

Deuxième partie du bilan et perspectives du Fiva consacrée à la réforme sur le recours des tiers payeurs. Si le processus d'indemnisation des victimes de l'amiante est complexe, il participe à une meilleure effectivité du principe de la réparation intégrale.

Indemnisation des victimes de l'amiante

Impacts de la réforme du recours des tiers payeurs sur le Fiva et les autres fonds d'indemnisation (deuxième partie)

Pierre Sargos, président de chambre à la Cour de cassation et président du conseil d'administration du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante¹

2 LE FIVA APRÈS L'ARTICLE 25 DE LA LOI DU 21 DÉCEMBRE 2006

La réforme du recours des tiers payeurs, issue de l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 (*JO 22 déc., LFSS pour 2007*), a déjà fait couler beaucoup d'encre. Je renvoie, pour la liste des commentaires, à celle qui figure dans la sixième édition de l'ouvrage précité de Mmes Lambert Faivre et Porchy-Simon « *Droit du dommage corporel* » (note 2 du n° 438, p. 594).

Cette réforme a modifié, d'une part, l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale, en ce qui concerne les recours des caisses, et, d'autre part, pour les autres tiers payeurs, l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 (*JO 6 juill.*). En substance, désormais, les recours subrogatoires des caisses et tiers payeurs contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel. La subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales. C'est seulement si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel que son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice.

► L'avis de la Cour de cassation du 6 octobre 2008

Par un avis fondamental du 6 octobre 2008, marquant une « *Révolution tranquille* », pour reprendre le titre que j'ai donné à une chronique au recueil Dalloz 2009 (p. 203), et à laquelle je renvoie pour les détails de l'analyse, la Cour de cassation a décidé, en substance, que cette réforme s'appliquait aussi au Fiva (Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante), ainsi qu'aux autres fonds. Un arrêt du 22 janvier 2009 (*Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-16.974*) a ainsi décidé, dans la continuité de cet avis, que les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction (Civi) devaient en faire application. Un autre arrêt de la Cour

de cassation du 22 janvier 2009 (*Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-17.124*) a adopté la même solution en ce qui concerne le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

► Les conséquences pour le Fiva

Il en résulte plusieurs conséquences pour le Fiva (et les autres fonds d'indemnisation) :

- d'abord, les offres d'indemnisation doivent être faites poste par poste pour justifier de la déduction des prestations des caisses et tiers payeurs. Un troisième arrêt du 22 janvier 2009 (*Cass., 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-23.933*) illustre l'exigence forte d'une telle distinction précise en cassant une décision qui avait alloué à une caisse les indemnités correspondant aux « *préjudices soumis à recours* » en lui reprochant de n'avoir pas distingué poste par poste entre les préjudices que le tiers payeur a effectivement pris en charge, seuls susceptibles de recours, et les préjudices à caractère personnel ;

- ensuite, le Fiva et les autres fonds, pour calculer l'offre faite à la victime pour chaque poste, ne peuvent en déduire que ce qui a été versé à la victime pour le même poste ;

- enfin, les déductions pour un poste de préjudice personnel sont interdites, sauf s'il est démontré par le tiers payeur de manière incontestable qu'il a effectivement et préalablement versé des prestations à la victime pour le même poste.

Se pose alors la question de la nature du capital ou des rentes accidents du travail ou maladies professionnelles versés par les caisses et de leur déduction des offres du Fiva, ou des autres fonds d'indemnisation.

► La nature du capital ou des rentes AT-MP versés par les caisses

Je passerai rapidement en renvoyant aux multiples études déjà faites sur l'analyse de fond et les discussions théoriques – voire théologiques ! – quant à la nature de ces prestations : pour simplifier, d'une part, les pertes de revenus et incidences professionnelles, d'autre part, les déficits fonctionnels.

En ce qui me concerne, je me rallierais plutôt, ●●●

¹ Intervention faite le 27 mars 2009 à l'occasion des Rencontres aixoises du droit de la protection sociale organisées par la cour d'appel d'Aix en Provence (formation continue déconcentrée de l'ENM) et l'université Paul-Cezanne Aix-Marseille III (centre de droit social). Vous trouverez ici la seconde partie de cette intervention, la première partie ayant été publiée le 20 avril 2009 (Semaine sociale Lamy, n° 1396, p. 7).

●●● conceptuellement, à la position claire du Conseil d'État dans un arrêt du 5 mars 2008 (*Req. n° 272447, AJDA 2008, 941, concl. J.-Ph. Thiellay*) décidant que l'objet exclusif d'une rente accident du travail est de réparer le préjudice de la victime dans sa vie professionnelle.

Mais la position de la Cour de cassation, sans être en opposition, puisqu'il ne s'agit que de degrés dans la force d'une présomption, est plus nuancée. Par son arrêt du 23 octobre 2008 (*Cass. 2^e civ., 23 oct. 2008, n° 07-18.819*), elle affirme que « *La rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise notamment les pertes de gains professionnels et les incidences profession-*

nelles de l'incapacité ; la présomption selon laquelle cette rente ne répare pas un préjudice personnel peut être renversée en établissant que tout ou partie de cette prestation indemnise la victime pour le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent ». Un autre arrêt du 8 janvier 2009 (*Cass. 2^e civ., 8 janv. 2009, n° 07-19.576*) est encore plus net puisqu'il exige, pour permettre le recours d'un tiers payeur – et par voie de conséquence la déduction par un fonds de son offre d'indemnisation – qu'il soit constaté que

« *la présomption selon laquelle les prestations des tiers payeurs ne réparent pas de préjudice personnel était renversée par la preuve que tout ou partie de celle-ci indemnise la victime pour le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent* ».

Le principe est donc que seules sont déductibles de plein droit les prestations correspondant à des pertes de gains et incidences professionnelles. Et en ce concerne les incidences professionnelles, la Cour de cassation, ainsi que cela résulte d'un arrêt du 19 février 2009 (*Cass. 2^e civ., 19 févr. 2009, n° 07-21.413*) exige que leur montant, déductible de la rente AT/AM, soit précisé.

■ L'incapacité fonctionnelle

Ces exigences renvoient, en ce qui concerne le Fiva, au poste de préjudice qu'il qualifie d'incapacité fonctionnelle et qui est rangée dans la catégorie des préjudices patrimoniaux, ce qui signifie que les prestations versées par les caisses sont déductibles de droit de l'offre faite.

Ceci me paraît soulever un double problème. Un problème de terminologie d'abord, mais qui déborde sur le fond.

La terminologie « incapacité fonctionnelle »

L'expression « *incapacité fonctionnelle* » surprend quelque peu au plan juridique. Le concept d'incapacité, dans les divers vocabulaires juridiques, renvoie aux notions d'incapacité de travail, d'incapacité partielle, d'incapacité permanente. Je pense, entre autres, au « *Vocabulaire juridique* » de l'Association Capitant (*Ed. 2007, p. 475*), au « *Lexique des termes juridiques* » de Dalloz (*Ed. 2007, p. 349*) ou au « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » de Litec (*Ed. 2008, p. 225*). Ce dernier dictionnaire comporte d'ailleurs un *lapsus calami*

puisqu'il traduit l'acronyme IPP par incapacité physique permanente en renvoyant aux articles L. 434-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, alors qu'il s'agit de l'incapacité permanente partielle ; un tel lapsus est révélateur de l'ambiguïté de ces terminologies dénoncée tant par le « *rapport Lambert-Faivre* » en 2003 que par le « *rapport Dintilhac* » en 2005. La dernière édition précitée du « *Droit du dommage corporel* » relève d'ailleurs une autre erreur parfois faite quant au sens de l'acronyme ITT, que certains traduisaient comme étant une incapacité totale de travail alors qu'il s'agit de l'incapacité temporaire de travail. Toutes ces confusions, contraires à l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (*Cons. constit., Déc. n° 2006-540, DC, 27 juill. 2006, JO 3 août*), vont dans le sens d'un abandon de tous ces acronymes au sens incertain et du terme même d'incapacité au profit de celui de déficit fonctionnel temporaire ou permanent, comme le recommandent la plupart de ceux qui ont étudié cette question.

En réalité la notion d'incapacité fonctionnelle est une notion médicale qui correspond à celle, juridique, d'incapacité permanente, comme le relèvent les professeurs Hureau et Poitout dans leur ouvrage « *L'expertise médicale* » (*Masson, 2^e éd, p. 338*). Une observation du même ordre est faite dans le « *Précis d'évaluation du dommage corporel* » publié en 1997 par l'Argus, mais les auteurs emploient plus volontiers l'expression de déficit fonctionnel séquellaire caractérisant l'incapacité permanente.

C'est la terminologie de « *déficit fonctionnel* » (temporaire ou permanent) qui est maintenant adoptée, de préférence à celle d'incapacité permanente ou fonctionnelle, tant par l'Académie de médecine et en doctrine, que dans la nomenclature du rapport Dintilhac de 2005, dans la circulaire du ministère de la Justice n° 2007-05 du 22 février 2007 et dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qui substitue systématiquement cette appellation à celle d'incapacité permanente ou d'incapacité fonctionnelle (*v. Cass. 2^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-20.196 ; Cass. 2^e civ., 18 déc. 2008, n° 08-11.525, d'autant plus topique qu'il concerne le Fiva ; Cass. 2^e civ., 8 janv. 2009, nos 07-19.576 et 07-19.773 ; Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n° 07-21.933*).

Le rapport de l'Académie de médecine sur « *L'harmonisation des préjudices corporels dans l'Union européenne* », adopté le 4 avril 2006 (*et publié en 2007 par les éditions médicales internationales à Cachan*), préconise, comme je viens de l'indiquer, l'emploi de la terminologie de déficit fonctionnel (permanent ou temporaire).

Cette notion est aussi retenue au plan européen – et c'est important – par les travaux du congrès de l'Académie de droit européen de Trèves des 8 et 9 juin 2000, qui définit ainsi le déficit fonctionnel permanent : « *La réduction définitive du potentiel physique, psychique, psychosensoriel ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomophysiologique médicalement constatée donc appréciable par un examen clinique approprié complété par l'étude des examens complémentaires produits, à laquelle s'ajoutent les phénomènes douloureux et les répercussions psychologiques, normalement liées à l'atteinte séquellaire décrite ainsi que les consé-*

C'est la terminologie de déficit fonctionnel qui est maintenant adoptée, de préférence à celle d'incapacité permanente ou d'incapacité fonctionnelle. Cette notion est aussi retenue au plan européen

quences habituellement et objectivement liées à cette atteinte dans la vie de tous les jours. »

Le « rapport Dintilhac » a adopté cette définition de Trèves en précisant que ce poste de préjudice doit réparer la perte d'autonomie personnelle que vit la victime dans ses activités journalières ainsi que les déficits fonctionnels spécifiques demeurant même après la consolidation. Le déficit fonctionnel permanent inclut donc les « troubles dans les conditions d'existence », la « perte de qualité de vie » et la « perte des joies de la vie courante » que l'on rencontrait autrefois dans les arrêts et la doctrine. Le même « rapport Dintilhac » notait enfin que le déficit fonctionnel permanent ne se confond pas avec le préjudice d'agrément, celui-ci étant strictement limité à la privation d'une activité spécifique sportive ou de loisirs à laquelle se livrait la victime avant son atteinte corporelle.

Un arrêt de la deuxième chambre civile du 5 juin 2008 (n° 07-15.791, RCA 2008, Comm. n° 257) va nettement dans le sens d'une acception restrictive du préjudice d'agrément. Cet arrêt casse en effet une décision qui avait accordé à la victime d'un accident la réparation de son préjudice d'agrément en raison de « la gêne ou de l'impossibilité de monter à cheval » sans répondre à des conclusions soutenant que la victime ne justifiait pas de la pratique de l'équitation ou d'une quelconque passion pour l'élevage des chevaux. Or la Cour de cassation ne casse un arrêt pour défaut de réponse à conclusions que si la réponse est indispensable à la solution du litige. C'est donc bien la preuve de l'exercice effectif, ou de la certitude de cet exercice dans le futur, d'une activité de loisir ou sportive effective qui est imposée pour que le préjudice d'agrément puisse être réparé.

Dans le même ordre d'idée, on peut penser que dès lors que le déficit fonctionnel permanent inclut les « les phénomènes douloureux » permanents, sa réparation ne doit plus relever du poste spécifique correspondant au préjudice physique.

Beaucoup de cours d'appel et de juridictions du premier degré ont adopté dans leurs arrêts la nouvelle appellation de déficit fonctionnel permanent. Ce choix me paraît heureux car il améliore la clarté et l'intelligibilité des décisions. La Cour de cassation en a, en tout cas, fait le choix puisque, comme je l'ai indiqué, elle substitue désormais les termes de déficit fonctionnel permanent à ceux d'incapacité permanente ou fonctionnelle. Mais un décret instituant une nomenclature unique serait indispensable car il y a des divergences avec le juge administratif quant aux postes de préjudice (*Avis du 4 juin 2007, JCP S 2007, 1840, note G. Vachet*) et il est incompréhensible pour les victimes d'un même type de dommages corporels que, selon le juge compétent, les préjudices indemnisables varient.

La classification du déficit fonctionnel

Si la question de terminologie n'est pas négligeable – notamment pour permettre aux victimes d'être bien éclairées sur leurs droits et la façon dont elles doivent formuler leurs demandes –, celle tenant à la classification du déficit fonctionnel est d'une importance majeure.

Tous les rapports et études déjà cités rangent le déficit fonctionnel dans les préjudices personnels de na-

ture extrapatrimoniale et les arrêts de la Cour de cassation susvisés vont dans le même sens (*not. Cass. 2^e civ., 8 janv. 2009, n° 07-19.576, faisant état du « poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent »*).

Plusieurs conséquences en découlent logiquement :
– d'abord l'incapacité fonctionnelle, actuellement classée par le Fiva dans la catégorie des préjudices patrimoniaux, doit nécessairement basculer dans celle des préjudices extrapatrimoniaux ;

– ensuite, le capital ou la rente maladie professionnelle servie par une caisse à un salarié victime de l'amiante ne peut plus venir de plein droit en déduction de l'offre d'indemnisation faite par le Fiva – ou tout autre fonds d'indemnisation – au titre de l'incapacité fonctionnelle/déficit fonctionnel permanent ;

– enfin, la déduction n'est possible,

en tout ou en partie, que si la caisse rapporte la preuve que le capital ou la rente maladie professionnelle qu'elle sert à un salarié victime de l'amiante l'indemnise, dans la proportion qu'elle doit préciser, de son incapacité fonctionnelle/déficit fonctionnel permanent.

► Le Fiva est le débiteur principal de la réparation intégrale des victimes

Des difficultés sont évoquées quant à la complexité de cette preuve mais la logique du processus d'indemnisation intégrale par le Fiva, comme les termes de la loi, sont sans équivoque.

Logique du processus d'indemnisation d'abord car, comme on l'a dit, le Fiva a pour mission d'assurer la réparation intégrale de tous les postes de préjudice des victimes de l'amiante (*v. Semaine sociale Lamy, n° 1396, p. 8*).

Le Fiva n'est donc pas un payeur complémentaire ou subsidiaire. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 24 mai 2006 (n° 05-18.049, *Bull. Civ. II, n° 132*) est sans équivoque à cet égard en affirmant que le Fiva n'intervient pas à titre subsidiaire.

Le Fiva est le débiteur principal de la réparation intégrale des victimes, mais, et cela relève de l'application même du principe de la réparation intégrale, il doit déduire ce que des tiers payeurs ont déjà payé pour les mêmes postes de préjudice car il ne peut y avoir, comme le Conseil constitutionnel le soulignait dans sa décision déjà citée, de double indemnisation.

Dans la pratique, le Fiva doit donc, en premier lieu, évaluer le montant de l'indemnisation intégrale des différents postes de préjudice du demandeur.

En second lieu – mais seulement en second lieu –, il doit déduire de son offre les prestations versées par la caisse ou tout autre tiers payeur au titre du même poste. C'est d'ailleurs ce qu'a dit l'arrêt précité du 24 mai 2006 qui précise que le Fiva doit évaluer le montant du dommage dont il constate l'existence et ne peut subordonner cette évaluation à la ●●●

Un décret instituant une nomenclature unique serait indispensable car il y a des divergences entre le juge judiciaire et le juge administratif quant aux postes de préjudice. Il est incompréhensible pour les victimes d'un même type de dommages corporels que, selon le juge compétent, les préjudices indemnisables varient

●●● réception de la créance de l'organisme social. La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 24 juin 2008 (n° 07-87.465) statuant sur le fondement de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 (JO 22 déc.), a exprimé la même doctrine en énonçant qu'avant d'apprécier si une prestation – en l'espèce d'invalidité – indemnise un poste de préjudice personnel de la victime, il faut d'abord évaluer en tous ses éléments le préjudice résultant de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime.

► La charge de la preuve

Quant à la charge de la preuve, les termes mêmes de l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, suivant lesquels « *si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice* », la font peser sur le seul tiers payeur.

C'est donc à la seule caisse de démontrer que sa prestation répare un préjudice de nature personnelle. Dans la pratique de l'instruction des demandes par le Fiva – ou tout autre fonds d'indemnisation –, il faudra donc faire une demande sur ce point à la caisse en lui fixant un délai. Si elle ne répond pas, où répond qu'elle ne peut faire la répartition, aucune déduction ne pourra être faite sur un poste de préjudice personnel, comme le déficit fonctionnel permanent.

On ne voit pas en effet sur quel fondement juridique le débiteur principal d'une réparation intégrale pourrait se substituer à un tiers payeur défaillant pour déduire d'office une fraction de la créance supposée de ce dernier. C'est d'ailleurs dans un souci de simplification que les caisses sont dispensées d'intervenir devant le Fiva pour réclamer le remboursement de la part leur revenant sur les postes de préjudice pour lesquels elles ont versé des prestations. Si elles devaient le faire, il ne viendrait à l'idée de personne d'autoriser le débiteur principal à déduire un montant dont elles ne justifient pas. Ce n'est pas parce qu'une forme de « *compensation* » entre les caisses et le fonds payeur les dispense d'intervenir que ce dernier peut décider à leur place que telle ou telle prestation sociale répare un préjudice personnel et en déduire d'office le montant de son offre. L'ouvrage déjà cité « *Droit du dommage corporel* » va dans le même sens en observant que si le tiers payeur ne rapporte pas la preuve qui lui incombe, son recours ne pourra être mis en œuvre (Dalloz, 60 éd., n° 463-5, 3, p. 633). En cas de recours, l'initiative de certaines cours, comme celles d'Aix-en-Provence et de Bordeaux qui appellent la caisse en la cause pour qu'elles s'expliquent sur l'imputation de leurs prestations, me paraît particulièrement judicieuse, sinon indispensable.

► La situation des demandeurs âgés ou retraités

Certains évoquent le cas de demandeurs qui, eu égard par exemple à leur âge ou à leur situation de retraité, ne subiraient dès lors pas de préjudice économique, mais ceci ne peut autoriser le Fiva, ou tout autre fonds d'indemnisation, à supposer à la place du tiers payeur qu'au mo-

ment où la prestation sociale a été accordée, elle répare un poste de préjudice personnel, comme le déficit fonctionnel permanent, et non un préjudice économique. L'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2007 (n° 06-15.829 ; v. *Semaine sociale Lamy*, n° 1396, p. 8), en employant l'expression préjudice économique et professionnel « *originnaire* » met d'ailleurs l'accent sur le décalage temporel entre l'intervention des caisses et celle du Fiva.

S'agissant des retraités, il faut aussi tenir compte du fait que la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (L. n° 2009-1330, 17 déc. 2008, JO 18 déc.) autorise un cumul sans limite entre la retraite à taux plein d'un salarié et un nouvel emploi (sous réserve de cadres supérieurs entre 60 et 65 ans ayant une rémunération comprise entre 4 et 8 fois le plafond de la Sécurité sociale). Pour les retraités à un taux minoré, le cumul leur est aussi ouvert, mais avec un plafond de ressources.

Tirer du seul âge d'une personne, lié le plus souvent à la qualité de retraité, l'absence de préjudice économique de nature professionnelle résultant de son atteinte par l'amiante, serait d'autant plus discutable que l'article 1° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 (JO 28 mai) « *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* » qualifie de discrimination directe le fait que sur le fondement de son âge une personne soit traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est où ne l'a été dans une situation comparable. L'admission d'une sorte de présomption de fait d'absence de préjudice économique tirée exclusivement de l'âge et de la retraite du demandeur pourrait donc être qualifiée de discriminatoire². Il faudra nécessairement des éléments autres que le seul âge pour en déduire qu'une prestation répare tout ou partie du déficit fonctionnel permanent.

On a aussi évoqué parfois le cas des invalides, mais dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 22 févr. 2005, n° 03-11.467, bull. civ. V, n° 60 et Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, p. 250), un invalide classé en deuxième catégorie par la Sécurité sociale n'est pas inapte au sens du Code du travail et peut donc prétendre à un emploi, de sorte que la situation d'invalidité n'implique pas à elle seule l'absence de préjudice touchant à la sphère professionnelle.

« *Le désastre sans fin de l'amiante* », que j'évoquais au début de cette étude (v. *Semaine sociale Lamy*, n° 1396, p. 7), s'accompagne donc d'une certaine complexification du processus d'indemnisation de ses victimes par le Fiva et les juridictions. Mais cette complexification est surmontable sans grande difficulté ; et elle est en dernière analyse heureuse puisqu'elle concourt à une meilleure effectivité du principe de la réparation intégrale qui a guidé le législateur de 2000 et que, je l'espère, les pouvoirs publics de 2009 ne remettront pas en cause. Il y va de la dignité et du respect des milliers de victimes des carences de tous ordres, y compris de l'État, qui ont laissé se développer dans une atroce indifférence l'une des plus grande tragédie industrielle du XX^e siècle, dont les ravages se poursuivront pendant au moins le premier tiers du XXI^e siècle. ■

2. Le Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation rendu public le 26 mars 2009 est consacré aux discriminations. Le rapport est disponible sur www.courdecassation.fr.