



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 22 mars 2019 à 14 heures

CONSEILLER-RAPPORTEUR :

Mme Claude Vieillard

PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL :

Mme Catherine Courcol-Bouchard

POURVOI N° :

F 18-17.442

Société EDF

(ayant pour avocats, SCP Sevaux et Mathonnet)

C/

M. A... X...

(ayant pour avocats, SCP Thouvenin Coudrey et Grévy)

ARRÊT ATTAQUÉ : Cour d'appel de Paris - Pôle 6 chambre 8 - du 29 mars 2018

Avis de Madame le premier avocat général
Catherine Courcol-Bouchard

Il a été déjà beaucoup écrit sur le drame de l'amiante et sur les conséquences de l'utilisation de ce matériau sur la santé des travailleurs qui y ont été exposés. Après son interdiction, les pouvoirs publics ont mis en place plusieurs dispositifs destinés, d'une part à mieux prendre en charge les malades de l'amiante et d'autre part à permettre à tous ceux qui y ont été exposés de façon importante de cesser plus tôt leur activité professionnelle en leur accordant le bénéfice d'une allocation de cessation anticipée d'activité (dite ACAATA).

C'est dans ce contexte que, le 11 mai 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis que soit réparé le préjudice d'anxiété d'un salarié bénéficiant de l'ACAATA du fait de son exposition prolongée à l'amiante.

Elle a par la suite facilité l'obtention de cette réparation en présumant, aussi bien l'exposition fautive que l'existence d'une anxiété, mais s'est efforcée de délimiter strictement le périmètre de réparation du préjudice d'anxiété, qu'elle a réservée aux seuls salariés des entreprises classées comme ouvrant droit à l'ACAATA susceptibles de bénéficier de cette allocation.

Ce qui fermait la porte aux salariés d'entreprises non classées, même s'il était démontré qu'ils avaient été exposés à l'amiante, comme aux salariés d'entreprises classées, dès lors qu'ils ne relevaient pas des emplois ouvrant droit à l'allocation, et empêchait toute indemnisation du préjudice d'anxiété selon les règles du droit commun de la responsabilité civile.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris soumis à votre assemblée plénière s'élève contre cette jurisprudence en permettant à des salariés d'EDF, entreprise non classée comme ouvrant droit à l'ACAATA (et qui ne pourrait pas l'être compte tenu de son statut) de demander réparation de leur préjudice d'anxiété sur le fondement de l'obligation de sécurité de l'employeur.

Ce que conteste la première branche du moyen unique du pourvoi, la seconde, subsidiaire, querellant les conditions d'application de cette responsabilité de droit commun en ce que la cour d'appel a refusé d'examiner les preuves apportées par l'employeur des mesures de sécurité qu'il avait mises en oeuvre et la troisième

reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas démontré l'existence même de l'anxiété. La quatrième branche du pourvoi conteste l'évaluation faite par les juges d'appel du préjudice d'anxiété.

Nous reviendrons dans un premier temps sur les conditions de production, d'utilisation puis d'interdiction de l'amiante, sur les conséquences de l'exposition aux poussières d'amiante sur la santé et sur les dispositifs d'accompagnement destinés aux travailleurs de l'amiante, puis procéderons à une étude critique de la jurisprudence de la chambre sociale avant de proposer des modalités de mise en oeuvre de la responsabilité civile et une réponse au moyen du pourvoi en ses différentes branches.

1 - L'utilisation massive de l'amiante et les dispositifs mis en oeuvre pour accompagner les travailleurs qui y ont été exposés

1.1 - L'amiante (ou "asbeste") est un matériau composé de fibres minérales, dont les propriétés physiques (résistance au feu, résistance mécanique, stabilité thermique) et le faible coût ont favorisé l'utilisation massive tout au long du XXème siècle dans de nombreuses applications industrielles : textiles, isolants, matériaux de construction en amiante-ciment, équipements électriques, garnitures de freins, etc ¹.

Dès le début du XXème siècle, des cas de fibroses pulmonaires ont été relevés en Grande-Bretagne chez des ouvriers du textile exposés aux poussières d'amiante. L'amiante a été reconnu en France comme source de maladie professionnelle en 1945, et classé comme cancérigène certain par le Centre international de recherche sur le cancer en 1976.

Plusieurs directives européennes sont venues réglementer, puis interdire son usage :

- la directive cadre 76/769/CE relative à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses a interdit cinq des six fibres d'amiante utilisées ;

- la directive 83/477/CE, relative à la protection des travailleurs contre les risques pour la santé découlant ou pouvant découler d'une exposition, pendant le travail, à l'amiante, a édicté des mesures de prévention (notamment la fixation de valeurs limites d'exposition), l'obligation d'informer les travailleurs exposés et de les surveiller médicalement et la mise en place de mesures spécifiques aux opérations d'enlèvement d'amiante ;

- enfin, la directive 99/77/CE a interdit toute utilisation des fibres d'amiante dans toute l'Union européenne au plus tard au 1er janvier 2005.

Tous les pays européens ont réglementé l'usage d'amiante dans les années 1970, les pays du nord de l'Europe l'interdisant dès le milieu des années 1980.

¹ Peuvent être utilement consultés sur le sujet l'étude publiée en 2006 par EUROGIP sur "*Les maladies professionnelles liées à l'amiante en Europe*" (EUROGIP étant un groupement d'intérêt public créé en 1991 au sein de la sécurité sociale française dans un but de prévention ou d'assurance des accidents du travail et des maladies professionnelles en Europe) ainsi que le site de l'Agence nationale de sécurité sanitaire (ANSES) <https://www.anses.fr> et la fiche toxicologique amiante n°145 de l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS), édition juillet 2018 www.inrs.fr/fichetox

La France a, pour sa part, encadré l'usage de l'amiante par le 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, et l'a interdit à compter du 1^{er} janvier 1997 (décret n°96-1133 du 24 décembre 1996) ².

Le produit continue cependant à être utilisé dans plusieurs pays hors d'Europe ³ et le risque d'exposition subsiste en Europe pour les travailleurs du bâtiment amenés à effectuer des travaux de désamiantage ou à procéder à des opérations d'entretien ou de rénovation sur des matériaux amiantés.

Ainsi, les articles R.4412-94 à R.4412-148 du code du travail, issus du décret n° 2012-639 du 4 mai 2012 prévoient-ils des dispositions relatives aux risques d'exposition à l'amiante pour les opérations de désamiantage ou les interventions sur des matériaux susceptibles de provoquer l'émission de fibres d'amiante.

1.2 - La principale voie d'entrée des fibres d'amiante dans l'organisme étant l'inhalation, les pathologies liées à une exposition aux fibres d'amiante concernent principalement le système respiratoire :

- les plaques pleurales sont des zones de fibrose localisées au niveau de la plèvre. Si elles sont le plus souvent asymptomatiques, elles sont caractéristiques d'une exposition à l'amiante. Elles apparaissent en général plus de 15 ans après le début de l'exposition à l'amiante.

- l'asbestose est une fibrose pulmonaire causée par l'inhalation de fibres d'amiante. Le risque d'asbestose et sa gravité dépendent du niveau et de la durée de l'exposition. Elle peut réduire les capacités respiratoires et parfois évoluer vers une insuffisance respiratoire. La latence entre le début de l'exposition et les premières anomalies cliniques ou radiologiques est généralement d'une vingtaine d'années, mais peut être plus courte pour des expositions intenses.

- les principaux cancers liés à une exposition à l'amiante sont le cancer du poumon et le mésothéliome, tumeur de la plèvre ou du péritoine spécifique d'une exposition antérieure à l'amiante qui peut avoir été de faible intensité. Le mésothéliome pleural malin survient après une période de latence de 15 à 40 ans.

Les mécanismes de la cancérogenèse et de la fibrose induits par l'exposition à l'amiante ne sont cependant pas encore complètement compris. Ce qui est certain, c'est que le risque de développer un cancer pulmonaire est fortement majoré par une exposition conjointe à l'amiante et au tabac ⁴.

1.3 - Deux dispositifs d'accompagnement des travailleurs de l'amiante ont été mis en oeuvre :

² Décision d'interdiction attaquée en vain par le Canada, alors 2^{ème} producteur mondial d'amiante, devant l'Organisation Mondiale du Commerce pour violation des règles du GATT ...

³ Environ deux millions de tonnes d'amiante sont toujours produits annuellement dans le monde, principalement en Russie et en Chine (cf. fiche toxicologique n°145 de l'INRS p.2)

⁴ INRS Fiche toxicologique amiante n°145, déjà citée, p. 6 www.inrs.fr/fichetox

1.3.1 - La loi de financement de la sécurité sociale du 23 décembre 1998 a créé un régime particulier de préretraite permettant aux salariés ou anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante et des établissements de flocage et de calorifugeage à l'amiante, âgés d'au moins cinquante ans, de percevoir une **allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA)** correspondant à 65 % de la moyenne des salaires mensuels bruts des douze derniers mois, à la condition qu'ils cessent toute activité professionnelle.

Ils doivent avoir travaillé dans l'un de ces établissements, inscrits sur une liste établie par arrêté ministériel, "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".⁵

Il ressort des travaux parlementaires que l'intention du législateur était d'autoriser une cessation d'activité précoce pour tenir compte du fait statistiquement établi que ces personnes, compte-tenu de l'activité de l'établissement et de la période concernée, couraient le risque d'une espérance moyenne de vie plus courte que les autres salariés.

Ce régime a été élargi aux salariés ou anciens salariés de la construction ou de la réparation navale ayant exercé l'un des métiers figurant sur une liste spécifique établie par arrêté ministériel, ainsi qu'aux dockers professionnels employés dans des ports où étaient manipulés de l'amiante⁶.

Peuvent également bénéficier de l'ACAATA, dès l'âge de cinquante ans, les personnes reconnues atteintes d'une maladie professionnelle provoquée par l'amiante.

L'allocation est versée par les caisses régionales d'assurance maladie. Son financement est assuré par le Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA) auquel contribue la branche accidents du travail-maladies professionnelles de la sécurité sociale. Dans son rapport annuel pour l'année 2017⁷, le FCAATA indique que le nombre d'allocataires est en diminution, étant progressivement passé de 23 796 en 2013 à 14 272 en 2017. En 2017, le montant des prestations versées s'est élevé à 351.844.502 euros (il était de 752.800.000 euros en 2005).

L'allocation cesse d'être versée lorsque le bénéficiaire remplit les conditions requises pour bénéficier d'une retraite à taux plein. Elle n'est pas cumulable avec une pension d'invalidité ou une indemnité de chômage.

La mission d'information du Sénat sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante⁸ rappelle les critiques faites au dispositif de l'ACAATA dont "les décisions

⁵ Article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et décret d'application n° 99-247 du 29 mars 1999

⁶ Article 36 de la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 et article 44 de la loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001, qui sont venus modifier l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998

⁷ https://retraitesolidarite.caissedesdepots.fr/sites/default/files/media/rapport_annuel_2017_fcaata.pdf

⁸ Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante, par M. Gérard DÉRIOT, rapporteur et M. Jean-Pierre GODEFROY, rapporteur-adjoint, séance du 20 octobre 2005

d'inscription sur les listes sont souvent jugées arbitraires ; elles excluraient du dispositif un grand nombre de salariés qui ont pourtant été exposés aux poussières d'amiante”.

Elle considère que “ce mode d'organisation pose un véritable problème en termes d'égalité de traitement. Tout en préconisant le maintien du système des listes pour les secteurs qui ont été de gros utilisateurs d'amiante, elle suggère de réfléchir à la mise en place d'une nouvelle voie d'accès à l'ACAATA, qui bénéficierait, sur une base individuelle, à des salariés ayant été exposés à l'amiante, de manière significative et durable, dans un établissement appartenant à un secteur non visé par la loi.”

Ce constat a été partagé par les auteurs d'un rapport déposé quelques mois plus tard à l'Assemblée nationale ⁹, soulignant que “les travailleurs de l'amiante qui ont exercé une partie de leur activité dans des établissements figurant sur les listes définies par arrêtés ministériels mais qui étaient, alors, employés par des entreprises sous-traitantes se heurtent au refus de prendre en compte ces périodes, du fait que l'entreprise sous-traitante n'est pas, elle-même, inscrite sur les listes” et que “ce système de listes laisse en dehors du dispositif de nombreuses personnes qui ont pourtant pu être exposées à l'amiante, en particulier certaines professions du bâtiment fortement concernées comme les tuyauteurs, les chaudronniers, les plombiers chauffagistes, les maçons fumistes, les ouvriers de l'isolation ou les électriciens”.

Le coût du dispositif a au contraire suscité des demandes de resserrement des conditions d'accès à l'ACAATA, tant des organisations patronales que de la Cour des comptes (laquelle souhaitait en réserver le bénéfice aux seules victimes de pathologies déclarées). Les rapporteurs du Sénat ont cependant rappelé que “la raison d'être du FCAATA est de prendre en compte le fait que les personnes intensément exposées à l'amiante sont susceptibles de développer une maladie grave et voient leur espérance de vie statistiquement réduite. Il est logique, dans ces conditions, qu'elles bénéficient d'une préretraite sur la base d'une attestation d'exposition et non d'un diagnostic médical.”

Le dispositif n'a dès lors été, ni élargi aux personnes employées en sous-traitance dans des établissements listés, ni ouvert à des demandes individuelles de salariés exposés à l'amiante dans des établissements non listés, comme le proposaient les parlementaires. Ce qu'a regretté un nouveau rapport parlementaire du 18 novembre 2009 considérant que la procédure des listes était, pour les raisons déjà exposées, “source de graves inégalités” ¹⁰.

1.3.2 - Ce dispositif de préretraite a été complété l'année suivante par la loi du 23 décembre 2000 ¹¹ créant, pour les salariés victimes d'une maladie professionnelle résultant de leur exposition à l'amiante, un **fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), chargé d'assurer la réparation intégrale de leur préjudice.**

Ce fonds est financé par une contribution de l'Etat et par une contribution de la branche accidents du travail et maladies professionnelles.

⁹ Rapport du 22 février 2006 fait au nom de la mission d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante, président M. Jean LE GARREC, rapporteur M. Jean LEMIERE, députés

¹⁰ Rapport d'information n°2090 déposé le 18 novembre 2009 par la commission des affaires sociales sur la prise en charge des victimes de l'amiante et présenté par M. Guy Lefrand, député.

¹¹ Article 53 de la loi n° 2000-1257 de financement de la sécurité sociale pour 2001, complétée par un décret d'application n° 2001-963 du 23 octobre 2001.

L'exposé des motifs du projet de loi indique que le FIVA a été créé "afin que les victimes et leurs familles puissent obtenir une réparation intégrale en évitant des procédures longues et difficiles".

S'agissant d'une réparation intégrale, sont pris en compte les préjudices patrimoniaux comme les préjudices extra patrimoniaux (notamment le préjudice d'anxiété), subis par les victimes de l'amiante. La 2^{ème} chambre civile, s'agissant de la réparation due aux ayants droit d'un salarié décédé d'un mésothéliome dû à la faute inexcusable de son employeur, a considéré que "pour les victimes atteintes de maladies dues à l'amiante, il existe un préjudice moral spécifique consistant dans l'anxiété permanente face au risque, à tout moment, de dégradation de l'état de santé et de menaces sur le pronostic vital"¹².

De début 2003 au 31 décembre 2017, le FIVA a proposé 218.549 offres d'indemnisation pour un montant total de 5,592 milliards d'euros. "L'année 2017 se situe dans le prolongement des années précédentes, avec la poursuite du mouvement de baisse modérée de la demande globale initié fin 2016 ; les demandes d'indemnisation recensées demeurant toutefois nombreuses (18 777 unités)."¹³

Le rapport du Sénat sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 indique que "Compte tenu du délai de latence des maladies liées à l'amiante, les études épidémiologiques prévoient un pic des demandes adressées au fonds en 2020. La tendance qui se dessine pourrait indiquer que ce cap est désormais dépassé, avec une légère avance par rapport aux prévisions".¹⁴

A la lecture de ce qui précède, deux observations peuvent être formulées :

➤ Le dispositif ACAATA a permis et permet à de nombreux salariés exposés à l'amiante de cesser leur activité de façon anticipée sans perte de leurs droits à retraite. Il n'est cependant ouvert qu'aux salariés et anciens salariés ayant travaillé pendant une période donnée dans des établissements listés (et, s'agissant de la construction ou de la réparation navale, ayant exercé l'un des métiers figurant sur une liste spécifique établie par arrêté ministériel).

Il laisse donc de côté des personnes qui ont pu être fortement exposées à l'amiante au cours d'une activité professionnelle dans un établissement non listé ou dans un établissement listé dont ils n'étaient pas les salariés.

Précisons cependant que la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a récemment approuvé une cour d'appel qui avait accordé le bénéfice de l'ACAATA au salarié d'une entreprise non inscrite, pour une période où celle-ci l'avait affecté en sous-traitance sur le site d'une entreprise inscrite sur la liste des sites ouvrant droit au bénéfice de cette allocation :

"Attendu qu'ayant constaté que le salarié avait exercé son activité professionnelle, au cours de la période considérée, au sein non de l'établissement de son employeur, mais d'un établissement figurant sur la liste fixée par l'arrêté interministériel du 3 juillet 2000 modifié, et avait été ainsi exposé habituellement au

¹² 2ème Civ. 13 mars 2014, n°13-13.507,

¹³ Rapport d'activité du FIVA pour 2017, p.18

¹⁴ Sénat Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2018 : Exposé général

contact de l'amiante, la cour d'appel en a exactement déduit (...) que M. D. était fondé à bénéficier de l'ACAATA pour la période litigieuse".¹⁵

Ce qui permet d'ouvrir l'accès au dispositif ACAATA aux salariés d'une entreprise sous-traitante non listée, exposés habituellement à l'amiante au sein d'une entreprise listée dont ils n'étaient pas les salariés.

➤ Les salariés ou anciens salariés exposés à l'amiante dans un établissement listé sont tous susceptibles de bénéficier du dispositif de préretraite ACAATA (sous réserve, dans certains cas, de l'exercice d'une activité elle-même listée), mais seuls les salariés victimes d'une maladie professionnelle due à l'amiante peuvent obtenir, par le recours au FIVA, outre l'indemnisation de leurs préjudices patrimoniaux, l'indemnisation du préjudice moral causé par cette exposition et la maladie qui en est résulté.

Ces dispositifs ne prévoient donc pas l'indemnisation du préjudice moral pouvant avoir été causé aux salariés exposés à l'amiante, mais non malades, du seul fait de cette exposition.

2 - La reconnaissance d'un préjudice spécifique d'anxiété par la Cour de cassation et son cantonnement

2.1 - Après avoir refusé toute réparation d'un préjudice économique correspondant à la perte de rémunération subie par le salarié démissionnant pour bénéficier de l'ACAATA, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé, dans un arrêt du 11 mai 2010, une cour d'appel, qui avait relevé que "les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse", d'AVOIR "ainsi caractérisé l'existence d'un **préjudice spécifique d'anxiété**"¹⁶.

Le commentaire au Rapport annuel de cette décision souligne que "la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété, indépendant en l'espèce de la mise en œuvre du dispositif légal, pouvant donner lieu à réparation, sur le fondement des règles de la responsabilité civile et, plus précisément, du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat" et observe que "la première chambre civile de la Cour avait déjà reconnu, dans une hypothèse, qu'un préjudice d'anxiété pouvait donner lieu à réparation (1^{re} Civ., 9 juillet 1996, Bull. 1996, I, n° 306, pourvoi n° 94-12.868)."

Cette reconnaissance d'un préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante faisait écho au constat des députés Jean Le Garrec et Jean Lemièrre :

"A travers ses travaux, la mission a pu mesurer la pression psychologique qui en résulte chez les salariés exposés. Ils voient tomber leurs compagnons et parfois même leur famille et ceux qui sont atteints de plaques pleurales, dont on sait pourtant qu'elles ne conduisent pas nécessairement à un cancer, vivent cette affection comme une épée de Damoclès."¹⁷

La doctrine a généralement approuvé l'admission du préjudice d'anxiété :

¹⁵ 2^{ème} Civ. 7 juillet 2016, n°15-20.627, confirmé par 2^{ème} Civ 15 juin 2017, n°16-20.511

¹⁶ Soc 11 mai 2010 P+B+R n° 09-42.241, bull.V n°106

¹⁷ Rapport du 22 février 2006 déjà cité

“ La connaissance que l'on a aujourd'hui des ravages de l'amiante à travers la gravité des maladies qu'elle cause suffirait à convaincre du sentiment d'angoisse qui peut naître chez les personnes qui y ont été longuement exposées : cancer broncho-pulmonaire et mésothéliome dus à l'inhalation de poussières d'amiante sont responsables d'un nombre de décès déjà important (des dizaines de milliers) et qui ira grandissant dans les années à venir compte tenu de la très longue durée d'incubation de ces maladies, sans compter les handicaps lourds résultant de formes moins sévères de la contamination (asbestose) mais se traduisant par une réduction de l'espérance de vie. Il y a de quoi, pour les travailleurs de l'amiante, nourrir quelque crainte de développer de semblables pathologies”

mais en ajoutant que :

“Comme toujours, la prise en compte d'un préjudice aussi subjectif et insaisissable pourrait ouvrir la boîte de Pandore et conduire à une multiplication des demandes d'indemnisation de prétendus préjudices d'anxiété ou d'angoisse. Irrationnelle, l'angoisse, présumée plus que prouvée, suffirait à fonder une réparation en l'absence même de risque certain. **Ce n'est donc que dans des circonstances particulières d'exposition à un risque grave, identifié et avéré qu'il serait possible de présumer un tel préjudice, comme c'est le cas pour les risques liés à l'exposition à l'amiante** ”¹⁸.

Déjà la 1^{ère} chambre de la Cour de cassation (c'est l'arrêt cité par la chambre sociale au Rapport annuel) avait approuvé une cour d'appel d'avoir indemnisé l'anxiété résultant d'une contamination par le virus de l'hépatite C, du fait du risque d'évolution et de la nécessité d'une surveillance médicale¹⁹.

Le Conseil d'Etat a, lui aussi, admis la réparation du préjudice d'anxiété d'un ouvrier d'Etat exposé à l'amiante au sein de la direction des constructions navales de Toulon. La décision souligne cependant que “la circonstance qu'il bénéficie d'un dispositif de cessation anticipée d'activité à raison des conditions de travail dans sa profession ou son métier et des risques susceptibles d'en découler sur la santé, ou de tout autre dispositif fondé sur un même motif, ne dispense pas l'intéressé, qui recherche la responsabilité de la personne publique à raison des fautes commises en sa qualité d'employeur, de justifier de tels éléments personnels et circonstanciés ”²⁰.

Pour certains auteurs, “L'appréhension de ces préjudices par le droit interpelle. Il ne s'agit évidemment pas de nier la situation dans laquelle peuvent se trouver les salariés en question, les sentiments et la colère qu'ils peuvent ressentir. Il s'agit plus généralement de s'interroger sur la vocation du droit à répondre à de tels sentiments par le versement d'une compensation financière.”²¹

Quoiqu'il en soit, **la reconnaissance d'un préjudice d'anxiété n'est pas en elle-même contestée par le pourvoi qui nous occupe. C'est le strict cantonnement de son bénéfice par la chambre sociale qui a été directement remis en cause par l'arrêt de la cour d'appel**, comme lui en fait grief la première branche du moyen.

2.2 - La chambre sociale a ensuite commencé par faciliter la reconnaissance du préjudice d'anxiété en renonçant à toute exigence d'une preuve de l'anxiété :

“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 no 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

¹⁸ Patrice Jourdain *Les anciens salariés qui perçoivent l'allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ?* RTD civ. 2010. 564;

¹⁹ Civ. 1^{ère} 9 juillet 1996, n° 94-12868, Bull.I, n°306

²⁰ CE 3 mars 2017 n°401395

²¹ La recherche des préjudices des salariés « préretraités amiante » à l'aune du droit commun de la responsabilité civile – Cristina Corbas-Bernard – D. 2010. 2048

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”²².

Il est vrai que le fait de se soumettre à des examens réguliers n'apparaissait pas comme un élément de preuve décisif, les plus anxieux pouvant, du fait même de cette anxiété, renoncer à ces examens.

Il a également été considéré qu'aucune preuve de l'exposition personnelle du salarié à l'amiante au sein de l'établissement listé ne pouvait être exigée, la chambre sociale cassant un arrêt de cour d'appel qui, s'agissant d'un employé administratif, avait "ajouté la condition de la preuve d'une exposition personnelle du salarié à l'amiante".²³

La chambre sociale a enfin précisé qu'il n'était pas davantage nécessaire que le salarié ait effectivement adhéré au dispositif qui lui était proposé : "un salarié remplissant les conditions d'adhésion prévues par l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et l'arrêté ministériel, a droit, qu'il ait ou non adhéré à ce régime légal, à la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété”²⁴.

2.3 - Puis la chambre sociale a posé des limites à cette indemnisation.

Elle a d'abord précisé que "**l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques**, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante”²⁵. Pour les travailleurs concernés, la réparation du préjudice d'anxiété est donc exclusive de toute autre réparation des troubles psychologiques créés par la connaissance du risque.

Cette jurisprudence a été complétée par un arrêt écartant toute réparation supplémentaire "d'un autre préjudice, présenté comme distinct, **résultant du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat**"²⁶.

Dans le même mouvement, elle a également cantonné strictement le droit à réparation du préjudice spécifique d'anxiété **en refusant toute réparation au titre de ce préjudice à un salarié exposé à l'amiante dans son activité professionnelle, mais dans un établissement non inscrit sur la liste des sites ouvrant droit à l'ACAATA** : "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".²⁷

Elle a ainsi adossé à la loi du 23 décembre 1998 un triple régime de présomption : à la présomption d'exposition significative aux poussières d'amiante dans un établissement listé (qui déclenche la possibilité d'adhésion au dispositif de l'ACAATA), étaient ajoutées une présomption de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité (du fait

²² Soc. 4 décembre 2012, n° 11-26.294, Bull. V, n° 316, puis soc 2 avril 2014, n°12-29.825 et 12-28.616

²³ Soc. 2 juillet 2014, n°13-10.644

²⁴ Soc. 3 mars 2015, n°13-20.486, Bull.V n°31

²⁵ Soc. 25 septembre 2013, n°12-20.157, Bull. V n°209 (bouleversement dans les conditions d'existence) ; Soc. 3 mars 2015, n°13-21.832 et s., Bull. V n°40 (perte d'espérance de vie)

²⁶ Soc. 26 mai 2016, n°15-19833

²⁷ Soc. 3 mars 2015, n° 13-26.175 P+B+R+I, Bull.V n°41

de l'inscription de l'établissement sur la liste) ainsi qu'une présomption de dommage (l'anxiété) résultant de ce manquement.

Mais cette volonté de faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés pouvant prétendre à l'ACAATA s'est accompagnée de l'exclusion de toute réparation d'un préjudice d'anxiété selon les conditions du droit commun de l'obligation de sécurité pour les salariés exclus du bénéfice de l'ACAATA, dont nous avons vu qu'ils pouvaient pourtant avoir été exposés à l'amiante "de manière significative et durable"²⁸. **Relever de l'ACAATA ne permet donc pas seulement de bénéficier d'un régime probatoire très favorable, mais devient une condition d'admission à la réparation du préjudice d'anxiété.**

Le commentaire au Rapport annuel de cette décision souligne que c'est ce régime de présomption dérogatoire qui justifie le cantonnement de la possible réparation du préjudice d'anxiété :

" Le préjudice spécifique d'anxiété, création jurisprudentielle reconnue au bénéfice des travailleurs de l'amiante, dans des conditions particulièrement dérogatoires du droit commun de la responsabilité civile, est cependant bien circonscrit : il est, d'une part, nécessairement adossé au dispositif légal mis en œuvre par la loi du 23 décembre 1998 précitée, ce qui tend à exclure des demandes qui seraient fondées sur l'exposition à d'autres produits toxiques, et est, d'autre part, réservé aux seuls salariés travaillant dans les établissements inscrits sur liste ministérielle, c'est-à-dire ceux dont les opérations liées à l'amiante représentent une part significative de l'activité, compte tenu de leur fréquence et de la proportion des salariés qui y sont affectés. Cette deuxième condition liée à l'inscription sur la liste ministérielle des établissements ouvrant droit à l'ACAATA est pleinement justifiée eu égard au régime de présomption instauré par la chambre sociale, grâce auquel ces salariés peuvent obtenir la réparation de leur préjudice spécifique d'anxiété en se bornant à démontrer qu'ils ont travaillé dans l'un des établissements listés à une époque où y était fabriqué ou traité de l'amiante, sans avoir à justifier ni d'un manquement de l'employeur, dont l'existence est présumée du fait de l'inscription de l'établissement, ni d'un préjudice propre en lien avec ce manquement tel qu'un suivi médical."

La déconnexion de la réparation du préjudice d'anxiété et de l'obligation de sécurité de l'employeur a été confirmée au fil des arrêts de la chambre sociale :

- a été exclue toute action tendant à la réparation d'un préjudice d'anxiété dirigée par des salariés mis à la disposition d'une entreprise figurant sur la liste des établissements ouvrant droit à l'allocation de cessation d'activité contre leur employeur, dès lors que celui-ci ne figurait pas lui-même sur cette liste.²⁹

- la réparation du préjudice d'anxiété suppose l'existence d'un lien salarial entre l'entreprise, dont l'établissement est inscrit, et le travailleur qui en sollicite le bénéfice, peu important que celui-ci soit personnellement admis au bénéfice de l'ACAATA :

"Un salarié, même s'il est éligible à l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante, ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre une société qui n'entrait pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998."³⁰

²⁸ Comme le soulignait le rapport d'information fait au Sénat par M. Gérard DÉRIOT et M. Jean-Pierre GODEFROY, à la séance du 20 octobre 2005, déjà cité

²⁹ Soc. 22 juin 2016, n°14-28175, Bull.V n°131

³⁰ Soc, 11 janvier 2017, n° 15-50.085, Bull.V n°10

Le droit du travail n'étant applicable qu'aux relations entre les employeurs et leurs salariés, la juridiction prud'homale ne pouvait être saisie d'une demande formée par un travailleur de l'amiante, salarié d'un sous-traitant, contre une entreprise, même listée, qui n'était pas son employeur. Et il n'était pas davantage admis, faute d'un recours possible au droit commun, à mettre en cause la société qui l'employait, celle-ci n'étant pas inscrite. Difficulté qui ne se posait pas à la 2^{ème} chambre civile lorsqu'elle a permis l'ouverture du droit à l'ACAATA à des sous-traitants d'une entreprise listée.³¹

- un salarié ayant travaillé pour une entreprise de réparation et de construction navale inscrite sur la liste des établissements ouvrant droit au bénéfice de l'ACAATA, mais n'y ayant pas exercé l'un des métiers visés par cette même liste, n'est pas éligible au dispositif de l'ACAATA et est dès lors également exclu de la réparation d'un préjudice d'anxiété, même s'il démontre avoir été exposé aux poussières d'amiante.³²

- le docker professionnel éligible à l'ACAATA pour avoir travaillé dans un port intégré à la liste prévue des ports susceptibles d'ouvrir droit à l'ACAATA en faveur des dockers professionnels et personnels portuaires assurant la manutention, ne peut obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété par une demande dirigée contre la société d'acconage qui l'employait dès lors que celle-ci n'était pas elle-même listée.³³

- a enfin été explicitement fermée toute possibilité d'action sur le fondement de l'obligation de sécurité :

“la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le salarié avait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, en sorte qu'il ne pouvait prétendre à l'indemnisation d'un préjudice moral au titre de l'exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, a violé les textes susvisés”³⁴.

Ajoutons que, s'agissant de la **date à laquelle naît le préjudice d'anxiété**, la chambre sociale a précisé que ce préjudice, “qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés”, ce qui l'a conduite à fixer la naissance du droit à réparation “à la date à laquelle les salariés avaient eu connaissance de l'arrêté ministériel d'inscription de l'activité de réparation et de construction navale (...) sur la liste des établissements permettant la mise en oeuvre de l'ACAATA”.³⁵

2.4 - La doctrine se montre, sur cette jurisprudence, très critique :

“Le dispositif de l'ACAATA n'a jamais été autre chose, au regard du préjudice spécifique d'anxiété, qu'un outil au service de la preuve des conditions de la réparation. L'arrêt du 3 mars 2015 en fait brutalement une de ses conditions.

Au nom de quoi le fait, pour un salarié exposé à l'amiante, de ne pas être éligible à l'ACAATA devrait-il le priver de la possibilité d'apporter la preuve que cette exposition résulte d'un manquement de son employeur à son obligation de sécurité et qu'il se trouve ainsi par la faute de son employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à

³¹ 2ème Civ. 7 juillet 2016, n°15-20.627, et 2ème Civ. 15 juin 2017, n°n°16-20.511, déjà cités

³² Soc. 25 mars 2015, n°13-21716, Bull. V n° 63

³³ Soc 15 décembre 2015 n°14-22.488, Bull.V n°260

³⁴ Soc. 26 avril 2017, n°15-19.037, Bull. V n°71

³⁵ Soc. 2 juillet 2014, n° 12-29.788 à 12-29.801, Bull.V n° 160

l'amiante ? Autrement dit, au nom de quoi le juge refuse-t-il à ces salariés la possibilité d'agir contre leur employeur en réparation d'un préjudice d'anxiété sur le fondement de la responsabilité contractuelle ?"³⁶

Un auteur qui, dès 2015, soulignait l'importance des enjeux économiques attachés à la réparation du préjudice d'anxiété ³⁷, affirme dans un article récent que le poids financier du contentieux n'est sans doute pas étranger au cantonnement par la chambre sociale de la réparation du préjudice d'anxiété :

“ La créature devait pourtant bientôt échapper à ses créateurs en raison du contentieux de masse généré. Bientôt ce n'étaient déjà plus les seuls bénéficiaires de la préretraite amiante qui invoquaient le préjudice subi à raison de leur exposition, mais tous les salariés ayant eu à inhaler, outre l'amiante, d'autres fibres et poussières, ou étant exposés aux risques chimique et toxique. Le poids financier du contentieux, le plus souvent supporté par les AGS – les entreprises ayant pour la plupart disparu – a contraint les juges à revenir sur les solutions précédemment dégagées pour restreindre le bénéfice du préjudice. Le mouvement forcé s'est fait au prix de concessions importantes à la cohérence juridique jusqu'à atteindre une impasse, dont il est difficile mais impératif de s'extraire.”³⁸

Si la chambre sociale, justement préoccupée par les conséquences (pas seulement financières ³⁹) de ses décisions, a ainsi souhaité éviter la multiplication des demandes au titre d'un préjudice moral par nature subjectif et difficilement évaluable, **c'est au prix d'une jurisprudence qui ne traite pas également des salariés exposés avec la même intensité au même risque et apparaît dès lors inéquitable.**

Cette jurisprudence repose par ailleurs sur un fondement juridique fragile, s'adossant à une loi dont l'objet était de compenser la perte d'espérance de vie de certains travailleurs (et dont la mise en oeuvre pouvait être elle-même créatrice d'inégalités), pour neutraliser pour d'autres l'obligation de sécurité des employeurs.

Ces difficultés n'ont pas échappé aux magistrats de la chambre, et cela depuis longtemps. Ils ont souhaité, dès lors qu'ils étaient saisis d'un pourvoi conduisant à remettre frontalement en cause cette jurisprudence, réévaluer celle-ci en saisissant le premier président de la Cour afin qu'en soit saisie votre assemblée plénière ⁴⁰.

Si, comme je le pense, il n'est plus possible aujourd'hui d'interdire à des salariés, qui justifient de leur exposition aux poussières d'amiante, de demander réparation de leur préjudice d'anxiété au seul motif qu'ils ne sont pas éligibles à l'ACAATA, des conditions strictes devront encadrer leur mise en cause de la responsabilité patronale.

³⁶ Anne Guégan-Lécuyer, *Le curieux destin du préjudice spécifique d'anxiété des salariés exposés à l'amiante causé par le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité*, Revue des contrats, 1^{er} septembre 2015, n°03, page 473

³⁷ Morane Keim-Bagot, *Préjudice d'anxiété : la Cour de cassation referme la boîte de Pandore*, Droit social 2015 p.360, qui indique que l'AGS aurait versé 680 millions d'euros dans le cadre de ce contentieux

³⁸ Morane Keim-Bagot, *Préjudice d'anxiété : sortir de l'impasse*, Les Cahiers Sociaux, 1^{er} mai 2018, n°307, page 13

³⁹ Il s'agissait aussi de donner aux juges du fond, très sollicités par un contentieux massif, des repères clairs. A l'occasion du présent pourvoi, le SDER a retrouvé **11.141 arrêts de cours d'appel** employant les mots-clés “préjudice d'anxiété, amiante, exposition, obligation de sécurité”.

⁴⁰ Cette démarche a été publiquement exposée par le doyen de la chambre sociale lors d'un colloque organisé le 23 novembre 2018 sur la santé au travail (cf. Françoise Champeaux, *Les évolutions de la jurisprudence en santé au travail*, SSL 10 décembre 2018, n°1840)

3 - Réparer le préjudice d'anxiété au titre du manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur : à quelles conditions ?

Une première question, sur laquelle nous ne nous arrêterons pas puisqu'elle n'est pas posée par le présent pourvoi, ne manquera d'apparaître : réparer le préjudice d'anxiété par application du droit commun conduira-t-il à remettre en cause la jurisprudence favorable aux salariés bénéficiant de l'ACAATA ? Ne faudra-t-il pas à tout le moins rendre les présomptions jurisprudentielles un peu plus réfragables qu'elles ne le sont ? Nous verrons que la cour d'appel a, en partie, répondu par avance à ces questions.

Une seconde question, en sens inverse, se pose déjà dans d'autres pourvois soumis à la chambre sociale : faudrait-il inventer un dispositif prétorien de présomptions, similaire au régime appliqué aux salariés éligibles à l'ACAATA, pour des salariés exposés à d'autres substances que l'amiante ? Même si la question ne nous concerne pas non plus aujourd'hui, une réponse négative ne me paraît guère faire de doute compte tenu de la spécificité de ce régime probatoire, adossé à une loi qui a prévu une possibilité de retraite anticipée pour des salariés exposés à l'amiante mais n'ayant pas développé de maladie, en compensation de leur perte d'espérance de vie. A dispositif spécifique, préjudice spécifique d'anxiété, comme le qualifie la jurisprudence ou, à tout le moins, régime probatoire spécifique qui ne saurait être décliné à d'autres expositions.

Ajoutons, et nous y reviendrons, que ce qui est particulier à ce matériau, c'est l'absence de toute information, pendant de longues années, tant des salariés amenés à le manipuler que du reste de la population sur les dangers auxquels il les exposait.

La question à laquelle nous devons réfléchir et que vous devrez trancher, est la suivante : **faut-il confirmer la jurisprudence actuelle, dont les limites ont été soulignées, mais dont la rigueur préserve de trop grands débordements?**

Faut-il au contraire, comme je le propose, ouvrir la possibilité à tous les salariés exposés de façon importante aux poussières d'amiante de demander réparation d'un préjudice d'anxiété par application des règles de droit commun ? Il conviendra alors de préciser les conditions de preuve qui devront être respectées, le délai dans lequel la demande pourra être formée, et le type d'exposition au risque concerné.

Je précise avoir saisi le directeur général du Travail d'une consultation tendant à obtenir des éléments de contexte :

- sur le coût de la réparation du préjudice d'anxiété depuis l'arrêt du 11 mai 2010, notamment pour le régime de garantie des salaires (AGS) ;
- sur le périmètre des emplois hors amiante susceptibles d'exposer des salariés à des risques très graves pour leur santé dans des conditions pouvant les conduire à former une demande d'indemnisation d'un préjudice d'anxiété en application du droit commun.

La réponse à ces demandes, non transmise à ce jour, sera jointe au dossier dès réception.

3.1 - Le droit commun de l'obligation de sécurité de l'employeur, c'est le droit commun de la responsabilité civile adapté au droit du travail ⁴¹. Chacun admet en effet que l'échange force de travail contre salaire ne suppose pas que le salarié y laisse sa vie ni même sa santé et que c'est à l'employeur d'y veiller.

Le fondement de la responsabilité de l'employeur, longtemps contractuel, repose désormais sur l'obligation générale de sécurité prévue par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail. Transposition fidèle de l'article 6 de la directive du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (89/391/CEE), ces dispositions mettent à la charge de l'employeur l'obligation de prendre "les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs" (actions de prévention, d'information et de formation, mise en place d'une organisation adaptée) et de les appliquer dans le respect de principes généraux de prévention.

Dès lors qu'il s'agit de savoir si un manquement fautif de l'employeur à ces dispositions est la cause directe d'un préjudice subi par le salarié, il faudra prouver le manquement fautif, le préjudice et le rapport de causalité entre les deux. Rien que de fort classique, si ce n'est qu'en droit du travail, l'inégalité des situations conduit à appliquer des règles de preuve dérogatoires au droit commun, en partant du principe que l'employeur dispose de plus de facilité probatoire que le salarié.

Ce qui a conduit pendant plusieurs années la jurisprudence sociale à faire peser sur l'employeur une obligation de sécurité de résultat, l'existence d'un manquement fautif étant déduite de l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale du salarié ou de son exposition au risque d'une telle atteinte, sans que l'employeur soit admis à apporter la preuve de son absence de faute, hors force majeure.

Ce qui conduit aujourd'hui la chambre sociale, depuis un arrêt Air France du 25 novembre 2015, à **faire peser sur l'employeur, désormais admis à se justifier, la preuve de l'absence de manquement fautif** :

" Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail " ⁴².

Le commentaire au Rapport annuel de cet arrêt de principe souligne l'"assouplissement notable" apporté au régime juridique de l'obligation de sécurité de l'employeur, lequel a désormais la possibilité "de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir tout mis en oeuvre pour éviter les risques et protéger ses salariés".[...] Le résultat attendu de l'employeur est précisément la mise en oeuvre de tous les moyens de prévention des risques professionnels, tant sur le plan collectif qu'individuel, de sorte que son comportement est placé au centre du débat."

Qu'il soit question, comme en a débattu la doctrine, d'une obligation de résultat atténuée ou, plus certainement, d'une obligation de moyens renforcée ⁴³, la mise en oeuvre de

⁴¹ Précision nécessaire car, comme le souligne Philippe Brun, "le droit commun est si l'on ose l'oxymore, une notion d'une absolue relativité", *Responsabilité civile extra-contractuelle*, Lexis-Nexis, 5^{ème} édition

⁴² Soc. 25 novembre 2015, n°14-24.444, Bull. V n°234

⁴³ la chambre sociale, dans ses arrêts les plus récents, paraît abandonner toute référence à une obligation de résultat ; ce qu'a confirmé son ancien président (J-Y. Frouin, *Liaisons sociales Quotidien, L'actualité*, n° 17423, 11 octobre 2017)

la responsabilité de l'employeur suppose que le salarié fasse la preuve de son préjudice et du lien de causalité avec le manquement reproché.

S'agissant du préjudice d'anxiété des travailleurs de l'amiante (hors régime ACAATA), cela lui impose une double démonstration : celle d'une exposition aux poussières d'amiante et celle de l'anxiété qui en résulte.

L'exposition aux poussières d'amiante devra avoir été importante en durée et en intensité. Il est en effet admis⁴⁴ que le risque de contracter une maladie est d'autant plus important que l'exposition a été longue et d'une certaine importance. C'est ce qui justifie d'ailleurs l'inscription par arrêté ministériel de certains établissements et de certains métiers sur les listes permettant aux salariés concernés de bénéficier de l'ACAATA.

L'exposition à l'inhalation de poussières d'amiante dans un contexte professionnel et les risques induits pour la santé par cette exposition constituent ce que le rapporteur public devant le Conseil d'Etat, dans l'affaire déjà citée de l'ouvrier d'Etat de la DCN de Toulon ⁴⁵, qualifie de "circonstances objectives" devant être démontrées.

Il les distingue de la "circonstance subjective" que constitue l'anxiété résultant de la conscience qu'a le salarié des risques qui pèsent sur sa santé.

En suivant cette distinction, qui me paraît pertinente, il n'est pas douteux que, comme en matière de faute inexcusable, **la réalité et la durée de cette exposition devront être prouvées par le salarié**, et pourront être éventuellement contestées par l'employeur, aucune présomption n'ayant lieu de s'appliquer.

Les risques pour la santé d'une exposition importante aux poussières d'amiante ne sont plus à démontrer et sont désormais connus de tous.

Reste donc à démontrer cette "circonstance subjective", c'est à dire l'existence même de l'anxiété de celui qui, non atteint par la maladie, sait être exposé à ces risques.

Comment prouver l'anxiété ⁴⁶? Faut-il la présumer à partir d'éléments objectifs, comme un suivi médical régulier, des témoignages, un certificat médical ? Ou doit-on admettre, comme M. Pellissier, que celle-ci est si subjective qu'elle "ne peut qu'être présumée à partir des éléments objectifs qui permettent d'établir l'existence et l'importance du risque, à savoir l'exposition suffisante aux poussières d'amiante. Ces éléments objectifs établissent un risque si élevé de pathologie si grave qu'il ne peut que générer, chez la plupart des personnes, une angoisse quant à sa réalisation."

Partageant ce point de vue, je suis d'avis que **la seule preuve d'une exposition importante aux poussières d'amiante pourrait permettre de présumer l'anxiété de celui qui s'en prévaut.**

Encore faut-il déterminer le fait générateur de l'anxiété dont la date permettra seule d'apprécier l'application des règles de prescription. Comme le rappelle la chambre sociale, il ne faut en effet pas confondre exposition à l'amiante et fait générateur de l'anxiété :

⁴⁴ En ce qui concerne en tout cas les atteintes non cancéreuses et le cancer du poumon, maladies les plus fréquentes

⁴⁵ CE 3 mars 2017 n°401395, conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier

⁴⁶ Anxiété qui, par hypothèse, ne relève pas de la classification des maladies professionnelles

- "le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés" ⁴⁷

- "le préjudice d'anxiété, qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l'amiante, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés ; qu'il naît à la date à laquelle les salariés ont connaissance de l'arrêté ministériel d'inscription de l'établissement sur la liste des établissements permettant la mise en oeuvre de l'ACAATA" ⁴⁸.

Ajoutons que la date à laquelle les salariés ont eu connaissance de l'arrêté est présumée être celle de l'arrêté lui-même.

En droit commun, ce sera au salarié de justifier de la date à laquelle il a eu connaissance du risque auquel il est exposé.

S'il s'agit d'un salarié exposé aux poussières d'amiante dans un établissement classé, mais jusque là exclu de toute réparation d'un préjudice d'anxiété pour être salarié d'un sous-traitant ou n'avoir pas exercé l'un des emplois listés, il serait cohérent de considérer que le fait générateur de l'anxiété naît à la date de l'arrêté ministériel classant l'établissement.

Le salarié exposé dans un établissement non listé pourra établir par tous moyens la date à laquelle il a eu conscience de cette exposition et de ses dangers, à charge pour l'employeur de démontrer avoir donné à une date plus ancienne au salarié une information précise et personnelle sur cette exposition.

Rappelons en effet que tout employeur est tenu d'informer les salariés des risques professionnels auxquels ils sont exposés. Si la matière connaît des évolutions législatives et réglementaires⁴⁹, la prévention des risques chimiques et plus spécialement du risque d'exposition à l'amiante, fait l'objet de dispositions réglementaires précises prévoyant une information des travailleurs et des institutions représentatives du personnel ⁵⁰. Ainsi :

- Article R.4412-39 du code du travail : L'employeur établit une notice, dénommée notice de poste, pour chaque poste de travail ou situation de travail exposant les travailleurs à des agents chimiques dangereux. Cette notice, actualisée en tant que de besoin, est destinée à informer les travailleurs des risques auxquels leur travail peut les exposer et des dispositions prises pour les éviter.

La notice rappelle les règles d'hygiène applicables ainsi que, le cas échéant, les consignes relatives à l'emploi des équipements de protection collective ou individuelle.

- et R.4412-116 du même code : La notice de poste prévue à l'article R. 4412-39 est transmise pour avis au médecin du travail. Cet avis est communiqué au comité social et économique.

Observons sur ce point que la nécessité de pouvoir justifier de la réalité de cette information ne pourra qu'inciter les employeurs, parfois négligents, à remplir leurs obligations.

⁴⁷ Soc. 2 juillet 2014, n° 12-29.788, Bull. V, n° 160

⁴⁸ Soc. 22 novembre 2017, n° 16-20.666

⁴⁹ Ainsi l'article R.4412-58 du code du travail, prévoyant la remise par l'employeur d'une attestation d'exposition à des agents chimiques dangereux à tout travailleur exposé à son départ de l'établissement, a-t-il été abrogé par le décret n°2012-134 du 30 janvier 2012

⁵⁰ Articles R.4412-38, R.4412-39, R.4412-94 et suivants du code du travail

La réalité et l'importance de l'exposition aux poussières d'amiante et le préjudice d'anxiété causé par la connaissance de cette exposition étant démontrés, l'action n'étant pas prescrite, **il appartiendra alors à l'employeur de justifier qu'il a pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail pour assurer la sécurité et préserver la santé du travailleur.**

Une difficulté particulière à l'amiante tient au délai souvent long qui a pu s'écouler entre l'exposition au risque et la connaissance de ce risque par le salarié. Il appartiendra au juge du fond d'apprécier les éléments de preuve qui lui seront soumis en tenant compte de cette difficulté, sans qu'une démonstration générale et abstraite des dispositions prises par l'employeur puisse cependant apparaître suffisante.

Le respect de ce mécanisme probatoire devrait éviter une multiplication des recours, tout en permettant aux salariés exposés aux poussières d'amiante, actuellement laissés de côté du fait de l'interdiction de recourir au droit commun de l'obligation de sécurité, d'obtenir réparation de leur préjudice d'anxiété.

Et l'exigence de fixer le fait générateur de l'anxiété au moment où le salarié a pu avoir conscience de la dangerosité du produit auquel il était exposé, encadrera strictement le délai dans lequel pourront agir en réparation d'un préjudice d'anxiété des salariés exposés à un risque connu de longue date.

L'amiante est un matériau particulier, cela a déjà été souligné. Particulier parce que ses qualités remarquables en ont fait un "minéral magique", très largement utilisé. Particulier parce que ses effets sur la santé se sont avérés particulièrement graves. Particulier aussi parce que le danger qu'il représentait est resté le plus souvent inconnu des travailleurs qui y étaient exposés. Particulier enfin parce que, plus de 20 ans après son interdiction, des salariés sont encore amenés à intervenir sur des matériaux amiantés. L'Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS) a ainsi établi des brochures spécifiques pour les plombiers-chauffagistes, les ascensoristes, les poseurs de canalisations, les couvreurs, électriciens, maçons, peintres-tapissiers, plaquistes, poseurs de faux-plafond ou de revêtement de sol, carreleurs, tuyauteurs et, bien sûr, salariés effectuant des travaux de désamiantage. Sans oublier le risque pour des professionnels de tous secteurs d'être exposés, à leur insu, à l'inhalation de poussières d'amiante du fait de la dégradation de matériaux anciens en contenant.⁵¹

4 - Propositions de réponse aux différentes branches du moyen unique du pourvoi

Le moyen unique de cassation fait grief aux arrêts attaqués d'avoir dit les salariés recevables en leur demande et d'avoir condamné la société EDF à leur payer des dommages et intérêts en réparation de leur préjudice d'anxiété.

4.1 - Après avoir rappelé la jurisprudence de la chambre sociale, **la première branche du moyen** relève une violation des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail dans leur rédaction alors applicable, ensemble l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, dès lors que la société EDF ne figure pas dans la liste des établissements visés par ce texte et que les salariés n'avaient pas travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, en sorte qu'ils ne pouvaient prétendre à l'indemnisation par la société EDF d'un préjudice

⁵¹ <http://www.inrs.fr/risques/amiante/prevention-risque-amiante.html>

moral au titre de leur exposition à l'amiante, y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

La cour d'appel, dans un paragraphe intitulé "Sur l'irrecevabilité de la demande"⁵², constate que le salarié :

"ne prétend pas relever des dispositions de cette loi, puisqu'aussi bien, la société EDF n'est pas inscrite sur la liste des établissements visés par ce texte, mais entend néanmoins obtenir la réparation de son préjudice moral ou d'anxiété, sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle et, en particulier, de l'obligation de sécurité dont la société EDF en sa qualité d'employeur, est débitrice envers ses salariés ;

Or considérant que, contrairement à ce que fait plaider la société EDF, il importe peu que ce préjudice ait été qualifié d' « anxiété » par la Cour de cassation, dès lors que ce qualificatif n'emporte en lui-même aucun effet juridique, les termes de « préjudice d'anxiété » étant d'ailleurs retenus et employés dans des situations où la victime invoque l'inhalation de substances nocives autres que l'amiante ;

qu'au delà des mots, qui ne peuvent suffire à créer ou écarter un préjudice, c'est la description de ce préjudice, sa réalité et son imputabilité à la société EDF qui, selon le droit commun de la responsabilité, doivent déterminer l'appréciation par la cour de l'indemnisation requise par l'appelant ;

que si, au nom d'un statut social dérogatoire, réservé par la loi à certains salariés, est admis pour ceux-ci un droit à voir indemniser « leur préjudice d'anxiété » dans des conditions également dérogatoires -au regard du caractère systématique de l'indemnisation de ce préjudice qui décharge les salariés concernés du fardeau de toute preuve- les dispositions et le régime général de la responsabilité demeurent, en effet, applicables aux salariés exposés à l'amiante, travaillant pour des entreprises « non listées » ;

que, comme les salariés des entreprises « listées », les salariés qui ont travaillé pour la société EDF et ont été exposés à l'inhalation de poussières d'amiante sont en mesure d'éprouver, eux aussi, l'inquiétude permanente de voir se déclarer à tout moment l'une des graves maladies liées à cette inhalation".

Ainsi ne remet-elle pas en cause la jurisprudence favorable aux salariés ayant travaillé dans un établissement listé, mais considère-t-elle que les facilités probatoires accordées à ceux-ci ne sauraient empêcher les salariés d'entreprises non listées, exposés à l'inhalation de poussières d'amiante, de demander à leur employeur réparation de leur préjudice d'anxiété selon le droit commun de la responsabilité.

Ce qui la conduit, dans un paragraphe intitulé "sur le fond", à faire application du droit commun dans des conditions contestées par la deuxième branche du moyen.

Compte tenu des développements qui précèdent, je ne peux qu'approuver sur ce point la position adoptée par la cour d'appel, le grief ne m'apparaissant pas pouvoir prospérer.

4.2 - La deuxième branche du moyen, présentée comme subsidiaire, fait grief à l'arrêt, dans son application de l'obligation légale de sécurité, d'avoir refusé "que la société EDF puisse s'exonérer de sa responsabilité par la preuve des mesures qu'elle prétend avoir mises en oeuvre et en refusant de les examiner".

Notons que la cour d'appel commence par rappeler l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur et "lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs". Elle en fait cependant une obligation de sécurité "de résultat", tournant

⁵² en réponse aux conclusions qui, considérant que le classement ACAATA avait été "érigé en condition de recevabilité de la demande d'indemnisation au titre du préjudice spécifique d'anxiété" soulevaient "l'irrecevabilité des demandes d'indemnisations".

ainsi le dos, sans aucune motivation particulière, à la jurisprudence issue de l'arrêt Air France du 25 novembre 2015 déjà évoquée.

Elle retient ensuite les éléments de preuve d'une exposition à l'amiante présentés par le salarié sans qu'à aucun moment ne soit précisée la date de cette exposition : c'est à la lecture du jugement prud'homal que l'on apprend que le salarié a été affecté à la centrale thermique de production d'électricité de Saint-Ouen, où il indique avoir été exposé à l'amiante, de décembre 1973 à décembre 1988 en tant que rondier puis chaudronnier. Soit à une période antérieure à l'interdiction de l'amiante.

Puis la cour d'appel affirme de façon lapidaire que " l'exposition à l'amiante du salarié étant dès lors acquise, le manquement de la société EDF à son obligation de sécurité de résultat se trouve, par là même, établi " pour en conclure que " la responsabilité de la société EDF se trouvait en conséquence engagée (...) au titre des conséquences dommageables que l'appelant invoque du fait de cette inhalation, sans que la société EDF puisse être admise à s'exonérer de sa responsabilité par la preuve des mesures qu'elle prétend avoir mises en oeuvre et que la cour n'examinera donc pas ".

De la seule exposition du salarié aux poussières d'amiante, à une période à laquelle l'emploi de ce matériau n'était pas interdit ⁵³, la cour d'appel conclut donc à la responsabilité de l'employeur et refuse d'examiner les justifications produites par celui-ci.

Ce faisant, la cour d'appel a méconnu les dispositions des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail.

Ajoutons que le mémoire en défense affirme que :

"en matière d'amiante, il est impossible pour l'employeur de démontrer que ses salariés n'ont pas été exposés de son fait à un danger pour leur santé après qu'ait été prise la mesure d'interdiction de l'amiante par décret n°96-1133 du 24 décembre 1996, entrée en vigueur le 1er janvier 1997, comme c'est le cas ici de nombreux salariés (v. arrêts attaqués, p. 4). Autrement dit, l'exonération de la responsabilité civile de l'employeur du fait d'une exposition des travailleurs à l'amiante après son interdiction de l'amiante ne peut intervenir au motif que des mesures de protection avaient été prises. Il n'existe en dehors de la force majeure aucune cause d'exonération."

La question est intéressante et l'on pourrait en effet soutenir que toute exposition d'un salarié à l'amiante après l'interdiction de ce matériau est fautive. Encore faudrait-il vérifier convenablement la date de l'exposition (qui ne se confond pas avec celle des attestations d'exposition) et ne pas oublier que le décret n°96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante interdisait :

"la fabrication, la transformation, la vente, l'importation, la mise sur le marché national et la cession à quelque titre que ce soit de toutes variétés de fibres d'amiante, que ces substances soient ou non incorporées dans des matériaux, produits ou dispositifs"

mais, d'une part, disposait que :

"à titre exceptionnel et temporaire, les interdictions édictées à l'article 1er ne s'appliquent pas à certains matériaux, produits ou dispositifs existants qui contiennent de la fibre de chrysotile lorsque, pour assurer une fonction équivalente, il n'existe aucun substitut à cette fibre qui :

- d'une part, présente, en l'état des connaissances scientifiques, un risque moindre que celui de la fibre de chrysotile pour la santé du travailleur intervenant sur ces matériaux, produits ou dispositifs ;
- d'autre part, donne toutes les garanties techniques de sécurité correspondant à la finalité de l'utilisation."

⁵³ Rappelons que l'emploi de l'amiante n'a été réglementé qu'en août 1977 et interdit à compter du 1^{er} janvier 1997

et, d'autre part, ne prévoyait aucune obligation de désamiantage des locaux et équipements contenant de l'amiante⁵⁴. Ce qui explique, comme cela a déjà été rappelé, que le code du travail contienne encore des dispositions réglementaires relatives aux risques d'exposition à l'amiante et qu'il pourra se trouver qu'un employeur ait à justifier avoir pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de ses salariés, telles que prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, à une période postérieure au 1^{er} janvier 1997.

4.3 - La troisième branche du moyen, également subsidiaire, fait grief à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si, compte tenu de l'intensité et de la durée de son exposition à l'amiante, le salarié était exposé à un risque suffisamment élevé de développer une maladie pour justifier d'une anxiété spécifique.

Nous avons vu en effet que l'existence même de l'anxiété était extrêmement difficile à objectiver. Elle ne peut l'être qu'à partir du risque qui génère cette anxiété, risque dont l'importance doit être démontrée : il ne s'agit pas seulement, nous l'avons dit, de justifier avoir travaillé dans un établissement où était utilisé de l'amiante, mais d'avoir été effectivement exposé aux poussières d'amiante pendant une durée significative.

Sur ce point, la cour d'appel considère que "pour être admis à rechercher la responsabilité de la société EDF l'appelant doit établir qu'il a été exposé à l'inhalation de poussières d'amiante, de nature à justifier le préjudice d'inquiétude dont il sollicite réparation".

Elle se fonde ensuite sur les attestations remises au salarié lorsqu'il a quitté EDF pour prendre sa retraite en 2008 (étant rappelé que l'exposition reprochée a eu lieu au sein de la centrale thermique de Saint-Ouen qu'il avait quittée en décembre 1988) selon lesquelles l'intéressé avait été exposé à l'inhalation de poussières d'amiante et sur une note d'EDF précisant que c'était la réalité de l'exposition qui conduisait à la délivrance de ces attestations.

Elle a ainsi procédé à la recherche d'une exposition habituelle et significative à l'amiante, nul n'ayant contesté que le salarié, comme le relevait le conseil des prud'hommes, avait été employé comme rondier puis chaudronnier à Saint-Ouen pendant 15 ans.

Il m'apparaît donc que la décision est, sur ce point, suffisamment justifiée.

4.4 - La quatrième branche du moyen, subsidiaire, reproche aux juges d'appel d'avoir accordé aux 109 salariés d'EDF présentant des demandes en réparation d'un préjudice d'anxiété des dommages et intérêts du même montant, sans examiner la situation particulière de chacun d'eux face au risque.

Il suffit sur ce point, citant l'arrêt d'assemblée plénière du 26 mars 1999, de dire que "la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments".⁵⁵

⁵⁴ Pour des raisons de faisabilité évidentes, compte tenu de l'utilisation massive de ce produit, notamment dans le bâtiment.

⁵⁵ Ass. Plénière 26 mars 1999, n°95-20.640

L'évaluation du préjudice subi par le salarié relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, cette branche du moyen ne peut entraîner la cassation.

Qu'il me soit permis cependant, afin de contribuer à une réflexion sur la question du montant de la réparation du préjudice d'anxiété par les juridictions du fond, de citer pour terminer un auteur, selon lequel :

"Il est ainsi devenu banal d'afficher une carte de France, avec le montant octroyé dans chaque ressort de cour d'appel aux bénéficiaires de l'ACAATA revendiquant un préjudice d'anxiété. Le préjudice, pourtant subjectif, est évalué de façon forfaitaire, pour tous, les demandeurs et les juridictions écartant toute individualisation. Les réparations sont accordées sans mesure du préjudice allégué, réparé à l'identique pour tous, sans égard pour les conditions d'exposition et le préjudice réellement ressenti. Chacun perçoit la même indemnité ; seul compte le ressort de la cour d'appel - « dis-moi ta cour, je te dirai ton droit » - avec d'ailleurs d'importantes disparités entre elles, l'indemnisation oscillant entre 5 000 € (cour d'appel d'Agen) et plus de 13 000 € (cour d'appel de Paris), ce qui va donc parfois au-delà de la réparation du préjudice moral allouée par les juridictions de sécurité sociale pour des personnes atteintes de plaques pleurales." ⁵⁶

Avis de cassation sur la deuxième branche du moyen unique du pourvoi.

⁵⁶ Laurent Gamet, *Le préjudice d'anxiété*, Droit social 2015 p.55