile, à travers leurs vêtements, des particules de cette substance (47).

C'est par ailleurs sur le fondement du droit commun que la société Monsanto a récemment été condamnée en appel par un arrêt du 10 septembre 2015 de la Cour d'appel de Lyon dans une espèce concernant un produit phytosanitaire commercialisé par la défenderesse, le Lasso[®], qui avait été acheté par une coopérative puis revendu à l'agriculteur victime d'une intoxication lors d'une manipulation de ce produit. L'agriculteur avait procédé au nettoyage d'une cuve contenant ce produit, sans avoir porté de matériel de protection (48).

On notera, à cet égard, que la Cour a écarté l'application de la responsabilité du fait des produits (49), régime de responsabilité sans faute aux termes duquel le demandeur doit simplement démontrer que le produit en cause ne présentait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre, au motif que la mise en circulation du Lasso[®] était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de transposition de ce régime du 19 mai 1998.

Afin de retenir la responsabilité de Monsanto, la Cour d'appel s'est tout d'abord attachée à démontrer l'inhalation accidentelle du pesticide par le demandeur. On voit clairement ici se dessiner les problématiques auxquelles pourraient faire face les demandeurs exposés à de multiples substances ou exposés à travers des produits du quotidien, le demandeur dans cette espèce ayant notamment versé aux débats le bon de livraison et la facture du Lasso[®] inhalé.

La Cour s'est ensuite penchée sur les manquements évoqués. Elle a, en premier lieu, écarté la question de la mise sur le marché d'un produit dangereux, considérant que ce n'était pas constitutif d'une faute dès lors que le fabricant avait reçu une autorisation à cette fin. Une telle position est particulièrement intéressante, puisqu'elle permet au fabricant de se retrancher derrière l'aval ayant été donné par une autorité administrative. On peut cependant fortement douter de l'efficacité d'un tel argument si une action venait à être introduite sur le fondement de la responsabilité du fait des produits puisque l'article 1386-10 du Code civil prévoit expressément qu'un producteur peut être responsable du défaut de son

41) Cass. Civ. 2^{ème} 13 mars 2014, n°12-18.127 et 13-12.142

42) CA Douai, 24 février 2012, n°10/01913

43) Cass. Soc., 3 mars 2015, n°13-26.175

44) M. Keim-Bagot, Préjudice d'anxiété : la Cour de cassation referme la boîte de Pandore, *Droit social* 2015, p. 360

45) CPH, Longwy 6 février 2015 n°13/00174

46) Soc., 5 mars 2014, n°12-27.050

47) Voir par ex. Civ. 2^{ème}, 10 Avril 2008, n°07-15.758, CA Aix-en-Provence, 6 Novembre 2013, n°12/02246

48) CA Lyon, 10 septembre 2015, n°12/02717

49) Articles 1386-1 et suivants du Code civil

50) V. les arrêts admettant le recours à une présomption de causalité : Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-20.317 et n°06-10.967 pour abandonner la caractérisation de cette présomption aux juges du fond, donnant lieu à des décisions souvent contradictoires : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2009, n°08-11.073 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n°09-16.556

51) Cass. Civ. 1^{ère} 24 septembre 2009, n°08-10.081 et 08-16.305 ; Cass. Civ. 1^{ère} 28 janvier 2010, n°08-18.837

produit même lorsque celui-ci a fait l'objet d'une autorisation administrative.

En second lieu, la Cour d'appel s'est penchée sur l'obligation d'information de Monsanto, à laquelle il était reproché un défaut de respect des règles applicables en matière d'emballage et d'étiquetage de produit. Elle a considéré qu'il résultait des règles spécifiques applicables mais également de « *l'obligation générale d'information et de conseil du fabricant ou du vendeur que les informations relatives aux risques particuliers des produits ainsi que les mesures de protection devant être prises pour leur utilisation [devaient] figurer sur les étiquettes, emballages et mode d'emploi* » et que tel n'était pas le cas en l'espèce puisque Monsanto avait omis « *particulièrement de signaler les risques liés à l'inhalation de monochlorobenzène présent en quantité importante dans le LASSO et de préconiser l'emploi d'un appareil de protection respiratoire* ».

Cet arrêt est également intéressant dans l'appréciation qui est faite du lien de causalité. De manière fort favorable au demandeur, la Cour écarte l'argumentation de Monsanto selon laquelle, même si l'étiquetage avait été différent, l'accident serait tout de même survenu, le demandeur ayant admis qu'il pensait que la cuve qu'il avait nettoyée était vide. Elle considère, en effet que si l'attention du demandeur avait été « *plus spécialement attirée sur les risques graves pour la santé générés par l'inhalation du produit précédemment contenu dans la cuve, ce qu'il n'ignorait pas, il aurait nécessairement agi avec plus d'attention en prenant les précautions qui auraient dû précisément être recommandées sur l'étiquette ou le contenant du produit* ».

Cette appréciation large du lien de causalité n'est pas sans rappeler les arrêts relatifs au vaccin contre l'hépatite B qui ont pu admettre le recours à une présomption de causalité (50).

Tout comme le contentieux des maladies professionnelles, la question du lien de causalité peut s'avérer délicate en matière d'exposition environnementale. Faute de tableaux comme en matière de maladie professionnelle, la preuve devra être faite par la victime du lien de causalité entre l'exposition et le préjudice dont elle se prétend victime. Le recours aux présomptions, actuellement plutôt observé dans le domaine pharmaceutique, pourra éventuellement se voir généraliser en cas de difficulté de preuve pour le demandeur.

La preuve du lien de causalité, outre la question du doute scientifique, sera sans doute compliquée à propos de substances qui sont sources d'expositions multiples. Il en va ainsi des nanomatériaux, dont les risques pour la santé ne sont pas aujourd'hui identifiés avec certitude. A supposer que certains

nanomatériaux puissent être formellement considérés comme nocifs, leur présence dans de nombreux produits de la vie quotidienne rendra en pratique impossible l'identification du producteur selon les règles du droit commun.

Là encore, le recours à une présomption de causalité établie sur le même modèle que celle qui a été admise à propos du Distilbène paraît plausible. La Cour de cassation avait jugé que lorsque la victime apportait la preuve de l'exposition à la molécule et la preuve que la molécule était à l'origine de la pathologie dont elle souffrait, il appartenait à chacun des laboratoires ayant commercialisé la molécule de prouver que son produit n'était pas la cause du dommage subi (51), opérant un véritable renversement de la charge de la preuve.

S'il apparaissait dans un futur proche que certains nanomatériaux sont à l'origine de pathologies identifiées, ne serait-il pas envisageable que la jurisprudence admette une telle présomption à l'égard des producteurs de la substance incriminée ? Le problème de l'exposition multiple et des franchissements de seuils d'exposition posera sans doute des difficultés juridiques, mais la question est cependant ouverte.

Le droit applicable en matière d'exposition professionnelle ou environnementale est en constante évolution, la réglementation en vigueur se multipliant et la jurisprudence tendant à s'accroître au fil du temps.

Aussi est-il difficile pour les entreprises d'éviter entièrement le risque de contentieux, ce d'autant plus que les conséquences de telles expositions se matérialisent parfois de nombreuses années plus tard et que le droit applicable au moment des faits n'est donc pas toujours à même de protéger les travailleurs ou les consommateurs. Or, si la jurisprudence récente du Conseil d'Etat a ouvert une nouvelle porte aux employeurs puisqu'ils peuvent maintenant se voir indemniser par l'Etat de leurs condamnations en faute inexcusable lorsque celui-ci a tardé à mettre en place une réglementation permettant d'assurer la protection des salariés, force est de constater que la carence de l'Etat ne parvient pas toujours à emporter la conviction des juridictions judiciaires sur la question de l'absence de faute, comme le démontrent les arrêts rendus en matière d'amiante.

Les industriels doivent donc chercher dès maintenant à se prémunir d'un éventuel risque de condamnation en mettant sur pied des systèmes de veilles juridiques et scientifiques efficaces et des méthodes de documentation pérennes des actions prises pour la formation et la protection des salariés et l'information des utilisateurs de leurs produits.

La réparation du préjudice d'anxiété : des limites en cours de définition et des applications qui se multiplient comme dans le cas récent du Médiateur

Benoît Charot,
Avocat, Associé Gérant,
Reed Smith

Olivier Rivoal,
Avocat, Docteur en Droit,
Reed Smith

La question de la santé au travail a longtemps été envisagée sous le seul angle de la santé physique.

C'est surtout avec la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 que le Code du travail a exigé des employeurs qu'ils prennent les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé mentale des travailleurs.

« *Stress, risques psychosociaux, facteurs organisationnels, burn-out, harcèlements, violences, souffrances au travail, stress post-traumatique, santé mentale...* » constituent aujourd'hui toute « *une gamme terminologique dont les concepts se recouvrent parfois et qui désigne tantôt des risques professionnels et tantôt des effets sur la santé* » (1).

Parmi ces risques, existe celui pour un employeur de devoir indemniser tout salarié ou ancien salarié qui, en raison de son exposition supposée ou avérée à un risque professionnel, invoquerait un préjudice lié à l'anxiété de développer, consécutivement, mais éventuellement, une maladie.

Si l'employeur doit assurer la protection de la santé physique et mentale de ses salariés, s'il peut être jugé responsable de la maladie contractée par l'un de ses anciens salariés exposé à un risque parfois 40 ans plus tôt, il peut également voir sa responsabilité engagée pour un risque futur.

Depuis le 11 mai 2010, la Cour de cassation juge ainsi de manière constante qu'un salarié ayant travaillé dans 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 était fabriqué ou traité de l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, qui se trouve par le fait de son employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie peut prétendre à l'indemnisation « *d'un préjudice spécifique d'anxiété* » (2).

Par des arrêts successifs, la Haute Cour a précisé les conditions d'indemnisation de ce préjudice (I).

La prise en considération de manière de plus en plus extensive des conditions de santé au travail l'avait cependant déjà conduit à consacrer le principe d'un droit à indemnisation d'un préjudice d'exposition à des produits dangereux.

Ce faisant, la question se pose aujourd'hui de savoir quelle est l'étendue du risque, pour une entreprise, de voir sa responsabilité engagée au titre de l'anxiété que subiraient ses salariés ou anciens salariés (II).

Mais avant tout, on doit relever que la réparation d'un préjudice d'anxiété ne doit pas être envisagée que sous l'angle de la santé au travail.

On en trouve la démonstration dans trois ordonnances rendues le **28 janvier 2016** par le juge des référés près le Tribunal de grande instance de Nanterre qui a accordé à treize patients ayant absorbé le médicament Médiateur® une provision à valoir sur l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux (**art. 1386-1 et s. du Code civil**).

Le juge des référés n'a accordé la provision qu'aux patients qui établissaient concrètement la preuve d'un suivi médical en lien avec l'exposition « *au regard du risque qui ne peut être actuellement exclu de développer une HTAP [hypertension artérielle pulmonaire] même plus de deux années après [l']arrêt [du traitement]* ».

Ce risque serait, selon le juge des référés, « *de nature à provoquer chez [les demandeurs] un sentiment d'inquiétude indemnisable au titre du préjudice d'angoisse* ». Inversement, le juge de l'évidence a rejeté les demandes des patients qui n'apportaient pas la preuve de l'anxiété et d'un suivi médical contraignant en lien avec le risque de développer une HTAP au motif que la « *demande de provision se heurt[ait] à contestation sérieuse* ».

Mais ceci ne présage pas de ce qui pourrait être octroyé dans le cadre de la procédure devant le juge du fond, ce dernier pouvant décider d'indemniser les demandeurs qui ont été déboutés par le juge des référés. Mais ces trois ordonnances confirment que les juridictions pouvaient accueillir des demandes d'indemnisation du préjudice d'anxiété dans tous les domaines.

Il faut espérer cependant qu'elles se fonderont sur des principes essentiels qui fondent notre droit de la responsabilité et qu'elles n'accueilleront pas de telles demandes sans démonstration de la faute – soit une exposition fautive – et du préjudice qui doit être actuel direct et certain.

1) *Stress et risques psychosociaux : concept et prévention* ; INRS, Document pour le médecin du travail, n°106 2^e trimestre 2006.

2) Cass. Soc. 11 mai 2010, n°09-42241 09-42242 09-42243 09-42244 09-42245 09-42246 09-42247 09-42248 09-42249 09-42250 09-42251 09-42252 09-42253 09-42254 09-42255 09-42256 09-42257

3) Cass. Soc. 19 novembre 2015, n°14-14085 ; Cass. Soc. 3 mars 2015, n°13-26175
Publié au Bulletin

4) Circulaire DRT / CT2 n° 2004/03 du 6 février 2004 relative à la procédure applicable en matière de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

I. Les conditions d'indemnisation du préjudice spécifique d'anxiété

Si la Cour de cassation, en l'absence de texte, a jugé que certains salariés ou anciens salariés avaient droit à l'indemnisation d'un préjudice d'anxiété, elle a toutefois précisé et limité les conditions de cette indemnisation.

En effet, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation juge 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 à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel* » (3) (A).

Pour ces salariés, et contrairement à tous les principes usuels de droit civil, la Cour de cassation n'exige ni qu'ils rapportent la preuve de leur préjudice, ni même celle de leur exposition au risque d'inhalation de poussières d'amiante (B).

A. La condition de l'inscription de l'établissement sur la liste des établissements ouvrant droits à la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante

L'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998, dispose que les « *salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flocage et de calorifugeage à l'amiante (...)* » ont le droit de mettre un terme à leur carrière professionnelle de manière anticipée et de percevoir une allocation de cessation anticipée d'activité, 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 des ministres chargés du travail, de la sécurité sociale et du budget, pendant la période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante. L'exercice des activités de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, de flocage et de calorifugeage à l'amiante de l'établissement doit présenter un caractère significatif ;*

2° Avoir atteint l'âge de soixante ans diminué du tiers de la durée du travail effectué dans les établissements visés au 1°, sans que cet âge puisse être inférieur à cinquante ans ;

3° S'agissant des salariés de la construction et de la réparation navales, avoir exercé un métier figurant sur une liste fixée par arrêté conjoint des ministres chargés du travail, de la sécurité sociale et du budget ».

A l'origine de la création de ce régime, le législateur a souhaité le réserver aux salariés qui ont travaillé dans des industries ayant utilisé l'amiante comme matière première, pour la transformation de celle-ci et la fabrication de matériaux en contenant.

Il s'agissait alors de permettre aux salariés **des industries de l'amiante** un départ anticipé à la retraite à partir de 50 ans, considérant que l'espérance de vie de ceux-ci, ayant pu être exposés à des taux d'empoussièrement très importants, pouvait être réduite.

La loi de 1998 constituait ainsi un texte d'exception, qui pour la première fois dans l'histoire des risques professionnels avait pour objet d'instituer la réparation non pas d'un préjudice consécutif à une affection déclarée et reconnue, mais un régime de pré-retraite prenant en compte un simple risque sans maladie déclarée.

Ce régime a donc été dès l'origine basé sur la prise en compte de l'existence d'un risque éventuel, sans être conditionné à la démonstration d'une exposition effective ou d'une faute quelconque de l'employeur.

Il bénéficiait, sans distinction, à tous les salariés de tous les établissements classés, quelles que soient les fonctions qu'ils y avaient occupés, et même s'ils n'avaient pas été exposés au sein de ceux-ci.

La loi n°99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000 a complété ce dispositif en l'étendant aux établissements de flocage et de calorifugeage à l'amiante, ainsi qu'aux établissements de construction et de réparation navale.

Le législateur savait parfaitement que des salariés avaient pu être exposés à l'inhalation de fibres d'amiante, non seulement dans ces secteurs d'activité, mais également dans la plupart des industries françaises dans lesquelles travaillaient, par exemple, des mécaniciens, des agents de maintenance, des électriciens ou encore des chaudronniers.

Il aurait donc pu définir la population des salariés éligibles au régime de la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante de manière générale, comme étant par exemple tout salarié ayant été exposé au cours de son activité, peu important le ou les secteurs d'activité de son ou de ses employeurs successifs.

Or, la loi vise uniquement des établissements dont l'une des activités est précisée par son article 41, c'est-à-dire ceux dont l'une des activités est celle de fabrication de matériaux contenant de l'amiante ou les entreprises de calorifugeage ou de flocage à l'amiante et corrélativement, la loi ne vise absolument pas toute industrie, quelle que soit son activité, dans laquelle certains salariés ont pu être exposés à un risque d'inhalation de poussières d'amiante.

La circulaire n°2004/03 du 6 février 2004 relative à la procédure applicable en matière de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, rappelait le caractère limitatif des établissements susceptibles d'ouvrir droit au dispositif :

« *Ce dispositif s'avère d'autant plus sensible que les catégories de la loi ne couvrent pas toutes les expositions passées à l'amiante, mais exclusivement celles intervenues dans des secteurs particuliers, ce qui peut générer des difficultés de compréhension de la part des demandeurs* » (4).

Par la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, le législateur a ajouté un deuxième alinéa au 1° de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998, alinéa précisant que « *l'exercice des activités de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, de flocage et de calorifugeage à l'amiante de l'établissement doit présenter un caractère significatif* ».

Ce sont donc exclusivement la nature de l'activité de l'établissement et son caractère significatif qui



permettent le classement sur la liste des établissements et les salariés bénéficient du régime sans qu'ils aient à démontrer leur exposition personnelle au risque d'inhalation de poussières d'amiante.

La critique peut donc déjà être faite que des salariés n'ayant jamais été exposés bénéficient de ce régime.

Par ailleurs, les juridictions, souvent à tort au regard du texte légal, ont adopté une conception totalement extensive du critère de significativité sans doute pour faire bénéficier le plus grand nombre de salariés du régime de la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

Des établissements ont donc été classés alors que l'intervention de certains de leurs salariés sur des équipements contenant de l'amiante n'était pas significative et que seul un petit nombre de leurs salariés en était chargés.

C'est sur le fondement de ce régime que la Cour de cassation a fondé un droit à indemnisation d'un préjudice spécifique d'anxiété face au risque de développer une maladie.

Depuis un arrêt du 11 mai 2010, elle juge de manière constante qu'un salarié ayant travaillé dans un établissement 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 était fabriqué ou traité de l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, et qui se trouve par le fait de son employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante peut prétendre à l'indemnisation « d'un préjudice spécifique d'anxiété » (5).

Le terme **spécifique** est naturellement important. Il signifie que la réparation de ce préjudice est limitée aux établissements classés.

D'ailleurs, des salariés d'établissements non classés ont tenté de conduire des actions identiques à ceux d'établissements classés pour obtenir la même réparation mais la Cour de cassation a décidé de réserver cette réparation aux salariés ayant travaillé dans les établissements portés sur la liste des établissements ouvrant droit à la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.

Elle a en effet rendu le 3 mars 2015 un arrêt, qui figurera compte tenu de son importance dans son rapport annuel, qui pose le principe selon lequel :

« 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 » (6).

Ainsi, un salarié ne peut prétendre subir un préjudice spécifique d'anxiété et en solliciter la réparation que si l'établissement dans lequel il a été employé, a été classé, et s'il était présent dans l'établissement pendant la période de référence fixé par l'arrêté ministériel.

A contrario, le salarié d'une usine qui n'est pas inscrite sur cette liste n'est pas recevable, et en tout cas pas fondé, à agir.

B. Les conditions de la responsabilité de l'employeur

Le risque pour les établissements inscrits sur la liste de voir leur responsabilité engagée en cas de demande par des salariés ou d'anciens salariés d'indemnisation d'un préjudice d'anxiété est d'autant plus important que la Cour de cassation a, contestablement au regard des principes de notre droit civil, par ses arrêts successifs, allégé la charge probatoire qui pèse sur les salariés.

Le seul fait pour des salariés d'avoir travaillé dans un établissement inscrit sur la liste même s'ils n'ont **jamais** été exposés suffirait en effet aujourd'hui, à suivre sa jurisprudence, à caractériser une faute de l'employeur qu'il devrait réparer.

De la même manière permettrait-il de caractériser le préjudice, sans qu'il soit en réalité démontré.

Le premier arrêt de cette évolution jurisprudentielle est du 4 décembre 2012.

Il a été rendu à la suite du pourvoi d'un employeur qui reprochait à la Cour d'appel de Caen d'avoir accueilli la demande en réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété d'une salariée « sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si cette salariée avait été amenée à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse » (7).

La Cour de cassation a considéré que « la cour d'appel, qui a constaté que la salariée, 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, de 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, qu'elle se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers, a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété et légalement justifié sa décision » (8).

Ainsi, pour la Cour suprême, le fait qu'un salarié ait travaillé dans un établissement listé le dispense de rapporter la preuve de contrôles médicaux réguliers pour démontrer son anxiété.

La Cour de cassation a confirmé cette décision par un arrêt du 18 décembre 2013 (9).

Puis dans un nouvel arrêt du 2 avril 2014, elle a précisé sa position sur l'étendue de la preuve à la charge du salarié.

Cette décision a été rendue à la suite d'un pourvoi de salariés qui avaient été déboutés de leurs demandes aux motifs qu'ils n'avaient versé aux débats « ni document objectif ni témoignage de tiers sur [leur] anxiété, qu'aucun salarié [n'évoquait] ses conditions d'existence et [n'apportait] d'éléments sur un changement de ses conditions d'existence et qu'ils ne [rapportaient] donc pas la preuve qui leur [incombait] d'un sentiment d'anxiété ni d'une modification des conditions d'existence ».

La Cour de cassation a considéré 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

5) Cass. Soc. 11 mai 2010, n°09-42241 09-42242 09-42243 09-42244 09-42245 09-42246 09-42247 09-42248 09-42249 09-42250 09-42251 09-42252 09-42253 09-42254 09-42255 09-42256 09-42257

6) Cass. Soc. 3 mars 2015, Sté ERDF, n°13-26175 P

7) Cass. Soc. 4 décembre 2012, n°11-26294

8) Cass. Soc. 4 décembre 2012, n°11-26294

9) Cass. Soc. 18 décembre 2013, n°12-19123

10) Cass. Soc. 2 avril 2014, n°12-28616 et suivants

11) Cass. Soc. 19 novembre 2015, n°14-19059

12) Laurent Gamet, Le préjudice d'anxiété, *Droit Social* 2015, p.55

13) CA Rouen, Ch. Sociale, 10 avril 2012, RG n°11/04423 – 11/04540

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 » (10).

Dans cet arrêt, comme dans les deux précédents, la Cour de cassation dispense donc le salarié de prouver son préjudice qui selon elle se déduit de la seule inscription de l'établissement.

Sa position heurte évidemment les principes usuels de droit civil puisqu'un salarié qui n'aurait par exemple rempli que des fonctions administratives et n'aurait jamais été exposé pourrait agir et être indemnisé.

Par un arrêt du 19 novembre 2015, la Cour de cassation semble avoir infléchi encore un peu plus sa position concernant, cette fois, la charge de la preuve de l'exposition d'un salarié au risque d'inhalation de poussières d'amiante, question qui jusqu'alors n'avait pas donné lieu à des décisions.

Par cette décision, elle a en effet reproché à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir ajouté la condition de la preuve de l'exposition personnelle du salarié à l'amiante.

La Cour d'appel pour débouter le salarié de ses demandes avait retenu « *après avoir relevé que pour la période du 5 mars 1979 au 19 mars 2001, l'intéressé était fondé à se prévaloir d'une présomption d'exposition à un risque avéré et d'une réelle gravité découlant d'un contact avec l'amiante, [...] que les éléments qu'il produit ne sont pas suffisants pour faire jouer la présomption qui s'attacherait à des conditions et des périodes de travail effectives et déterminées au sein de la société [C...], et sur lesquelles cette dernière serait en mesure de produire ou non des réponses précises, que les attestations Y... et B..., rédigées en termes d'ordre général, ne permettent pas de cibler les dates des activités décrites, leurs rédacteurs faisant seulement état, de manière générale, d'un travail effectué avec M. X... dans les chaudières, les condensateurs, du nettoyage à l'acide des conduits, et de la respiration des poussières d'amiante, ce au sein des entreprises [G...], [A...], [C...], que M. Y... ajoute « années 74 à 87 », que MM. Z... et A..., dont les attestations respectives sont identiques, mentionnent « avoir travaillé sur les mêmes navires avec M. X... de 1981 à 1987, il travaillait chez la société [C...] et [A...]. en qualité de nettoyeur peintre, piqueur de sel à bord des navires... dans un air ambiant saturé de poussières d'amiante... », que faute de précisions sur les chantiers concernés et, partant, sur la nature du travail de M. X..., ces documents ne permettent pas plus de valider les demandes de l'intéressé ;*

La Cour de cassation la sanctionne au motif que « *la cour d'appel, qui a ajouté la condition de la preuve d'une exposition personnelle du salarié à l'amiante, a violé les textes* » (11).

Si cet arrêt d'espèce, contraire soulignons-le encore une fois aux principes du droit civil, devait être confirmé, il impliquerait donc des employeurs qu'ils rapportent la preuve de ce que tel ou tel salarié n'a pas été exposé au risque d'inhalation de poussières d'amiante sans être certains toutefois au regard des décisions des juridictions du fond que cette preuve soit suffisante pour évincer leur responsabilité, alors qu'il est

difficilement acceptable qu'une indemnisation puisse avoir lieu sans faute, c'est-à-dire sans preuve **effective** de l'exposition.

II. L'étendue du risque pour les entreprises

L'extension de la protection de la santé sous tous ses aspects a conduit par ailleurs la Cour de cassation à consacrer le principe d'un droit à indemnisation d'un préjudice d'exposition à des produits dangereux autres que l'amiante (A).

Des salariés ayant travaillé dans des établissements non inscrits sur la liste des établissements ouvrant droit à la cessation anticipée des travailleurs de l'amiante, ne pouvant obtenir l'indemnisation du préjudice spécifique d'anxiété ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, tentent par conséquent sur ce fondement d'obtenir l'indemnisation non pas du préjudice spécifique d'anxiété mais d'un préjudice d'exposition sur le fondement d'un manquement de l'obligation de sécurité de résultat.

De telles prétentions sont cependant, au regard de la jurisprudence et des textes, vouées à l'échec (B).

A. L'indemnisation du préjudice d'exposition

Depuis quelques années, de nombreuses actions ont été conduites par des salariés alléguant avoir été exposés à des risques à des « produits » aussi divers que le fer, le bitumes ou les radiations d'origine nucléaire et sollicitant l'indemnisation d'un préjudice lié à cette exposition.

Comme l'ont souligné certains auteurs, « *les fiches de prévention remises aux salariés dans le cadre du dispositif pénibilité et répertorient les expositions à des risques professionnels, spécialement à des risques chimiques, [...] contribueront [au développement de ce type de contentieux]* » (12).

En fait, comme dans les contentieux ayant trait à la reconnaissance du préjudice spécifique d'anxiété lié à une exposition au risque d'inhalation de poussières d'amiante, ces salariés font valoir qu'ils sont inquiets de déclarer un jour une maladie liée à l'exposition qu'ils allèguent.

Des conseils de prud'hommes et des cours d'appel ont accueilli ces demandes.

Ainsi, la Cour d'appel de Rouen a accordé par un arrêt du 10 avril 2012, à un demandeur se trouvant « *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'exposition des agents chimiques dangereux et [étant amené] à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* », une indemnisation au titre du préjudice d'anxiété (13).

De même, consécutivement à un accident nucléaire, le Conseil de prud'homme de Rouen a, par un jugement du 1^{er} août 2013, considéré que « *s'il ne peut être nié l'existence d'un préjudice d'anxiété lié à l'alarme déclenchée et au suivi immédiat mis en place avec prise de douche immédiate et suivi rapproché durant trois jours, en aucun cas il ne peut être considéré qu'il existe un risque réel et avéré de déclarer une*



maladie face à ce degré de contamination. Dès lors, le préjudice avéré ne peut résulter que de cette inquiétude immédiate et temporaire qui a été causée par la faute de l'entreprise et sera justement réparée par l'allocation d'une somme de 1.000 euros » (14).

Le Conseil de prud'hommes de Longwy s'y est également montré favorable dans un jugement du 6 février 2015, s'agissant de mineurs de fer. Se fondant sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, les conseillers ont jugé que les demandeurs se trouvaient « par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face aux risques de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'inhalation de produits nocifs » (15).

La Cour de cassation a également admis, dans un arrêt du 5 mars 2014, que puisse exister un préjudice d'exposition.

En l'espèce, la Cour d'appel de Nancy, pour débouter deux salariés de leurs demandes de dommages-intérêts en raison d'une exposition à des substances dangereuses, avait retenu qu'ils ne démontraient pas, alors que l'exploitation de la station-service dans laquelle ils avaient travaillé avait cessé en 1985, avoir contracté une maladie ou subi un préjudice physique résultant de leur exposition à des agents nocifs.

Devant la Cour de cassation, les deux demandeurs reprochaient à la Cour d'appel de les avoir déboutés alors que « l'exposition d'un salarié sans surveillance ni protection à l'inhalation de vapeurs toxiques lui cause nécessairement un préjudice ; qu'en [les] déboutant [...] de leur demande de dommages et intérêts au motif inopérant de l'absence de démonstration d'une maladie professionnelle ou d'un préjudice d'anxiété, la cour d'appel [avait] violé l'article 1382 du Code civil ».

Or, la Cour de cassation a cassé et annulé la décision de la Cour d'appel au motif qu'« en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de l'absence de maladie professionnelle ou de trouble 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 [T...] avait commis un manquement à son obligation de sécurité de résultat causant nécessairement un préjudice aux travailleurs, la cour d'appel a violé les [articles L. 4121-1 du Code du travail, 330, 601 et 604 de la convention collective des industries du pétrole du 3 septembre 1985] » (16).

Cependant, la différence avec le préjudice spécifique d'anxiété qu'elle a consacré pour les salariés des établissements classés est qu'un préjudice d'exposition n'est réparable que si l'exposition est effectivement démontrée.

Aujourd'hui, aucune activité industrielle ne semble donc plus à l'abri de recours formé par des salariés dès lors qu'elle les a effectivement exposés à un risque quelconque et ne démontre pas avoir pris les mesures évitant l'exposition.

Il conviendrait à notre avis pour que le préjudice d'exposition soit réparable que soit démontré non seulement l'exposition mais aussi son caractère fautif. En tout état de cause, il est impératif pour tout employeur de délimiter au plus près les risques auxquels ses salariés seraient exposés et de pouvoir

démontrer qu'il a mis en place les mesures évitant l'exposition.

B. Les salariés d'établissements non classés ne peuvent pas solliciter la réparation d'un préjudice d'exposition au risque d'inhalation de poussières d'amiante

La Cour de cassation ayant décidé dans son arrêt du 3 mars 2015 que seuls les salariés d'établissements classés sont recevables à solliciter la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété, la question est de savoir si des salariés d'établissements non classés peuvent aujourd'hui prétendre qu'ils subiraient un préjudice distinct du préjudice d'anxiété qui résulterait de l'exposition même au risque d'inhalation de poussières d'amiante.

Arguant de la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mars 2014 susvisé, ces salariés pourraient en effet vouloir déplacer le débat qui est aujourd'hui clos du préjudice d'anxiété vers un préjudice d'exposition.

De telles prétentions sont cependant, au regard de la jurisprudence et des textes, vouées à l'échec.

La Cour de cassation a effectivement donné une définition du préjudice d'anxiété qui ne permet pas d'envisager qu'un préjudice d'exposition au risque d'inhalation de poussières d'amiante soit en tant que tel indemnisé.

Selon elle, en effet, le préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris notamment ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, compte tenu de l'exposition éventuelle à ce risque (17).

Pour la Cour de cassation, le préjudice d'anxiété constitue le seul poste du préjudice moral pouvant affecter des salariés ayant pu être exposés au risque d'inhalation de poussières d'amiante, et seuls les salariés d'un établissement inscrit sur la liste des établissements ouvrant droit à la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante peuvent solliciter sa réparation.

Et la question est définitivement close puisque par un arrêt du 27 janvier 2016, qui sera publié au bulletin, la Cour de cassation vient de juger 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 [...] 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 » (18).

14) CPH Rouen, 1^{er} août 2013, n° F 11/02396

15) CPH. Longwy 6 février 2015 n° 13/00174

16) Cass. Soc., 5 mars 2014, n° 12-27050

17) Cass. Soc. 25 septembre 2013, n°12-12883, Publié

18) Cass. Soc. 27 janvier 2016, n° 15-10640 et suivants

19) CA Bordeaux, Ch. Sociale section A, 20 mai 2015, n°13/04422, (www.Lamyline.fr)

20) CA Aix-en Provence, 18° Ch. B, 3 juillet 2015, n°13/22769 (www.lamyline.fr); CA Chambéry, Ch. Sociale 9 juillet 2015, n°14/02860 (www.lamyline.fr)

21) CA Chambéry, Ch. Sociale 9 juillet 2015, n°14/02860 (www.lamyline.fr)

Il en résulte que les salariés d'un établissement non classé ne peuvent pas revendiquer un quelconque préjudice en matière d'exposition à l'amiante.

C'est ce qui a déjà été jugé par de nombreuses cours d'appel.

Ainsi, par un arrêt du 20 mai 2015, la Cour d'appel de Bordeaux a jugé que :

« la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise que pour les salariés remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 qui précise en son I que l'ACAATA est versée aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flochage de calorifugeages amiante ou de construction et de réparation navale inscrits sur une liste établie par arrêté ministériel.

En conséquence, M. X... qui ne justifie pas avoir été employé et rémunéré par un établissement inscrit sur les listes des établissements susvisés, dans les conditions prévues par la loi, ne peut prétendre à la réparation du préjudice d'anxiété.

[...]

Le préjudice d'anxiété, qui inclut l'ensemble des troubles psychologiques résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, est le seul préjudice, hors toute pathologie, qui résulte de l'exposition à l'amiante ; en l'espèce sa réparation n'est pas admise. » (19).

C'est aussi la position adoptée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 3 juillet 2015 et par la Cour d'appel de Chambéry dans un arrêt du 9 juillet 2015 (20).

Dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel a particulièrement motivé sa décision.

« Il est de principe que seul peut bénéficier d'une réparation de son préjudice d'anxiété le salarié exposé à l'amiante dans une entreprise inscrite sur l'arrêté ministériel ouvrant droit à la cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, telle que prévue à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

Il s'agit d'une indemnisation automatique, le salarié étant indemnisé du seul fait de l'inscription sur la liste de l'entreprise où il a travaillé. Mais elle est aussi exclusive, dans la mesure où le fait pour le salarié de ne pas satisfaire à cette condition, exclut toute réparation, quand bien même serait apportée la preuve de l'exposition. (21) »

Un salarié n'est donc pas recevable ou fondé à solliciter la réparation d'un préjudice d'exposition lorsque l'établissement dans lequel il a travaillé n'a pas été classé.

Ces arrêts sont, espérons-le, la démonstration de ce que après avoir largement admis la réparation du préjudice d'anxiété ou d'exposition, les juridictions seront vigilantes en s'appuyant sur les principes traditionnels du droit de la réparation à ne pas accueillir en masse des actions en l'absence d'exposition et/ou de préjudice démontrés.



La gestion des risques psychosociaux

Laura Ferry,
Avocat, Counsel,
Reed Smith

Les risques psychosociaux suscitent depuis plusieurs années de nombreux débats et ce, dans un nombre important de champs disciplinaires, que ce soit la psychologie, la sociologie, ou encore la médecine. Une littérature abondante tente de comprendre leurs contours exacts, leurs origines, leurs conséquences sur les individus et sur la société toute entière.

Plusieurs rapports récents ont ainsi tenté de résumer ce sujet, voire d'essayer d'y apporter des solutions (1).

Les institutions nationales ne sont pas les seules à s'intéresser au phénomène.

L'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail a rendu publique sa deuxième enquête européenne sur « *les risques nouveaux et émergents* » (2) (ESENER-2) qui fournit des informations transnationales comparatives pertinentes pour l'élaboration et la mise en œuvre de nouvelles politiques dans le domaine de la santé et la sécurité au travail.

Le sujet revient également de façon récurrente sur le terrain juridique comme politique.

Dernièrement, des débats ont eu lieu au sein de l'Assemblée nationale pour déterminer s'il fallait ou non intégrer le *burn-out* dans un tableau de maladie professionnelle.

Un sondage (3) effectué au cours de l'année 2015 montre que près d'un salarié sur deux estime que le climat social de son entreprise s'est un peu, voire beaucoup, dégradé en un an.

De même, 4 salariés sur 10 ne sont pas satisfaits de leur niveau de bien-être au travail, près d'un actif sur deux rencontre désormais fréquemment des troubles du sommeil et un tiers d'entre eux rencontre des troubles alimentaires (32%) (4).

La première difficulté à laquelle on se heurte lorsqu'on étudie ces risques est leur absence de définition.

Les divers organismes qui les étudient tentent chacun à leur tour de donner leur propre définition.

C'est ainsi que le Collège d'expertise (5) sur le suivi des risques psychosociaux au travail définit les risques psychosociaux comme étant « *les risques pour la santé mentale, physique et sociale, engendrés par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental* ».

D'autres les définissent plus simplement comme étant les risques ayant la particularité d'être liés à la conception, à l'organisation et à la gestion du travail, c'est-à-dire la rencontre entre l'individu (le « psycho »), et la situation de travail et le contact avec autrui (le « social »).

Toutefois ces définitions ne résolvent pas tous les problèmes d'identification. En effet, les risques

psychosociaux constituent une catégorie large et floue pour plusieurs raisons. Le terme « *risque* » crée un amalgame entre les causes et les conséquences c'est-à-dire entre les facteurs de risques, les causes, les troubles psychosociaux, et leur manifestation concrète.

Seuls les facteurs de risques sont appréhendés par notre droit (harcèlement moral ou harcèlement sexuel).

Enfin, la nature même des risques psychosociaux pose une difficulté et en particulier des troubles qu'ils provoquent. Étant par définition des troubles « *psychologiques* », leur apparition et leur gravité dépendent des individus, de leur histoire personnelle, de leur fragilité psychologique et d'autres facteurs dont la plupart comporte une part de subjectivité importante. L'objectivisation du lien de causalité entre les troubles et le travail pose encore une difficulté. Comment être certain que tel trouble dont souffre le salarié trouve son origine dans son activité professionnelle ?

La prise en compte de tels risques par le législateur français est relativement récente.

Elle résulte pour partie de la directive européenne du 12 juin 1989 (6), transposée par la loi du 31 décembre 1991, qui dispose en son article 6 que « [...] *l'employeur prend les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, y compris les activités de prévention des risques professionnels, d'information et de formation* [...] ».

Ainsi, selon l'article L. 4121-1 du Code du travail (7), l'employeur doit prendre les « *mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » (8).

L'objectif posé par le législateur est avant tout d'inciter les employeurs à adopter des moyens de gestion préventive des risques afin de les limiter ou d'en supprimer un maximum (I).

Mais ce n'est qu'en cas d'apparition de troubles psychosociaux, qu'il faudra gérer les risques liés au contentieux (II).

I. La prévention des risques psychosociaux

La prévention des risques psychosociaux est un pilier majeur de la lutte contre ces risques.

Cette prévention s'insère de manière globale dans la prévention des risques professionnels.

Elle se concrétise à travers une obligation générale de prévention pesant sur l'employeur (A), « *clé de voûte de la sécurité dans l'entreprise* » (9).

Celui-ci n'est pas pour autant le seul acteur de la

1) P. Nasse et P. Légeron, Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail, 2008, G. Dériot (rapp.) / Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires sociales par la Mission d'information sur le mal-être au travail, 2010, disponible sur le site internet du Sénat

2) Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (EU-OSHA), Deuxième enquête européenne des entreprises sur les risques nouveaux et émergents, 2015.

3) Selon un baromètre Cegos « Climat social et qualité de vie au travail », organisme de formation professionnelle qui a interrogé en juillet et août 2015 ; 1 204 personnes selon la méthode des quotas : 750 salariés, 307 managers et 147 responsables des ressources humaines d'entreprises privées de plus de 100 salariés.

4) Étude « Le bien-être, une recherche quotidienne » réalisée par IPSOS du 3 au 12 août 2015, auprès de 1 005 personnes constituant un échantillon représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus.

5) Rapport du collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, faisant suite à la demande du ministre du Travail, avril 2011, 42 p.

6) Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

7) Anciennement article L. 230-2 du Code du travail :

8) Les adjectifs « physique et mentale » ont été accolés au nom « santé » par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002, article 173.

9) Marie-Christine Haller, *JSL*, 2002, n°99, 14.

10) On trouve également l'adaptation du travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ; tenir compte de l'état d'évolution de la technique ; Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ; Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1 ; Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ; Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

11) INRS, Dépister les risques psychosociaux – Des indicateurs pour vous guider, février 2010, 49 p.

12) Selon l'article R. 4121-2 du Code du travail, le document unique doit être réalisé au moins une fois par an, ou lors de toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, au sens de l'article L. 4612-8 ou lorsqu'une information supplémentaire intéressant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail est recueillie ; notons que le fait de ne pas transcrire ou de ne pas mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques est puni de 1 500 euros, et de 3 000 euros en cas de récidive

13) Voir INRS, Dépister les risques psychosociaux – Des indicateurs pour vous guider, février 2010, p. 43 ; *Face au risque*, n°512, avril 2015

prévention des risques psychosociaux. D'autres acteurs participent à cette mission d'intérêt général (B).

A. La prévention par l'employeur

L'article L. 4121-1 du Code de travail fonde à la fois une obligation de sécurité de résultat et une obligation de prévention.

La première induisant forcément la seconde.

L'employeur est ainsi tenu de prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».

Le champ d'application de cette réglementation permet de mieux comprendre la façon dont le législateur la perçoit (1).

Elle se décline en une multitude d'obligations incombant à l'employeur qui doit adopter un comportement actif face aux risques psychosociaux (2), parmi lesquelles une obligation d'information et de formation (3).

1. Un champ d'application très étendu

Les risques psychosociaux étant liés au monde du travail, on peut raisonnablement penser qu'aucun secteur n'est exclu.

Ceci explique pourquoi le champ d'application est extrêmement étendu.

En effet, l'article L. 4111-1 du Code du travail soumet aux dispositions de la partie « *Santé et sécurité au travail* », les employeurs de droit privé ainsi que les travailleurs mais également les établissements publics à caractère industriel et commercial, les établissements publics administratifs lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé et les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Ceci montre que la lutte contre les risques psychosociaux est prise très au sérieux par le législateur qui y voit à la fois une meilleure protection du salarié mais également une mission d'intérêt public.

2. Une obligation générale d'agir contre les risques psychosociaux

Prévenir les risques psychosociaux ne signifie pas simplement être conscient qu'ils existent.

Les mesures de prévention doivent respecter plusieurs principes généraux énoncés à l'article L. 4121-2 du Code de travail dont les plus importants sont d'« *éviter les risques* », d'évaluer ceux « *qui ne peuvent pas être évités* », de combattre les risques à la source (10) et de donner les instructions appropriées aux travailleurs.

Deux types de mesures peuvent être selon nous distingués.

Il faut en premier lieu identifier et évaluer les risques psychosociaux propres à chaque entreprise (a).

Puis, l'employeur devra mettre en œuvre les actions de prévention adéquates (b).

a. Identification et évaluation des risques psychosociaux

L'article L. 4121-3 du Code du travail impose à l'employeur d'évaluer les risques « *pour la santé et la sécurité des travailleurs* » en tenant compte « *de la nature des activités de l'établissement* ».

Cette obligation pèse sur tous les employeurs et ne doit pas être négligée.

Pour cela, il faut prendre en compte l'ensemble des facteurs de risques dans chaque unité de travail, et s'aider des différents indicateurs de risques tels que ceux proposés par l'INRS (11).

Il faut par exemple prendre en compte les indicateurs liés au fonctionnement de l'entreprise (temps de travail, mouvements du personnel, rémunération, organisation du travail, etc...) mais également les indicateurs liés à la santé et à la sécurité des salariés (le nombre d'accidents du travail, de maladies professionnelles ou encore l'activité du service de santé au travail).

Une fois tous les risques recensés, tout doit être réuni dans un document unique en application de l'article R. 4121-1 du Code du travail.

Ce document devra être mis à jour annuellement ou plus si nécessaire (12).

Il doit également être mis à la disposition des personnes visées par l'article R. 4121-4 du Code du travail (les salariés, le CHSCT, les délégués du personnel, le médecin du travail, etc...).

Une question pratique se pose, celle de savoir à qui doit être confié ce travail d'évaluation et d'identification.

Le Code du travail est partiellement muet sur ce sujet.

En effet, l'obligation incombe à l'employeur mais rien n'impose à une entité précise d'effectuer ces tâches.

Une telle absence offre une certaine liberté à l'employeur.

Il est toutefois recommandé de le confier à un groupe pluridisciplinaire (13).

À titre indicatif, l'INRS recommande la présence des membres de la direction, des acteurs de prévention interne (médecin du travail, membres de CHSCT), et des salariés des différents services.

Enfin, selon l'article L. 4612-16 du Code du travail, l'employeur présente au CHSCT un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail.

b. La mise en œuvre des mesures de prévention

Dès lors que les risques psychosociaux auront été identifiés et évalués, l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs.

Cela va bien au-delà de s'abstenir d'utiliser son pouvoir de direction.

Il est vrai que la phase de diagnostic est la plus renseignée, mais très peu d'articles existent sur la façon dont l'employeur doit se comporter pour prendre les actions adéquates.



Ces actions devront être régulièrement évaluées et modifiées le cas échéant.

La plupart du temps, ces actions peuvent faire l'objet d'accords négociés.

Par exemple, l'accord du 13 avril 2015 sur la qualité de vie au travail dans la vente à distance prévoit un certain nombre de mesures comme une sensibilisation des entreprises à l'égalité de traitement et à la non-discrimination, une incitation des entreprises à mettre en œuvre des mesures facilitant la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle (14).

L'employeur doit aussi s'empêcher de mettre en place certains types d'organisation ou de restructuration qui pourront être qualifiées par les juridictions de dangereuses pour la santé des salariés.

Par exemple, le système de « *ranking* » (classement) par quotas est considéré comme illicite (15).

De la même manière, le juge peut « *interdire à l'employeur, nonobstant son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui ont pour objet de compromettre la santé de ses salariés, qu'ainsi le juge, après avoir fait le constat qu'une organisation de travail compromet la santé des salariés, peut intervenir pour interdire sa mise en œuvre [...] que [le système benchmark] consiste en une évaluation permanente, chaque agence [...] voit ses performances analysées au regard des performances des autres agences [...] ; que ce système crée un stress permanent [...] qu'il résulte de tout ceci que l'employeur n'a pas respecté l'obligation de résultat qui pèse sur lui* » (16).

c. Une obligation d'information et de formation

En application des articles L. 4141-1 et L. 4141-2 du Code du travail, l'employeur doit informer et former les salariés sur les risques qu'ils pourraient rencontrer dans le cadre de l'exécution de leur contrat de travail.

Cette formation fait partie intégrante de la prévention des risques professionnels, dont les risques psychosociaux (17), et doit s'effectuer à l'embauche et chaque fois que nécessaire.

Elle est également prévue par l'article L. 4154-2 du Code du travail pour les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés temporaires et les stagiaires en entreprise affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité.

B. La prévention par d'autres acteurs

L'employeur n'est pas le seul acteur dans la prévention des risques psychosociaux.

En effet, d'autres acteurs participent activement à cette prévention.

Il s'agit notamment des salariés (1), mais aussi d'autres entités internes aux entreprises (2).

1. Les salariés

L'article L. 4122-1 du Code du travail impose à chaque salarié de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité

ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.

Il incombe ainsi à chaque salarié de prendre soin de sa propre santé mais également de celle des autres.

Cette disposition est importante dans la mesure où on ne peut pas reprocher uniquement à l'employeur l'apparition de troubles causés par un salarié.

Elle fait donc peser sur tous les travailleurs une obligation de prévention qui, si elle n'est pas respectée, peut avoir des conséquences très importantes pour le salarié pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat de travail (18).

2. Les autres entités ayant un rôle dans la prévention des risques psycho-sociaux

En plus des salariés, de nombreux autres acteurs concourent à la prévention des risques psychosociaux, certains ayant un rôle plus ou moins important.

Le CHSCT a ainsi pour mission de « *contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure* » (19).

Pour cela, il « *procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail* » (20).

D'ailleurs, l'employeur doit également remettre au CHSCT une fois par an un rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement et des actions menées au cours de l'année écoulée ainsi qu'un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail.

Le CHSCT doit également être consulté lorsque certaines décisions importantes (21) vont modifier les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des travailleurs, et il peut proposer toute action en faveur de la prévention des risques professionnels, en particulier pour la prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel.

Enfin, il peut désigner un expert en cas de risque grave, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie professionnelle ou lorsque le CHSCT doit être consulté en application de l'article L. 4612-8 du Code du travail.

Un autre acteur dans ce domaine est le comité d'entreprise qui doit être informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail et du temps de travail (22).

Le médecin du travail participe également à la prévention des risques psychosociaux.

D'une part, il doit être associé à l'élaboration des actions de formation à la sécurité et à la détermination du contenu de l'information dispensée en vertu de l'obligation de formation et d'information de l'employeur (23).

D'autre part, en cas de contentieux, l'avis du médecin de travail peut avoir une réelle importance (24).

Enfin, d'autres acteurs ont un rôle en matière de prévention tels que les délégués du personnel et l'inspection du travail.

14) Il peut être par exemple être prévu un temps de déconnexion.

15) Soc., 27 mars 2013, n°11-26.539

16) TGI Lyon, 1^{ère} Ch., 4 septembre 2012, n°11/05300

17) Article R. 4141-1 du Code du travail

18) Voir II, A, 2)

19) Article L. 4612-1 du Code du travail

20) Article L. 4612-2 du Code du travail

21) Article L. 4612-8-1 du Code du travail

22) Article L. 2323-27 du Code du travail

23) Article R. 4141-6 du Code du travail

24) Voir par exemple : Soc. 17 février 2010, n°08-44.298 et Soc. 17 octobre 2012, n°11-18.648

25) Article L. 4121-1 du code du travail

26) Soc., 28 février 2006, n°05-41.555

27) Soc. 17 février 2010, n°08-44.298

28) Soc. 17 octobre 2012, n°11-18.648

29) Soc. 25 novembre 2015, n°14-24.444

30) Soc. 3 février 2010, n°08-44.019 ; Soc., 21 juin 2006, n°05-43.914 ; Soc. 11 mars 2015, n°13-18.603

31) Harcèlement moral : l'article L. 1152-1 du Code du travail dispose qu'« *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » et l'article 222-33-2 du Code pénal dispose que « *le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.* »

Harcèlement sexuel : il est défini quasiment de la même manière dans le Code du travail et le Code pénal comme le fait « *d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », voir article 222-33 du Code pénal et article L. 1153-1 du Code du travail.

32) Voir par exemple Soc. 3 février 2010, n°08-44.019

33) Soc. 9 décembre 2009, n°07-45.521

34) Soc. 15 décembre 2009, n°08-43.288 ; Soc. 26 mai 2010, n°08-43.152

35) Il est difficile de donner des situations précises du fait

Cependant, malgré la prise de conscience des risques psychosociaux dans l'entreprise et l'arsenal législatif visant à mettre en place des moyens de les prévenir, ceux-ci ne semblent pas suffisants pour empêcher la réalisation de ces risques. En effet, on constate depuis une dizaine d'année un nombre croissant de contentieux liés aux risques psychosociaux.

II. La réalisation du risque : Les contentieux liés aux risques psychosociaux

Les risques psychosociaux ont de nombreuses conséquences, non seulement pour le salarié concerné, mais aussi pour l'employeur qui peut être considéré comme étant à l'origine de ceux-ci.

Les contentieux qui en découlent sont assez variés et peuvent avoir de lourdes conséquences sur l'entreprise. Ces contentieux trouvent leurs sources dans deux principaux fondements légaux (A) et se retrouvent la plupart du temps devant la juridiction de la sécurité sociale (B).

A. Les fondements légaux

Comme nous l'avons déjà souligné, les risques psychosociaux ne sont pas une catégorie juridique propre.

Les Tribunaux se fondent donc sur l'obligation de sécurité issue de l'article L. 4121-1 du Code du travail en sus de réglementations spécifiques à certains facteurs de risques particuliers.

1. L'obligation de sécurité de résultat

L'employeur « *prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* » (25).

La Cour de cassation, souhaitant ériger en impératif absolu le respect des normes liées à l'hygiène et à la santé des travailleurs, a qualifié cette obligation mise à la charge de l'employeur d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs d'obligation de sécurité de résultat.

La Cour de cassation affirme que l'employeur doit assurer « *l'effectivité* » (26) de cette obligation.

Cette obligation trouve une application dans des situations dans lesquelles un employeur sera condamné pour n'avoir pas pris de mesures envers un salarié dont la santé s'est altérée à la suite d'une dégradation de ses conditions de travail et des pressions imposées par la restructuration de l'entreprise, alors même qu'il était au courant de la situation (27).

Il en est de même lorsque l'employeur ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer les préconisations formulées par le médecin du travail, ni ne donne d'instructions à l'employé pour éviter une aggravation de l'état de santé de ce dernier (28).

Jusqu'à très récemment, l'obligation de sécurité était de résultat puisque l'absence d'atteinte du résultat suffisait à engager la responsabilité de l'employeur, quand bien même l'employeur aurait pris les mesures pour faire cesser les agissements litigieux.

Toutefois, la Cour de cassation vient d'assouplir cette exigence dans le domaine des risques psychosociaux.

En effet, dans un arrêt du **25 novembre 2015**, la Cour de cassation admet pour la première fois 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 des travailleurs* » (29).

Il s'agit d'un chef de cabine d'Air France qui a assisté aux attaques du 11 septembre 2001 à New York. En 2006, il fait une crise de panique avant de prendre son service et saisit deux ans plus tard le Conseil des prud'hommes pour faire condamner la compagnie à lui payer des dommages et intérêts pour manquement à son obligation de sécurité après les attentats.

Or, la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel de Paris avait justement reconnu que les mesures prises par Air France après les attentats du 11 septembre 2001 en mettant en place une équipe médicale en permanence jour et nuit et en orientant le salarié vers des consultations psychiatriques ainsi que les visites médicales l'ayant déclaré apte, permettaient de conclure à l'absence de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Ainsi, la Cour de cassation semble abandonner pour la première fois l'obligation de résultat pour l'obligation de moyens.

Il semblerait néanmoins que l'on se rapproche d'une obligation de moyens renforcée puisque l'employeur devra prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires.

Toutefois, l'obligation de sécurité de résultat sera certainement maintenue en matière de violences physiques et de harcèlement moral ou sexuel (30) et il n'est pas sûr que cette solution admise récemment par la Cour de cassation soit étendue dans ces domaines.

Le législateur a voulu, en plus de cette obligation générale de sécurité, intervenir particulièrement dans la lutte contre le harcèlement moral et le harcèlement sexuel.

2. Le harcèlement moral et le harcèlement sexuel

Le harcèlement moral et le harcèlement sexuel sont expressément visés par le Code du travail et sont pénalement sanctionnés (31).

Certains comportements qualifiés d'harcèlement sont souvent complétés de manquements à l'obligation de sécurité de résultat (32).

En ce qui concerne le harcèlement moral, la nécessité d'actes répétés (33) est atténuée par le fait qu'un laps de temps très court suffit (34).

Il peut s'agir d'un ensemble de comportements variés (35) dont les faits s'y rapportant doivent être analysés dans leur ensemble et non pas séparément (36).

Ajoutons que les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique peuvent caractériser un harcèlement moral (37) dès lors que celles-ci se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements répétés.

Le législateur interdit également sur la base des articles



L. 1152-2 et L. 1153-2 du Code du travail, toute sanction, licenciement ou mesure discriminatoire à l'encontre de salariés ayant subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou sexuel (38).

La jurisprudence a été particulièrement abondante en la matière en contrôlant des licenciements et des sanctions disciplinaires à l'encontre de salariés qui étaient en réalité victime d'agissements illicites de l'employeur.

Outre le versement de dommages et intérêts lorsque l'employeur viole ses obligations (39), les tribunaux requalifient les licenciements comme étant sans cause réelle et sérieuse.

Ainsi, n'est pas justifié le licenciement pour inaptitude lorsque celui-ci a en réalité pour cause un harcèlement sexuel (40) ou moral (41).

Un licenciement ne peut pas non plus être justifié lorsque l'absence prolongée du salarié pour cause de maladie est liée à une exposition à un stress permanent et un épuisement professionnel qui résulte du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (42).

De même, une prise d'acte de rupture du contrat de travail serait justifiée lorsque l'employeur a laissé perdurer un conflit sans lui apporter de solution (43) et une résiliation judiciaire serait justifiée aux torts de l'employeur en cas de harcèlement moral (44).

Certains salariés, auteurs d'agissements illicites, peuvent également se voir sanctionnés.

C'est ainsi qu'a été confirmé le licenciement pour faute grave d'un salarié auteur de harcèlement sexuel (45), en particulier lorsqu'il abuse de son pouvoir hiérarchique et même si les agissements se sont déroulés en dehors du temps et du lieu de travail (46).

De la même manière, est justifié le licenciement d'un salarié faisant de manière répétée usage de pressions diverses, de propos insultants et dénigrants à l'égard d'autres salariés, de méthodes de management humiliantes en dépit de contre-indication médicale connue portant atteinte à la dignité et dégradant les conditions de travail de ses subordonnés, altérant la santé de plusieurs d'entre eux (47).

B. Le contentieux de la Sécurité sociale en matière de risques psychosociaux

Le contentieux de la sécurité sociale s'est beaucoup développé ces dernières années dans le domaine des risques psychosociaux.

Les actions des salariés se sont multipliées pour se voir reconnaître le bénéfice des prestations au titre de l'accident du travail (1) ou de la maladie professionnelle (2).

Ce qui a également conduit à un important contentieux de la faute inexcusable de l'employeur en la matière (3).

1. L'accident du travail dans le domaine des risques psychosociaux

Selon l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale : « Est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». (48).

Il s'agit d'une présomption simple d'imputabilité : lorsque l'accident est survenu au temps et au lieu du travail, le lien de causalité entre l'accident et le travail est présumé.

Ces dernières années, les contentieux se sont multipliés, notamment sur le sujet des suicides qui peuvent avoir un lien avec une activité professionnelle.

Entre 15 et 20 suicides par an sont qualifiés d'accident du travail (49).

Lorsque le suicide du salarié s'est déroulé sur le lieu et pendant le temps de travail, il y a une présomption d'imputabilité, c'est-à-dire que le suicide est supposé être d'origine professionnelle (50). Il appartient à l'employeur de prouver la cause étrangère.

Lorsque le suicide est lié à une maladie professionnelle ou à un accident du travail déjà reconnu antérieurement, il y a également une présomption d'imputabilité, même s'il ne s'est pas déroulé sur le lieu de travail.

Enfin, si le suicide s'est produit en dehors du lieu de travail ou du temps de travail, la présomption ne joue pas, ce sera aux ayants droit d'apporter la preuve de l'origine professionnelle.

S'agissant de la tentative de suicide, la Cour de cassation a reconnu le caractère professionnel d'une tentative de suicide hors de l'entreprise en appliquant la présomption d'imputabilité : « Un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail dès lors que le salarié établit qu'il est survenu par le fait du travail » (51).

2. La maladie professionnelle dans le domaine des risques psychosociaux

La maladie professionnelle doit avoir été la conséquence d'une exposition à un risque défini dans le milieu professionnel.

Trois situations doivent être distinguées (52).

Tout d'abord, celle où la maladie professionnelle est inscrite dans un tableau de maladies professionnelles et qu'elle a été contractée dans les conditions énoncées, situation pour laquelle une présomption d'origine professionnelle s'applique.

À ce système principal s'ajoutent deux systèmes complémentaires de reconnaissance d'une pathologie en maladie professionnelle visés par l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale.

Soit, les conditions du tableau ne sont pas remplies et la maladie peut être considérée comme professionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime, soit, lorsque la maladie n'est pas inscrite dans un tableau, la maladie peut être reconnue professionnelle lorsqu'il est établi par un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP) 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'au moins 25% (53).

Actuellement, en l'absence de tableau concernant les risques psychosociaux, les pathologies psychiques ne peuvent être reconnues qu'à l'aide du système complémentaire.

Les salariés doivent alors établir les conditions du

de l'analyse globale demandée par la Cour de cassation. Voir par ex. : Soc., 20 octobre 2009, n°08-43.322 ; Soc., 9 décembre 2009, n°07-45.521 ; Soc., 15 décembre 2009, n°08-43.288 ; Soc., 23 juin 2010, n°09-41175 ; Soc., 19 février 2014, n°12-23.191

36) Soc., 25 janvier 2011, n°09-42.766

37) Soc., 3 février 2010, n°08-44.107 ; Soc. 19 janvier 2011, n°09-67.463

38) Cette protection s'étend aux personnes qui témoignent de tels agissements (article L. 1153-3 du Code du travail en ce qui concerne le harcèlement sexuel). Toutefois la mauvaise foi du salarié peut permettre la justification d'un licenciement, encore faut-il la prouver : Soc., 15 décembre 2011, n°10-20.011, Soc., 7 février 2012, n°10-18.035

39) Voir par ex. Soc. 17 février 2010, n°08-44.298 ; Soc. 17 octobre 2012, n°11-18.648 et n°11-18.84 ;

40) Soc., 3 mars 2009, n°07-44.082

41) Soc., 19 février 2014, n°12-23.191

42) Soc. 13 mars 2013, n°11-22.082

43) Soc., 17 octobre 2012, n°11-18.208

44) Soc., 7 juillet 2009, n°08-40.034

45) Soc., 19 octobre 2011, n°09-72.672 ; CA Bordeaux, ch. Soc., 3 décembre 2014, n°13/01190 ; Soc. 3 décembre 2014, n°13-22.151

46) Soc., 11 janvier 2012, n°10-12.930

47) Soc., 10 mai 2012, n°11-11.371 ; le harceleur ne commet pas nécessairement une faute grave lorsqu'il est lui-même victime de harcèlement moral : Soc. 29 janvier 2013, n°11-23.944

48) Soc., 24 avril 1969, n°68-10.090

49) Avis du Conseil économique, social et environnemental (CESE) du 14 mai 2013

50) Cass. Civ 2, 22 janvier 2015, pourvoi n°14-10180

51) Cass. Civ. 2^{ème}, 22 février 2007, n°05-13.771

52) Article L.461-1 du Code de la Sécurité sociale

53) Article R.461-8 du Code de la Sécurité sociale

54) Avant cela, de nombreuses caisses refusaient systématiquement de transmettre le dossier au CRRMP au motif de qu'état de santé du malade n'était pas stabilisé, *Liaisons Sociales*, n°1492, 16 mai 2011, p. 6.

55) Assurance Maladie, Rapport de gestion 2014, p. 137.

56) Article 33 de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

57) Soc. 28 février 2002, n°99-21255, Cass. Civ.2, 19 septembre 2013, n°12-22.156

58) Ass. Plén., 24 juin 2005, n°03-30.038.

59) Civ. 2^{ème}, 22 février 2007, n°05-13.771 ;

60) Civ. 2^{ème}, 8 novembre 2012, n°11-23855 ; pour un cas de harcèlement moral voir CA Pau, 17 juin 2010, n°08/03276

61) L'article L. 4154-3 s'applique aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés temporaires et les stagiaires en entreprise.

lien direct et essentiel et celle des 25% d'incapacité permanente afin de bénéficier des prestations liées à la reconnaissance de la maladie professionnelle.

Un rapport de la commission spécialisée relative aux pathologies professionnelles du 3 mai 2012, suivi d'une lettre ministérielle du 13 mars 2012, ont tenté de faciliter la reconnaissance des affections psychiques comme maladie professionnelle en supprimant le critère de stabilisation de l'état des victimes (54), en posant des critères plus précis de diagnostic et de gravité des troubles psychiques susceptibles d'être liés au travail, et en établissant des recommandations sur ces troubles.

À la suite de la diffusion de ces documents, le nombre de prise en charge des pathologies psychiques a nettement augmenté, passant de 82 en 2012 à 315 en 2014 (55).

Quant aux pathologies reconnues, les CRRMP en retiennent majoritairement trois : la dépression, les troubles anxieux et les états de stress post-traumatiques.

La volonté d'intégrer le *burn-out* dans un tableau a été envisagée lors du débat du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi.

Dans le cadre de ce débat, le député des Yvelines, Benoît Hamon, a déposé des amendements afin que le *burn-out* soit reconnu au titre de la législation des maladies professionnelles.

Or, le gouvernement ne souhaitait pas inscrire le *burn-out* dans un tableau de maladies professionnelles. Le motif étant qu'il serait impossible d'évaluer le coût que cela représentait pour la branche AT/MP et que cela risquerait d'entraîner une aggravation des dépenses publiques.

Le gouvernement a alors déposé un amendement afin que l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale soit complété pour permettre la reconnaissance des pathologies psychiques au titre du système complémentaire de reconnaissance des maladies professionnelles relevant de la compétence des CRRMP.

Ainsi, un nouvel alinéa a été ajouté à l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale : « *Les pathologies psychiques peuvent être reconnues comme maladies d'origine professionnelle, dans les conditions prévues aux quatrième et avant-dernier alinéas du présent article. Les modalités spécifiques de traitement de ces dossiers sont fixées par voie réglementaire.* ».

Cette disposition prévoit ainsi des « *modalités spécifiques* » qui pourront être précisées par voie réglementaire pour le traitement des dossiers de ces troubles ce qui, au vu des discussions parlementaires, viserait à abaisser le seuil des 25% à un taux de 10% pour permettre une reconnaissance simplifiée desdits troubles.

Toutefois, avant de voir un abaissement du seuil devenir effectif, il faudra attendre le rapport commandé par le Parlement.

Ce rapport devra également étudier la possibilité d'une intégration directe des affections psychiques dans le tableau des maladies professionnelles (56).

Il est notamment envisagé d'inclure des praticiens spécialisés en psychiatrie au sein des CRRMP qui participeront à la procédure d'examen des dossiers.

Il s'agit là d'une disposition qui semble pertinente compte tenu de l'aspect psychologique des pathologies concernées et dont seul un expert spécialisé dans ce domaine pourra déterminer si l'activité professionnelle peut les avoir provoquées ou aggravées.

L'inscription du *burn-out* ou de toute maladie psychique dans un tableau de maladie professionnelle aurait pour effet de créer une présomption d'imputabilité à l'employeur qui paraît totalement contestable tant une définition est compliquée à établir.

En effet, tous les praticiens admettent la difficulté de qualifier le *burn-out* et de définir des critères objectifs d'exposition car il s'agit d'une pathologie dont l'origine peut être multiple.

Une telle reconnaissance au titre des maladies professionnelles implique un coût financier très important pour les sociétés qui verront leur taux de cotisation fortement impacté.

3. La faute inexcusable de l'employeur en cas de risques psychosociaux

Selon la Cour de cassation, « *le manquement à cette obligation (de sécurité de résultat) 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* » (57).

Les articles L. 452-1 et suivants du Code de la sécurité sociale disposent que lorsque l'accident ou la maladie est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une majoration de la rente ainsi que l'indemnisation de préjudices personnels.

Le contentieux de la faute inexcusable constitue dès lors un risque très important pour les entreprises en raison des montants alloués qui peuvent être particulièrement élevés.

Il suffit que l'employeur ait eu conscience du danger et qu'il n'ait pas pris les mesures pour préserver la santé et la sécurité de ses salariés pour que la faute inexcusable soit caractérisée.

Quant à l'obligation visée, elle a un fondement contractuel (58), et étant de résultat, la simple survenance d'un dommage suffit à caractériser son manquement.

En matière de risques psychosociaux, l'application de la faute inexcusable s'est développée au fil des dernières années.

Par un arrêt du 22 février 2007 (59), il a été admis pour la première fois l'existence d'une faute inexcusable dans le cadre d'un suicide au travail causé par un déséquilibre psychologique.

De même, a été reconnu comme la conséquence d'une faute inexcusable, un infarctus du myocarde causé par un stress important, conséquence d'une politique de surcharge, de pressions, et d'objectifs inatteignables et sans que l'employeur ne prennent aucune mesure (60).

S'ajoutent des présomptions de faute inexcusable édictées par l'article L. 4154-3 du Code du travail qui concernent certaines catégories de salariés (61). La



faute inexcusable est présumée lorsque les salariés sont affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité, ou qu'ils n'auraient pas bénéficié de la formation renforcée à la sécurité prévue par l'article L. 4154-2. L'article L. 4131-4 du Code du travail crée également une présomption irréfragable dans le cas où le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ou un représentant du personnel au CHSCT avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé.

On rappellera toutefois que la jurisprudence récente (62) de la Cour de cassation laisse entrevoir pour la première fois un assouplissement de l'obligation de sécurité en matière de faute inexcusable dans le domaine des risques psychosociaux et met à la charge de l'employeur une obligation de moyens. Cette jurisprudence pourra être confirmée et même étendue à d'autres risques professionnels.

On peut conclure que les moyens de prévention organisés par le législateur et les partenaires sociaux sont indispensables pour permettre à l'employeur de s'assurer de la santé et du bien-être de ses salariés, mais l'existence de nombreux contentieux aux termes desquels l'employeur est condamné, notamment sur le fondement de la faute inexcusable, démontre que la mise en œuvre de ces moyens de prévention peut s'avérer compliquée en pratique et que leur efficacité paraît insuffisante.

Le choix fait aujourd'hui par le législateur de reconnaître expressément les maladies psychiques comme maladies professionnelles aura évidemment pour effet d'accroître les coûts financiers des entreprises ainsi que le risque croissant d'actions visant à engager leur responsabilité.

Ce sujet d'actualité mobilise le législateur et le juge de manière récurrente. Il sera important de suivre les prochaines évolutions sur ce sujet. D'ailleurs, le dernier plan de santé au travail pour 2016-2020 fixe comme objectif de cibler les risques prioritaires, au rang desquels figurent nécessairement les risques psychosociaux.

62) Soc. 25 novembre 2015, n°14-24.444

Le Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité (C3P) : un nouveau dispositif contraignant pour les entreprises ?

Fernando Lima Teixeira,
Avocat,
Reed Smith

1) Loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites

2) Communiqué de presse du 31 décembre 2015 de la CGPME : Parution du décret sur la pénibilité : une idée que personne ne copiera !

3) Cass.soc. 28 février 2002, n°00-10.051

4) Cass.soc. 29 juin 2005, n°03-44.412

5) Cass.soc. 19 novembre 2014, n°13-17.729

6) Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites

7) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

Le Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité (C3P) a été créé en 2014 (1). Entré partiellement en vigueur le 1^{er} janvier 2015, il doit véritablement prendre son essor à compter de 2016.

Ce dispositif a pour objet de permettre à chaque salarié exposé à des facteurs de pénibilité de bénéficier d'un compte alimenté en points qui peut lui permettre :

- soit de financer des formations en vue d'accéder à un poste non exposé ou moins exposé aux facteurs de pénibilité ;
- soit de passer à temps partiel tout en percevant sa rémunération habituelle ;
- ou encore de valider des trimestres de retraite pour partir à la retraite de manière anticipée.

Ce mécanisme est financé par une cotisation de base due par toutes les entreprises à compter de 2017 et d'une cotisation additionnelle assise sur les seules rémunérations versées aux salariés exposés à des facteurs de pénibilité au-delà de certains seuils.

Depuis sa création, le C3P a fait l'objet de nombreuses critiques émanant principalement des organisations patronales en raison notamment de sa complexité et de son coût.

Malgré les annonces du Gouvernement et les mesures prises récemment par le législateur pour assouplir le C3P, l'opposition des organisations patronales à ce dispositif se fait de plus en plus virulente. Le 31 décembre 2015, jour de la publication au Journal Officiel des derniers décrets d'application du C3P, le MEDEF et la CGPME ont, via un communiqué, alerté une nouvelle fois contre les effets négatifs sur l'emploi que ne manquerait pas d'engendrer ce dispositif.

Preuve du malaise, la CGPME n'a pas hésité à ironiser sur le C3P, considérant que personne à l'étranger ne s'aventurera à copier « *cette brillante idée* » française (2). Les principales organisations patronales ont-elles raison de jouer les Cassandre en prédisant le pire ? Au vu des nouvelles contraintes imposées aux entreprises, il n'est, en effet, pas totalement exclu que le dispositif du C3P s'avère être une fausse bonne idée.

Pour tenter d'y répondre, et après s'être penché sur les raisons qui ont conduit à sa création (I), il conviendra de s'intéresser aux obligations de l'employeur en matière d'évaluation de l'exposition des salariés aux facteurs de pénibilité (II), au fonctionnement du dispositif C3P (III), ainsi qu'au risque de contentieux engendré par ce dispositif (IV).

I. La prise en compte progressive de la notion de pénibilité en droit du travail à l'origine de la création du Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité

Bien que vivement contestée, la création du C3P n'a pas été une surprise. Elle s'inscrit dans un mouvement, initié il y a une quinzaine d'années, qui vise à améliorer la santé et la sécurité au travail des salariés soumis à des conditions de travail pénibles.

Les juges ont été les premiers à se saisir de ce sujet. Les décisions rendues le 28 février 2002 par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans le cadre des affaires « *amiante* » (3) sont le point de départ de ce mouvement. Dans le cadre de 30 dossiers relatifs à la contamination de salariés par l'amiante, la Haute juridiction a indiqué pour la première fois que l'employeur était, en matière de prévention et de sécurité de ses salariés, tenu d'une obligation de résultat.

Depuis cette date, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que cette obligation de sécurité de résultat s'appliquait à d'autres domaines comme la lutte contre le tabagisme passif (4) ou le harcèlement moral et/ou sexuel (5).

Le législateur a depuis pris le relais de la Cour de cassation. Il a été conduit à se pencher sur la notion de « pénibilité au travail » au-delà du seul cas des salariés exposés à l'amiante. Notamment à la suite d'un rapport du Conseil d'orientation des retraites d'avril 2003 sur la nécessité de prendre en compte dans les droits à la retraite la réduction de l'espérance de vie des salariés réalisant des travaux pénibles.

Dans un premier temps, la démarche du législateur s'est voulue incitative plus que contraignante. La loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réformes des retraites a ainsi incité les organisations syndicales de salariés et d'employeurs à prendre en compte cette notion de pénibilité dans le cadre de leurs négociations. Puis, à l'occasion d'une nouvelle réforme des retraites en 2010 (6), le législateur a décidé de passer la vitesse supérieure en créant une obligation générale de prévention de la pénibilité, laquelle s'est notamment traduite par :

- L'obligation – supprimée par la loi « *Rebsamen* » (7) – pour chaque employeur de recenser et d'établir des fiches individuelles précisant le niveau d'exposition de chaque salarié soumis à un facteur de pénibilité prévu par le Code du Travail.



- L'obligation pour les entreprises employant plus de 50 salariés (ou appartenant à une UES ou à un groupe employant au moins 50 salariés) d'établir un plan de prévention lorsqu'au moins 50% des salariés sont exposés à un de ces facteurs de pénibilité (8).

Ce mouvement traduit par un travail à la fois jurisprudentiel et législatif ne pouvait que laisser entrevoir une réglementation beaucoup plus ambitieuse en matière de prise en compte de la notion de pénibilité.

Ambitieuse mais aussi plus coercitive pour les entreprises.

La loi du 20 janvier 2014 (9) en est la parfaite illustration. Ce texte est, à ce jour, le point culminant de ce mouvement. Ceci parce qu'il associe à la notion de prévention celle de compensation de la pénibilité.

Cette notion de compensation des conditions de travail pénible avait été esquissée à l'occasion des réformes des retraites de 2003 et 2010 mais n'avait jamais été rendue effective. Même si l'idée de compensation était prévisible à plus ou moins moyen terme, celle-ci se heurte à une opposition farouche des organisations patronales, lesquelles ont à juste titre mis en avant les inconvénients du C3P et en particulier les difficultés pratiques liées à la caractérisation et à la détermination de l'exposition des salariés aux facteurs de pénibilité.

II. L'évaluation de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité

A. L'employeur doit tenir compte dans son recensement de 10 facteurs de pénibilité

Les 10 facteurs de pénibilité pris en compte par le législateur concernent 3 domaines : les contraintes physiques marquées, l'environnement agressif et certains rythmes de travail.

Il n'est pas à exclure qu'à l'avenir, d'autres facteurs de pénibilité soient également pris en compte par le législateur dans le cadre du dispositif du C3P. Certaines situations pénibles comme l'exposition aux rayonnements ionisants ou les risques psychosociaux n'ont pas été retenues comme facteurs de pénibilité permettant aux salariés d'acquérir des droits au titre du C3P. S'agissant des risques psychosociaux, la détermination des situations visées et la caractérisation d'un seuil de pénibilité minimum nous semble toutefois difficile voire impossible.

4 facteurs de pénibilité sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2015 :

- **Le travail de nuit.**

Un salarié est considéré exposé dès lors qu'il travaille au moins une heure entre minuit et 5 heures du matin, cela un minimum de 120 nuits par an. Les nuits effectuées dans les conditions de travail en équipes successives alternantes ne sont toutefois pas prises en compte comme vient de le préciser un décret du 30 décembre 2015 pour apprécier l'exposition au travail de nuit (10).

- **Le travail en équipes successives alternantes.**

Cela vise le salarié qui travaille au moins une heure entre minuit et 5 heures du matin, au minimum 50 nuits par an.

- **Le travail répétitif.**

La définition de ce facteur de pénibilité a été revue et corrigée par un décret du 30 décembre 2015 (11) à la suite du rapport du 30 septembre 2015 d'Hervé Lanouzière, directeur de l'ANACT (12), ce dernier ayant émis des préconisations sur la notion de travail répétitif à retenir.

Le travail répétitif est désormais caractérisé par la réalisation de travaux impliquant l'exécution de mouvements répétés, sollicitant tout ou partie du membre supérieur, à une fréquence élevée et sous cadence contrainte.

Cela vise deux situations particulières :

- un salarié qui réalise au moins 15 actions techniques pour un temps de cycle inférieur ou égal à 30 secondes, pendant une durée minimale de 900 heures par an.

- ou un salarié qui réalise au moins 30 actions techniques ou plus par minute dans les autres cas (temps de cycle supérieur à 30 secondes, temps de cycle variable ou absence de temps de cycle) pendant une durée minimale de 900 heures par an.

L'Administration a précisé que par temps de cycle, il fallait entendre le temps écoulé entre le moment où un salarié commence un cycle de travail et le moment où il recommence le cycle de travail suivant et par actions techniques, les « actions manuelles élémentaires et sollicitantes requises pour la réalisation des opérations effectives au cours du cycle de travail », telles que « tenir », « tourner », « pousser », « couper » (13).

- **Les activités exercées en milieu hyperbare.**

Le salarié doit réaliser au moins 60 interventions par an en milieu hyperbare l'exposant à une pression d'au moins 1.200 hectopascals.

A partir du 1^{er} juillet 2016 (au lieu initialement du 1^{er} janvier 2016), 6 facteurs supplémentaires devront également être pris en compte :

- **Les manutentions manuelles de charge.**

Contrairement à ce qui avait figuré dans le projet de décret communiqué en octobre 2015 aux partenaires sociaux, le seuil d'exposition minimal à ce facteur de pénibilité n'a finalement pas été modifié.

En l'état, le Code du Travail prévoit que certaines actions où un salarié procède à des manutentions manuelles de charges minimum (ex : lever, porter, pousser) pendant une période minimum constituent le seuil d'exposition minimum à ce facteur de pénibilité. Le projet de décret qui n'a finalement pas été retenu avait le mérite d'ajouter un nombre minimal d'actions pour chaque situation.

- **Les postures pénibles.**

- **Les vibrations mécaniques.**

- **Les agents chimiques dangereux.**

- **Les températures extrêmes.**

- **Le bruit.**

Le seuil associé à ce facteur de pénibilité a été légèrement modifié par un décret du 30 décembre 2015 (14).

Deux situations sont visées ici :

- Un salarié exposé à un niveau de pression acoustique de crête au moins égal à 135 décibels (C), au moins 120 fois par an.

- Un salarié exposé à un bruit au moins égal à 81 décibels (A) (contre 80 décibels (A) auparavant) rapporté à une

8) A compter du 1^{er} janvier 2018, ce seuil sera abaissé à 25%

9) Loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites

10) Décret n°2015-1888 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité

11) Décret n°2015-1888 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité

12) Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail

13) Instruction DGI-DSS n°1 du 13 mars 2015

14) Décret n°2015-1888 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité

15) Articles L. 4121-3 et R. 4121-1 du Code du Travail

période de référence de 8 heures au moins 600 heures par an.

16) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

On notera que le législateur n'a pas prévu de proratisation des seuils d'exposition, lesquels sont appréciés sur une durée annuelle. Une telle situation peut avoir pour effet pervers d'inciter les entreprises à recourir plus massivement au temps partiel et/ou multiplier les contrats de travail à durée déterminée de courte durée.

17) Rapport du 26 mai 2015 Compte Personnel de Prévention de la Pénibilité : propositions pour un dispositif plus simple, plus sécurisé et mieux articulé avec la prévention

En tout état de cause, les seules dispositions du Code du Travail sont insuffisantes pour permettre à l'employeur d'évaluer aisément le seuil d'exposition d'un salarié à un facteur de pénibilité.

18) Conseil d'orientation des conditions de travail

B. L'employeur peut bénéficier du concours des partenaires sociaux dans la procédure d'évaluation des expositions aux facteurs de pénibilité

19) Décret n°2015-1888 relatif à la simplification du compte personnel de prévention de la pénibilité et à la modification de certains facteurs et seuils de pénibilité

L'employeur est tenu d'une obligation générale de prévention en matière de santé et de sécurité au travail. A ce titre, il est tenu de réaliser un inventaire des risques et facteurs de pénibilité identifiés dans chaque unité de travail. Ces résultats sont consignés dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (15).

20) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

L'obligation qui lui est faite désormais d'apprécier, de caractériser et de déterminer métier par métier, poste par poste, salarié par salarié, l'exposition aux facteurs de pénibilité va inévitablement représenter un travail et des coûts supplémentaires importants. Les petites et moyennes entreprises sont évidemment celles qui risquent le plus de subir une surcharge de travail.

21) Déclaration Annuelle des Données Sociales

Le législateur a prévu à cet égard que les employeurs pourront bénéficier du concours des partenaires sociaux.

22) Déclaration Sociale Nominative

Avant l'entrée en vigueur de la loi Rebsamen (16), l'article L. 4161-2 du Code du Travail prévoyait qu'un accord collectif de branche pouvait caractériser l'exposition des salariés à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels au-delà des seuils réglementaires, en faisant notamment référence aux postes occupés et aux mesures de protection collective et individuelle appliquées.

La loi Rebsamen a entendu donner encore plus de poids aux partenaires sociaux. Reprenant les recommandations n°5 et 6 du rapport Sirigue - Huot - De Virville (17), le Code du Travail prévoit désormais que cet accord ne devra non plus caractériser mais déterminer l'exposition des salariés en se référant aux postes mais aussi plus largement aux métiers et situations de travail. En outre, en l'absence d'accord collectif de branche étendu, un référentiel de branche homologué par un arrêté conjoint des Ministres du Travail et des Affaires sociales après avis du Coct (18) pourra définir ces postes, métiers ou situations de travail.

Un décret du 30 décembre 2015 (19) a apporté des précisions sur ce référentiel.

Tout d'abord, ce référentiel ne pourra être établi que par une organisation professionnelle représentative au niveau de la branche. Par ailleurs, un seul référentiel par branche ou par champ d'activité de branche pourra être établi. Celui-ci doit, en outre, présenter l'impact des mesures de protection collective et individuelle sur l'exposition des salariés aux facteurs de pénibilité. Enfin, le décret prévoit que ce référentiel doit être réévalué

selon une périodicité qu'il détermine et qui ne peut en tout état de cause pas dépasser 5 ans.

Les partenaires sociaux sont ainsi fortement incités à procéder à des audits complets des conditions de travail des salariés au niveau de la branche. Nul doute que ce travail, nécessaire préalable à la négociation d'un accord collectif ou la réalisation d'un référentiel, prendra du temps. Il n'est pas certain que l'ensemble des branches dispose à la fin de l'année 2016 d'un tel référentiel. On ne pourra que regretter l'absence de mesures transitoires afin que les entreprises puissent prendre appui sur le travail fourni par les partenaires sociaux au niveau de la branche pour apprécier le niveau d'exposition de leurs salariés à un facteur de pénibilité.

Il est donc à craindre que la mise en œuvre du dispositif du C3P en 2016 fasse l'objet d'un grand cafouillage. Ce risque a été identifié dans le rapport Sirigue - Huot - De Virville. Ces derniers ont recommandé que, compte tenu des difficultés à prévoir, les caisses de retraites s'abstiennent de tout contrôle spontané au cours des deux premières années. Au vu de l'opposition farouche des principales organisations patronales à l'instauration du C3P, l'Administration serait avisée de suivre les préconisations émises par ce rapport.

Conscient des difficultés pratiques à prévoir, le législateur a toutefois d'ores et déjà fait quelques concessions aux entreprises. Ainsi, le Code du Travail prévoit expressément que l'employeur qui se sera fondé sur les stipulations de l'accord de branche étendu ou du référentiel professionnel de branche homologué pour déclarer l'exposition de ses salariés sera réputé de bonne foi. Dans l'hypothèse où il s'avérerait que l'entreprise serait redevable d'une cotisation additionnelle au titre d'un salarié dont l'exposition à un facteur de pénibilité n'aurait pas été déclarée, l'employeur ne serait pas redevable des majorations de retard ou des pénalités financières.

C. La procédure de déclaration des salariés exposés à un facteur de pénibilité

La loi Rebsamen (20) a supprimé l'obligation pour les entreprises employant des salariés exposés à un facteur de pénibilité d'établir pour chacun d'entre eux une fiche individuelle d'exposition.

Les entreprises restent néanmoins tenues à une obligation de déclaration, laquelle diffère selon que le salarié est susceptible ou non d'acquiescer des points au titre du C3P.

S'agissant des salariés bénéficiaires du dispositif, la fiche de prévention est supprimée au profit d'une déclaration dématérialisée via la DADS (21) ou la DSN (22) au plus tard au titre de la paie du mois de décembre (ou du dernier mois de travail si le contrat de travail s'achève en cours d'année civile), la DSN ayant vocation à se substituer progressivement à l'ensemble des déclarations sociales.

En ce qui concerne la situation spécifique de l'intérim, les entreprises utilisatrices devront communiquer aux entreprises de travail temporaire les informations nécessaires en vue de cette déclaration.

Les entreprises disposent de la faculté de rectifier leur déclaration jusqu'en avril de l'année qui suit celle au titre de laquelle elle a été effectuée. A titre dérogatoire, la déclaration au titre de l'année 2015 pourra être modifiée



par l'employeur au plus tard jusqu'au 30 septembre 2016. En tout état de cause, la déclaration peut être modifiée dans un délai de 3 ans si la modification est faite en faveur du salarié concerné.

S'agissant des salariés qui ne sont pas susceptibles de bénéficier du C3P (Cf. (III. A)), l'employeur doit établir une fiche individuelle de suivi des expositions laquelle est remise au salarié à la fin de l'année civile ou, s'agissant des salariés partis en cours d'année civile, le dernier jour du mois suivant la date de fin de contrat.

III. Les caractéristiques du dispositif

A. Les salariés éligibles au C3P

Le dispositif du C3P concerne le personnel des entreprises privées, des EPIC, EPA lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions de droit privé et des établissements de santé, sociaux et médico-sociaux dès lors qu'ils sont titulaires d'un contrat de travail d'une durée d'au moins un mois, quel que soit leur statut (ex : salariés en contrat de professionnalisation ou apprentis).

En revanche, l'Administration a confirmé que les salariés du particulier employeur ainsi que les salariés détachés en France restant affiliés au régime de sécurité sociale de leur pays d'origine n'étaient pas concernés par le dispositif (23).

Toutefois, s'agissant de ces derniers, bien qu'ils ne puissent bénéficier de l'ouverture d'un compte, et des droits y afférents, leur niveau d'exposition à des facteurs de pénibilité devra faire l'objet d'une information via l'établissement d'une fiche de suivi au vu des dispositions de l'article L. 1262-4 du Code du Travail qui érigent au rang de dispositions impératives les règles relatives à la santé et à la sécurité au travail.

Dans la mesure où les salariés détachés en France ne bénéficieraient pas du mécanisme du C3P, certains ont souligné le risque que certaines entreprises aient massivement recours aux salariés détachés, les affectant à des métiers pénibles. Ceci afin de s'exonérer du paiement de la cotisation additionnelle finançant le dispositif assise sur les seules rémunérations des salariés affectés à des travaux pénibles.

Si ce risque existe, il nous semble toutefois assez limité au cas présent. Ceci, compte tenu de l'obligation de déclaration de l'exposition des salariés détachés à un facteur de pénibilité et du renforcement sensible ces derniers mois de la réglementation en matière de sous-traitance et de détachement.

B. Les modalités d'alimentation et d'utilisation du C3P

1. Un compte individuel plafonné à 100 points

Les salariés éligibles au dispositif peuvent abonder sur leur compte personnel un maximum de 100 points tout au long de leur carrière professionnelle. L'Administration (24) a confirmé que le C3P n'était pas rechargeable. Autrement dit, un salarié ne pourra pas acquérir de nouveaux points au-delà du plafond de 100 points quand bien même il aurait déjà tout utilisé.

L'acquisition des points diffère selon que les salariés ont été employés sur toute l'année civile ou non.

S'agissant des salariés qui auront été employés tout au long de l'année civile, ils bénéficieront de :

- 4 points par an, s'ils sont exposés à un facteur de pénibilité ;
- 8 points par an, s'ils sont exposés à deux ou plusieurs facteurs de pénibilité.

S'agissant des salariés dont le contrat de travail débute ou s'achève en cours d'année civile, ces derniers acquièrent des points selon les modalités suivantes :

- 1 point par période d'exposition de trois mois, s'ils sont exposés à un facteur de pénibilité ;
- 2 points par période d'exposition de trois mois, s'ils sont exposés à deux ou plusieurs facteurs de pénibilité.

En ce qui concerne les salariés nés avant le 30 juin 1956, les points acquis par ces derniers dans les conditions évoquées ci-dessus seront doublés.

2. L'utilisation des droits

Les salariés seront informés de leurs droits par les caisses de retraite. Les points acquis pourront servir :

- à prendre en charge en partie ou en totalité des frais d'une formation en vue d'accéder à un emploi non exposé ou moins exposé à un facteur de pénibilité.

Le Code du Travail précise qu'un point ouvre droit à 25 heures de prise en charge de tout ou partie des frais d'une telle action de formation.

- ou à financer un complément de rémunération en cas de passage à temps partiel.

Le législateur a prévu que dix points ouvrent droit à un complément de rémunération dont le montant correspond à la compensation pendant trois mois d'une réduction du temps de travail égal à un mi-temps.

L'employeur ne peut refuser le passage à temps partiel que dans l'hypothèse où il démontrerait que la réduction de la durée du travail est impossible compte tenu de l'activité économique de l'entreprise. En cas de litige, le salarié pourrait saisir le Conseil de Prud'hommes.

En tout état de cause, le passage à temps partiel ne peut avoir pour effet d'aboutir à une durée du travail du salarié concerné inférieure à 20% ni supérieure à 80% de la durée du travail applicable au sein de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

L'entreprise devra transmettre aux caisses de retraite la copie de l'avenant au contrat de travail matérialisant le passage à temps partiel ainsi que tout élément nécessaire au remboursement du complément de rémunération versé au salarié (et des charges patronales y afférentes).

- ou financer un départ anticipé à la retraite.

Il est ainsi prévu que dix points acquis au titre du C3P ouvrent droit à un trimestre de majoration de durée d'assurance vieillesse. Le titulaire du C3P ne pourra formuler une demande d'utilisation des points qu'à partir du moment où il aura atteint 55 ans.

Les salariés ne pourront consommer les points que par tranches de 10, dans l'hypothèse où ils serviraient à financer un complément de rémunération en cas de passage à temps partiel ou un départ anticipé à la retraite.

En tout état de cause, le législateur a prévu que les 20 premiers points acquis (10 premiers points, s'agissant

23) Instruction DGI-DSS n°1 du 13 mars 2015

24) Instruction DGI-DSS n°1 du 13 mars 2015

25) Décret n°2015-1885 du 30 décembre 2015

26) Instruction DGI-DSS n°1 du 13 mars 2015

27) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

des salariés nés entre le 1^{er} janvier 1960 et le 31 décembre 1962) par les salariés sont réservés au financement d'une action de formation professionnelle continue en vue d'accéder à un emploi non exposé ou moins exposé à un facteur de pénibilité. Cette limite ne concerne pas les salariés nés avant le 1^{er} janvier 1960.

Les salariés souhaitant utiliser les points acquis au titre du C3P devront formuler leur demande soit via leur espace personnel en ligne sur le site www.preventionpenibilite.fr (faculté qui sera possible dès l'ouverture du compte du salarié laquelle sera notifiée à ce dernier) soit auprès de leur caisse de retraite de leur lieu de résidence.

Le silence conservé pendant 4 mois sur la demande d'utilisation des points vaudra refus.

C. Le mode de financement du C3P

L'une des critiques les plus virulentes formulées à l'encontre du dispositif C3P concerne précisément son financement. Celui-ci est à la charge exclusive des entreprises.

Le C3P est financé par une double cotisation :

- Une cotisation de base due par toutes les entreprises et assise sur la rémunération de l'ensemble de leurs salariés ;
- Une cotisation additionnelle due par les entreprises employant des salariés exposés à un ou plusieurs facteurs de pénibilité et assise sur les seules rémunérations de ces derniers.

Aucune cotisation de base ne sera due en 2015 et 2016. Cette cotisation de base n'entrera en vigueur qu'à compter de 2017. Elle sera égale à 0,01% des rémunérations perçues par chaque salarié, dans la limite de 0,2% des rémunérations perçues par les salariés entrant dans le champ d'application du C3P.

La cotisation additionnelle est due par toute entreprise employant un salarié exposé à un facteur de pénibilité. Celle-ci n'est assise que sur les seules rémunérations des salariés exposés à un facteur de pénibilité et dont le contrat de travail est au moins égal à 1 mois.

S'agissant des salariés exposés à un seul facteur de pénibilité, le taux de cette cotisation additionnelle est égal à 0,1% de leur rémunération au titre des années 2015 et 2016. Ce taux passera à 0,2% en 2017.

S'agissant des salariés exposés à au moins deux facteurs de pénibilité, le taux de cette cotisation est égal à 0,2% de leur rémunération au titre des années 2015 et 2016. Ce taux passera à 0,4% en 2017.

Les modalités de déclaration et de paiement de ces deux cotisations sont identiques à celles applicables aux charges et cotisation de sécurité sociale. Un décret du 30 décembre 2015 (25) a précisé que le paiement de la cotisation additionnelle devait intervenir, en tout état de

cause, au plus tard au moment de la déclaration ou de la rectification de la déclaration des salariés exposés à un facteur de pénibilité.

Dans la mesure où il ne s'agit pas à proprement parler de cotisations de sécurité sociale, l'Administration a pris le soin de préciser que les cotisations de base et additionnelle ne bénéficiaient pas des mesures d'exonération de cotisations de sécurité sociale (26).

IV. Aperçus des risques de contentieux engendrés par le C3P

L'une des principales critiques formulées par ses détracteurs concerne les risques de contentieux. En effet, la conformité des informations contenues dans la déclaration effectuée par l'employeur peut être contestée aussi bien par les salariés que par les caisses de retraite lesquelles bénéficient de la faculté de procéder à des contrôles sur place afin de vérifier l'exactitude des informations contenues dans la déclaration de l'employeur.

La loi Rebsamen (27) a pris quelques mesures destinées à limiter le risque de contentieux.

Ainsi, s'agissant de l'action individuelle du salarié devant le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale (si le salarié a essuyé le refus de l'employeur et des caisses de retraite) visant à acquérir des points supplémentaires, le délai de prescription est abaissé de 3 à 2 ans suivant la fin de l'année au titre de laquelle des points ont été ou auraient dû être portés au C3P.

Par ailleurs, le redressement opéré en cas de modification du nombre de points inscrits au C3P à la suite d'un contrôle sur place des caisses de retraite ne pourra désormais intervenir qu'au cours des 3 années civiles (au lieu de 5 précédemment) suivant l'année au titre de laquelle des points ont été ou auraient dû être portés au C3P.

Enfin, et c'est peut-être la mesure la plus intéressante, le législateur a expressément prévu que la seule déclaration par l'employeur de l'exposition de salariés à des facteurs de pénibilité ne constituait pas une présomption de manquement à son obligation de sécurité. Le but de cette mesure est d'éviter la survenue de litiges relatifs au préjudice d'anxiété liée aux situations d'inquiétude de déclarer une maladie professionnelle, notion qui est apparue à l'occasion des contentieux relatifs à l'exposition des salariés aux poussières d'amiante.

Au vu des développements ci-dessus, il apparaît que le C3P constitue un défi majeur pour les entreprises. Ses implications à moyen et long terme sont encore floues pour les acteurs du monde du travail. A n'en pas douter, le dispositif devra être modifié pour tenir compte des difficultés pratiques qui résulteront inévitablement de sa mise en œuvre.



Reclassement des salariés inaptes : la loi Rebsamen n'a pas tout révolutionné (1)

Fernando Lima Teixeira,
Avocat,
Reed Smith

Le Code du Travail met à la charge de l'employeur une obligation de reclassement du salarié déclaré inapte par le Médecin du Travail, que cette inaptitude ait une origine professionnelle (2) ou non (3).

L'employeur est tenu de rechercher un reclassement dans un emploi approprié aux capacités du salarié et aussi comparable que possible à celui qu'il occupait précédemment, en tenant compte des conclusions écrites du Médecin du Travail (4). La Cour de cassation précise que, le cas échéant, ses recherches s'étendent aux autres sociétés du groupe auquel l'entreprise appartient dès lors que leur activité, organisation ou lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (5).

En pratique, les entreprises éprouvent de grandes difficultés dans la mise en œuvre de cette obligation au vu des avis et préconisations parfois abscons ou contradictoires émis par le Médecin du Travail. Elles ne sont pas non aidées par les Tribunaux qui font preuve d'une rigueur excessive en exigeant que les recherches de reclassement soient effectuées même si elles s'avéreront vaines ce qui est le cas lorsque le salarié a été déclaré par le Médecin du Travail inapte à tout emploi (6).

Les acteurs du monde du travail ont, à maintes reprises, demandé au législateur de modifier la réglementation en matière d'inaptitude physique du salarié pour répondre aux difficultés pratiques rencontrées par les entreprises.

La loi Rebsamen a entendu répondre à ces attentes en créant une dispense légale de recherche de reclassement.

L'employeur est désormais dispensé de rechercher une quelconque solution de reclassement lorsque l'inaptitude physique est d'origine professionnelle et que l'avis du Médecin du Travail mentionne expressément que le maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé (7). Cette exception à la recherche de reclassement implique que l'employeur est également dispensé de l'obligation de consulter les délégués du personnel sur les possibilités de reclassement (8) et d'informer le salarié, par écrit, des motifs s'opposant à son reclassement avant d'initier la procédure de licenciement (9).

Les changements issus de la loi Rebsamen sont

toutefois insuffisants à plusieurs égards.

En tout premier lieu, la réforme ne concerne que les situations où l'inaptitude physique est d'origine professionnelle.

On peut s'étonner du fait que cette dispense de recherche de reclassement n'ait pas été étendue aux situations où l'inaptitude physique n'est pas d'origine professionnelle. Rien ne justifie, en effet, la différence de régime.

En l'état, cela aboutit à accorder aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle une protection moindre que celle dont bénéficient les salariés dont l'inaptitude n'est pas d'origine professionnelle.

Il est probable que cet oubli sera réparé par le législateur qui étendra cette dispense de reclassement aux situations où l'inaptitude du salarié n'est pas consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

Par ailleurs, on peut légitimement s'interroger sur l'interprétation que feront les Tribunaux de la dispense légale de recherche de reclassement dans les entreprises faisant partie d'un groupe de sociétés. En effet, le texte vise expressément un maintien du salarié « [...] dans l'entreprise » tandis que la jurisprudence étend le périmètre de l'obligation de reclassement au niveau du groupe.

Le simple fait que le Médecin du Travail considère dans son avis que le maintien du salarié dans l'entreprise est préjudiciable à son santé suffit-il à faire jouer totalement cette dispense lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe de sociétés ? Rien n'est moins sûr.

L'esprit du texte commande que cette dispense s'applique à l'égard de l'ensemble des sociétés du groupe quand bien même le Médecin du Travail ne les aurait pas visées dans son avis.

Il est toutefois à craindre qu'un tel contentieux soit rare. En effet, il n'est pas exclu que les Médecins du Travail rechignent à rendre un avis qui emporterait automatiquement la rupture du contrat de travail du salarié.

Force est donc de constater que la loi Rebsamen n'a pas tout réglé en matière de reclassement des salariés inaptes. Espérons que le législateur se saisisse plus globalement de la problématique de l'inaptitude physique du salarié pour enfin réellement simplifier la vie des entreprises.

1) Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

2) Article L. 1226-10 du Code du Travail

3) Article L. 1226-2 du Code du Travail

4) L'article L. 1226-10 du Code du Travail prévoit que lorsque l'inaptitude physique est d'origine professionnelle et que l'entreprise emploie au moins 50 salariés, le médecin du travail doit formuler sur l'avis des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté.

5) Cass.soc. 14 février 2007, n°05-44.807

6) Cass.soc. 1 février 2012, n°10-23.500

7) Article L. 1226-12 du Code du Travail

8) Article L. 1226-10 du Code du Travail

9) Article L. 1226-12 du Code du Travail