

Défaire sa responsabilité financière en matière de risques professionnels

Les stratégies documentaires des avocat·es d'employeurs

*Delphine Serre**

Depuis les années 2000, des grandes entreprises multiplient les procès, avec l'objectif de faire baisser leur taux de cotisation, et contestent les maladies professionnelles ou les accidents du travail qui ont été reconnus pour leurs salarié·es. À partir d'une enquête menée dans des tribunaux entre 2015 et 2020, l'article analyse les pratiques d'objectivation des données et d'argumentation mises en œuvre par les avocat·es d'employeurs pour invisibiliser l'origine professionnelle de certains maux et déresponsabiliser financièrement l'entreprise. Il montre comment les avocat·es utilisent les documents de tarification des accidents du travail et maladies professionnelles pour identifier et sélectionner, selon un critère financier, les griefs portés sur la scène judiciaire, puis comment elles et ils encouragent la production de données médicales pour construire leur dossier juridique et obtenir gain de cause. L'article étudie enfin la manière dont les avocat·es d'employeurs transfigurent cette cause financière en croisade morale et font parfois des documents et de leur caractère impersonnel le ressort de leur posture déontologique et le support de leur confort émotionnel.

La méconnaissance de certains risques professionnels et de leurs effets sur la santé n'est pas la seule conséquence d'un déni ou d'un défaut de savoirs. Nombre de travaux en sociologie et en histoire montrent que l'ignorance est aussi le résultat de stratégies actives, de la part des employeurs, pour accumuler des données visant à occulter le lien entre travail et atteintes à la santé. Ces stratégies se déploient notamment au moment de la définition juridique des maladies professionnelles, quand experts scientifiques et médecins sont mis à contribution. L'enjeu est alors pour les entreprises, qui assument le coût de la réparation, de limiter en amont les possibilités de reconnaissance des maladies liées au travail. La prise en charge et l'indemnisation des victimes par la

* Centre de recherche sur les liens sociaux (Cerlis), Université Paris Cité ; delphine.serre@u-paris.fr.

Sécurité sociale ne font cependant pas disparaître les controverses autour de l'origine professionnelle des accidents et des pathologies : même une fois officiellement établie, celle-ci peut encore faire l'objet de mises en doute à travers la mobilisation de nouvelles données. Ainsi, depuis les années 2000, des grandes entreprises multiplient les procès pour contester les maladies professionnelles ou les accidents du travail qui ont pourtant été reconnus par les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) pour leurs salarié·es. En attaquant les décisions de la Sécurité sociale, les entreprises ont pour objectif de faire baisser leur taux de cotisation AT/MP (accidents du travail/maladies professionnelles) en obtenant que ces sinistres ne soient plus pris en compte dans le calcul de ce dernier. Ce contentieux, décrit par l'Assurance maladie comme « quasi industriel » (SEILLER, 2011, p. 58), l'a amenée en 2012 à rembourser 293,2 millions d'euros de cotisations aux entreprises. Si le volume du contentieux et le montant des remboursements se sont réduits depuis cette date, à la suite de plusieurs réformes et de la mise en place de nouvelles règles d'instruction au sein des caisses, 46 344 affaires étaient toujours en cours dans différentes juridictions fin 2017 (COUR DES COMPTES, 2018, p. 295) et la Cour des comptes, en 2023, continue de parler de « contentieux en série » (COUR DES COMPTES, 2023, p. 357). Ces affaires sont un observatoire privilégié des stratégies déployées par les employeurs pour invisibiliser le lien entre santé et travail alors même que la Sécurité sociale l'a reconnu. L'enjeu de cet article est d'étudier les logiques d'action et les pratiques des avocat·es qui sont à l'origine de ce contentieux de masse et qui, pour exonérer les grandes entreprises de leur responsabilité financière dans la production des risques professionnels, utilisent et produisent des données spécifiques. Il vise à éclairer un pan méconnu de la judiciarisation de la santé au travail, saisie habituellement à travers les procès intentés par des salarié·es pour faire reconnaître l'origine professionnelle de leurs maux et/ou la faute inexcusable de leur employeur (HENRY, 2003 ; MARICHALAR, 2017 ; SERRE, 2020 ; 2021).

Les contestations des accidents du travail et des maladies professionnelles produisent une invisibilité du lien entre travail et santé en défaisant la responsabilité financière de l'entreprise à l'égard de sinistres survenus dans ses établissements. Concrètement, l'enjeu de la procédure judiciaire intentée par l'employeur est d'obtenir une décision qui déclare que l'accident du travail ou la maladie professionnelle lui est « inopposable » : il est alors « libéré de son obligation de payer » (KEIM-BAGOT, 2015, p. 387), voire remboursé des cotisations payées à tort, dans la mesure où le sinistre inopposable n'entre plus dans le calcul de son taux de cotisation AT/MP mais est reporté sur l'ensemble des entreprises, *via* un « compte spécial » mutualisé. Les salarié·es concerné·es restent quant à elles et eux indemnisé·es au titre de la législation des risques professionnels du fait du « principe de l'indépendance des rapports » entre la caisse et l'employeur et entre la caisse et la victime (LE FISCHER, PRÉTOT, 2018, p. 602) : la décision d'inopposabilité ne les affecte pas et ces salarié·es ne sont d'ailleurs la plupart du temps pas au courant de la procédure engagée par leur entreprise¹. Ces

1. Les salarié·es ont donc toujours la possibilité de faire un recours contre leur employeur pour faute inexcusable, même quand il y a eu une décision d'inopposabilité.

stratégies d'invisibilisation se sont développées au moment où les pouvoirs publics ont accentué la transparence du lien entre tel sinistre et tel coût pour renforcer la tarification comme outil d'incitation à la prévention (encadré). Alors que le risque avait été au cœur de la construction du dispositif assurantiel à la fin du XIX^e siècle, en opérant la scission entre la responsabilité juridique et l'imputation financière (EWALD, 1986), les nouveaux modes d'appropriation de la technologie statistique du risque dans les années 2000 donnent à voir, à l'inverse, un processus de déresponsabilisation financière.

Les avocat·es jouent un rôle central dans ce processus d'invisibilisation de la responsabilité financière des grandes entreprises en matière de risques professionnels. Ce sont elles et eux qui engagent les procédures devant les tribunaux pour contester le lien entre le travail, le sinistre reconnu par la caisse primaire d'assurance maladie et l'état de santé d'un·e salarié·e. Cette mise en cause *a posteriori* des décisions des CPAM repose sur la mobilisation de documents spécifiques, qui peuvent être de nature financière ou médicale, et qui comportent des informations individuelles et nominatives sur les salarié·es. L'analyse des usages de ces documents par les avocat·es éclaire le mécanisme paradoxal par lequel l'accumulation de données, en aval de la reconnaissance du

ENCADRÉ

Une tarification du risque à visée rétroactive

En 1946, avec son intégration à la Sécurité sociale, l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles est devenue obligatoire et a acquis une visée préventive (DREYFUS *et al.*, 2006). Dédiée, depuis la loi fondatrice de 1898, au seul financement de la réparation, la tarification des risques est dès lors censée inciter les entreprises à mettre en place des mesures de prévention grâce à une convention de mesure indexant leur taux de cotisation sur leur taux de sinistralité. La finalité préventive de cette « tarification à l'expérience » (LENGAGNE, 2017, p. 52) structure toujours le système de tarification actuel, qui décline le mode de calcul des taux de cotisation AT/MP selon la taille des entreprises : les petites entreprises de 1 à 19 salarié·es sont soumises à un taux collectif, celles de taille moyenne (de 20 à 149 salarié·es) à un taux mixte et les grandes entreprises de plus de 150 salarié·es ont un taux individuel indexé sur leur sinistralité propre.

Les seuils et les modes de calculs ont néanmoins été l'objet de multiples réformes pour renforcer l'incitation à la prévention, jugée insuffisante dans plusieurs rapports officiels (BRAS, 2007). La tarification actuelle, émanant du décret du 5 juillet 2010, a accru le poids de la tarification individuelle en abaissant le seuil de son application de 200 à 150 salarié·es, tout en introduisant un coût moyen, par type d'accident et par secteur d'activité, pour permettre aux employeurs d'anticiper plus facilement les coûts et de les éviter par des mesures de prévention. Chaque convention de mesure produit ainsi une hiérarchie spécifique des sinistres selon le poids financier de ces derniers. Les données de tarification AT/MP, qui ont longtemps été les seuls chiffres disponibles pour connaître les dégâts du travail sur la santé, acquièrent dès lors un statut d'indicateur statistique visant à produire une « rétroaction » sur le comportement des acteurs (DESROSIÈRES, 2014, p. 37).

lien entre santé et travail, peut participer à l'invisibilisation de celui-ci. Comment les avocat·es se procurent-ils ou produisent-ils les documents à l'appui de leur procédure ? Comment les utilisent-ils dans la construction de leur dossier juridique ? Selon quelles logiques professionnelles se les approprient-ils ? Les usages de ces documents seront analysés comme un révélateur de la manière dont des données individuelles relatives à la santé au travail peuvent être l'objet de stratégies d'appropriation collective et renforcer une surveillance *a posteriori* des décisions de reconnaissance d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Ces données individuelles à fort enjeu collectif posent aussi, du fait de leur nature même, des questions particulières relatives à leur usage : comment se joue la tension entre transparence et secret médical au moment de leur acquisition et de leur diffusion ? Comment la mise à distance de la souffrance des salarié·es, produite mécaniquement par la forme scripturale de ces données, pèse-t-elle sur le mode d'appropriation par les avocat·es et est-elle réinterprétée selon des registres de justification moraux et émotionnels ?

L'analyse des usages de ces documents dans le cadre de stratégies judiciaires contentieuses s'inscrit dans une perspective de sociologie du droit attentive aux pratiques et aux logiques professionnelles qui sous-tendent l'interprétation des règles juridiques. Si le droit contraint les acteurs et actrices – ici, les entreprises et leurs avocat·es –, ces dernier·ères participent aussi à le configurer et à le faire évoluer (BESSY *et al.*, 2011). Les documents qu'elles et ils mobilisent s'inscrivent dans ce double mouvement : objets matériels qui (dé)limitent l'espace des possibles juridiques et des recours, ils peuvent aussi devenir des pièces du dossier et être au cœur de la fabrication du litige. L'analyse menée ici de la « managérialisation du droit » (EDELMAN, 2011) cherche également à mettre au jour les profits matériels et/ou symboliques que les professionnel·les tirent du pouvoir universalisant du droit pour justifier leur activité et asseoir leur position dans le champ juridique (BOURDIEU, 1986). À la fois contrainte, ressource et source de légitimité, le droit façonne les usages que les avocat·es peuvent faire des documents quand elles et ils saisissent les tribunaux.

Je commencerai par présenter l'enquête sur laquelle l'article s'appuie et les grandes caractéristiques de ce contentieux de « l'inopposabilité ». Je montrerai ensuite comment, en pratique, chaque étape de la construction d'une affaire, de l'identification du grief à la fabrication du litige (FELSTINER *et al.*, 1991), s'appuie sur des documents spécifiques. J'expliquerai comment les avocat·es qui défendent les entreprises utilisent les données financières pour identifier et sélectionner les affaires portées devant les tribunaux, puis comment elles et ils encouragent la production de données médicales pour construire leur dossier juridique et obtenir gain de cause. J'analyserai enfin la manière dont ces professionnel·les du droit transfigurent cette cause financière en croisade morale, en faisant des documents non simplement et uniquement le fondement de leur compétence mais aussi le socle de leur posture.

Le contentieux de l'inopposabilité dans les tribunaux

Les procès qui contestent les décisions d'accidents du travail et de maladies professionnelles concernent particulièrement les tribunaux des affaires de sécurité sociale (TASS) – devenus les « pôles sociaux » des tribunaux judiciaires en 2019. Les décisions rendues par ces juridictions ont engendré 72,6 millions d'euros de remboursements de cotisations en 2021 (ASSURANCE MALADIE, 2022, p. 31)².

L'enquête dans des juridictions sociales

Le matériau recueilli s'inscrit dans une recherche qui porte sur le traitement judiciaire des accidents du travail et des maladies professionnelles. Initiée en 2015 pour appréhender des cas d'accidents du travail non reconnus par les CPAM et habituellement invisibilisés³, l'enquête dans les tribunaux a fait apparaître, à côté des procès intentés par les salarié·es, des litiges encore plus nombreux à l'initiative des employeurs. L'enquête auprès des juges, des assesseur·es⁴, des représentant·es des CPAM et des avocat·es de salarié·es a alors été élargie aux avocat·es d'employeurs. Six d'entre eux et elles, qui avaient été observé·es pendant des audiences, ont été interrogé·es en entretiens entre 2015 et 2020, parfois à deux reprises. Un entretien avec une juriste ayant exercé dans une société d'audit très impliquée dans ce contentieux a également été mené.

En plus de la cinquantaine d'affaires observées en audiences portant sur des demandes d'inopposabilité d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, un corpus représentatif de 229 jugements a été constitué pour cerner les caractéristiques de ce contentieux⁵. Ce corpus regroupe la moitié des décisions prises par les 115 TASS de France en juin 2017 en matière d'inopposabilité d'accidents du travail. D'après cette source, et conformément aux observations, les affaires de contestation d'accidents du travail sont presque trois fois plus nombreuses que les affaires impliquant des salarié·es en demande d'une reconnaissance de leur accident (458 décisions contre 160 en juin 2017).

L'enquête qualitative menée sur plusieurs années, dans les TASS puis les pôles sociaux, a permis de saisir l'évolution des stratégies des avocat·es défendant les entreprises et de les mettre en relation avec les changements de la configuration juridique et technique dans laquelle elles et ils interviennent.

2. Cette somme représente 32 % des 227 millions d'euros remboursés en 2021 aux entreprises à la suite de décisions de justice, toutes juridictions confondues. Les cotisations patronales pour la branche AT/MP s'élèvent alors à 13 milliards d'euros.

3. Cette partie de l'enquête a bénéficié d'un financement de l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice et a donné lieu à un rapport (SERRE, KEIM-BAGOT, 2022).

4. Les assesseur·es sont les juges non professionnels, représentant les organismes patronaux et les syndicats de salarié·es, qui siègent aux côtés des magistrat·es professionnel·les dans les TASS/pôles sociaux mais qui ont peu d'influence sur les décisions.

5. Ce corpus a été constitué grâce à une convention avec le ministère de la Justice qui avait recueilli la totalité des jugements rendus par les TASS pendant un mois, dans le cadre de son enquête « Contentieux social » (soit 11 000 décisions, tous organismes de sécurité sociale et tous litiges confondus). D'après l'Assurance maladie, durant l'année 2017, 5 600 décisions d'inopposabilité d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ont été rendues par les TASS.

Un contentieux concentré sur quelques entreprises et cabinets d'avocat-es

Les affaires de contestation des accidents du travail concernent d'abord des entreprises de plus de 150 salarié-es, qui sont celles qui ont le plus intérêt à agir du fait du calcul individuel de leur taux de cotisation AT/MP, et ce d'autant plus qu'un sinistre pèse sur le calcul de ce taux pendant trois ans. Ce sont aussi des entreprises dans des secteurs d'activité spécifiques : les entreprises de travail temporaire arrivent en tête (23 % des jugements rendus en juin 2017), suivies par les entreprises de transport (15 %), de nettoyage (10 %), l'industrie, la grande distribution et le BTP (bâtiment et travaux publics). Cette concentration sur un nombre relativement petit de secteurs est le reflet des variations sectorielles du nombre d'accidents du travail reconnus mais s'explique aussi par les modalités de calcul de la tarification. La surreprésentation des sociétés d'intérim découle ainsi de la distribution du coût du risque entre l'entreprise de travail temporaire (qui en supporte les deux tiers) et l'entreprise utilisatrice (un tiers) tandis que l'absence du secteur des assurances et des banques vient de l'application d'un « taux bureau » forfaitaire qui annule tout intérêt financier à contester.

Très concentrées sur certains types d'entreprises, les affaires le sont aussi du point de vue des avocat-es qui les portent. Au fil de l'enquête qualitative, j'ai fréquemment observé des avocat-es plaider pour plusieurs affaires d'une seule entreprise à la même audience et/ou il m'est arrivé de les retrouver d'un tribunal à l'autre, dans des régions pourtant éloignées géographiquement. Cette concentration des affaires d'inopposabilité sur quelques cabinets d'avocat-es est confirmée par les statistiques. Parmi les jugements de 2017, les 185 qui font la mention explicite d'un-e avocat-e impliquent 61 cabinets (pour 74 avocat-es, 31 femmes et 43 hommes)⁶. Douze cabinets traitent à eux seuls 105 affaires, soit plus de la moitié. Ces cabinets, implantés à Paris ou à Lyon, ont une structure d'exercice plus capitalistique que les autres (dix sont des sociétés d'exercice libéral) et leur spécialité en matière de gestion des AT/MP fait partie des offres de service mises en avant sur leur site. Ces douze cabinets, dont la clientèle est quasi exclusivement constituée d'entreprises, reflètent l'évolution propre à la profession d'avocat, dont l'exercice est de moins en moins individuel et de plus en plus spécialisé (BESSY, 2015). Ces cabinets n'ont cependant pas le même positionnement en termes de spécialités puisque la moitié relève du droit des affaires ou du droit commercial, et l'autre moitié du droit social ou du droit de la santé et de la sécurité au travail⁷. Le troisième pôle, celui des cabinets individuels souvent situés dans des petites et moyennes villes, ne met en avant tendanciellement aucune mention du droit de la sécurité sociale ou des AT/MP dans leurs domaines de compétences et a une clientèle mixte d'entreprises et de particuliers.

6. Le travail prosopographique sur les avocat-es impliqués dans les jugements d'inopposabilité d'accidents du travail a été réalisé par Apolline Nguyen Khac dans le cadre d'un stage de recherche.

7. Les clientèles et les spécialités ont été identifiées à partir des décisions recensées sur le site doctrine.fr et des informations affichées sur les sites des cabinets et/ou les pages professionnelles des avocat-es.

Les six avocat·es d'employeurs interrogé·es travaillent dans six cabinets différents, à Paris ou à Lyon. Elles et ils représentent cette diversité de statuts et de spécialités : un et une associé·es exercent dans des grands cabinets spécialisés en droit social (regroupant au moins 25 avocat·es) et trois avocat·es sont collaboratrices et collaborateur dans des départements spécialisés de cabinets de droit des affaires. Une avocate exerce à titre individuel dans un petit cabinet qu'elle a fondé. Quatre de ces six avocat·es travaillent ou ont travaillé dans l'un des douze cabinets qui monopolisent le contentieux.

Les stratégies et pratiques documentaires étudiées dans l'article concernent donc principalement des cabinets spécialisés dans ce type de contentieux et sont révélatrices de la « guérilla judiciaire » (DEZALAY, 1992, p. 217) que mènent ces entrepreneurs du droit en mobilisant de façon intensive toutes les ressources juridiques à leur disposition.

Les données financières comme instrument d'identification des cas

Pour identifier les cas sur lesquels elles et ils vont engager une procédure contentieuse, les avocat·es commencent par calculer le gain financier que l'employeur peut espérer d'une décision d'inopposabilité sur tel accident du travail ou telle maladie professionnelle. Elles et ils s'appuient pour cela sur les données de tarification transmises à l'entreprise pour l'informer de sa sinistralité et du taux de cotisation AT/MP qui va lui être appliqué. Le « compte employeur » récapitule établissement par établissement, et pour chaque sinistre, le coût engendré et le taux de cotisation qui en découle. Pour les entreprises de plus de 150 salarié·es, chaque accident du travail ou maladie professionnelle est ainsi répertorié nominativement et est associé à un coût moyen en fonction de sa gravité (décès, taux d'incapacité partielle permanente, durée des arrêts de travail) et du secteur d'activité.

Ces données financières jouent un rôle majeur dans la construction du litige porté devant le tribunal. Dans certaines affaires, elles interviennent dès l'identification du « grief », qui consiste à attribuer une « offense » à la « faute d'un autre individu ou d'une entité sociale » (FELSTINER *et al.*, 1991, p. 42). Le compte employeur joue alors un rôle d'alerte en transformant une offense abstraite (les taux de cotisation élevés) en une situation « remédiable » (*ibid.*, p. 43) grâce à une action de contestation ciblée sur une décision précise. Dans d'autres cas, les données financières fonctionnent comme critères dans un second temps, quand l'entreprise a identifié le grief selon des logiques managériales qui lui sont propres et qui visent à discipliner un·e salarié·e en arrêt de travail. Se pose alors pour les avocat·es la question de l'opportunité du recours à la justice et de la transformation en litige.

Le compte employeur comme alerte: établir le grief

En audience, les avocat-es mentionnent parfois explicitement la lecture du compte employeur comme l'élément déclencheur de la procédure. C'est le cas par exemple dans cette affaire qui porte sur la contestation d'un accident du travail subi par un menuisier intérimaire :

« Avocate de la société de travail temporaire : – C'est une demande d'inopposabilité. Pour un accident du travail du 9 octobre 2016 avec un salarié en intérim. Il devait embaucher à 9 heures. L'accident se serait passé à 9h 15. L'employeur a rempli la déclaration d'accident mais avec des réserves. Nous, on n'a pas identifié le lieu, le moment, cela repose uniquement sur les dires du salarié. [...] »

Magistrate : – Il travaille en équipe ? Il y a des témoins ?

Avocate de la société de travail temporaire : – Nous, on est l'entreprise d'intérim. C'est l'usine qui le sait. On estime que les réserves étaient motivées et la caisse n'a pas informé, n'a pas fait d'enquête, n'a pas envoyé de lettre de clôture [à la fin de son instruction] ; comme d'habitude nous n'avons été informés de rien du tout. On a été au courant en regardant le compte employeur. »

(Audience du 17 mai 2018)

Quand il est interrogé en entretien sur la manière dont les entreprises identifient les dossiers possiblement litigieux, un avocat explique le rôle primordial que jouent les comptes employeurs :

« Ça fait partie du travail de l'avocat. Il y a un audit qui est fait sur la tarification. Ça va consister à leur dire : si on intervient sur tel dossier, ça va générer tant d'économies, donc ça c'est l'audit financier. Et après il y a l'audit juridique, et là on va demander au client les pièces du dossier, et on va analyser les pièces en leur disant : "Voilà, il y a des possibilités de contestation" ou alors : "C'est incontestable". En fait, ça, on le fait d'après les documents de tarification, et notamment le compte employeur. »

(Avocat collaborateur, grand cabinet de droit des affaires,
ex-juriste dans une société d'audit)

Le compte employeur fonctionne donc comme une alerte, mais sa bonne compréhension relève d'un savoir et d'un savoir-faire spécifiques, comme le souligne cette avocate :

« Quand vous voyez un employeur, il ne connaît pas les règles de tarification, parce qu'il y en a aussi qui ne connaissent pas ces règles-là [...]. Ils pensent que forcément, un accident du travail, ça va leur coûter de l'argent. Alors que non, pas forcément. Vous aurez un coût attaché à chaque accident en fonction du nombre d'arrêts de travail, encore faut-il savoir le répertoire dans le taux, savoir combien ça va réellement coûter. C'est pas parce que vous avez un coût de 4000 euros attachés à l'accident parce que vous avez payé trente jours d'arrêt de travail que vous allez payer 4000 euros. Il faut savoir faire le calcul, et parfois votre taux, enfin votre risque est ainsi fait que les 4000 euros vont avoir une incidence ridicule. Ça va

augmenter peut-être de 100 euros votre taux. Est-ce que ça vaut le coup d'aller faire une procédure ? »

(Avocate associée, grand cabinet en santé et sécurité au travail^{*8})

Au-delà de la lecture du document, c'est la maîtrise des règles de calcul qui est au fondement de la compétence spécifique – et distinctive – des avocates concernées. Chez cette avocate, ce savoir-faire a été acquis sur le tas, à partir des documents transmis par la Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (Carsat) aux employeurs pour leur expliquer leur taux, parce que c'était la seule de son cabinet à ne pas être « allergique aux chiffres ». Plus fréquemment, les avocates rencontrées ont acquis cette compétence calculatoire en travaillant comme juristes dans les sociétés d'audit spécialisées qui ont développé ce contentieux au début des années 2000. Elles et ils sont devenues avocates après 2010, quand le contentieux de l'inopposabilité a été internalisé dans les cabinets d'avocates à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation considérant que l'activité d'optimisation des coûts relevait du « périmètre du droit » et était une prestation juridique que les sociétés d'audit ne pouvaient pas proposer⁹. Jusque-là, l'examen systématique des comptes employeurs était souvent assuré par les juristes de ces sociétés, qui préparaient les dossiers pour des avocates chargées uniquement de plaider (et parfois surnommées dédaigneusement les « porteurs de valises » par leurs confrères). Désormais, le processus est (censément) pris en charge de bout en bout par les cabinets d'avocates.

Le calcul financier comme critère : identifier le « bon » grief

Dans certains cas, l'entreprise a déjà identifié l'accident du travail qu'elle souhaite contester. Lorsque la hiérarchie immédiate ou les services des ressources humaines ont repéré un accident qui leur semble « douteux », tenter une procédure a pour l'employeur un « intérêt managérial » (avocate collaboratrice, grand cabinet de droit des affaires^{*}, ex-juriste dans une société d'audit). Une autre avocate explique :

« Souvent, les salariés ont déclaré s'être fait mal au dos pendant leur travail, donc c'est un accident du travail, mais... l'employeur, il sait par ailleurs, je dis n'importe quoi, il restaure sa maison tous les week-ends, et puis il arrive le lundi matin et il a mal au dos... Le client, il nous appelle en nous disant un peu agacé (elle imite un soupir) : "Ce salarié, il est arrivé lundi matin, moi je veux bien, il s'est fait mal au dos mais je sais que..." [...] C'est son salarié, ils le connaissent un petit peu, ils savent ses antécédents, s'il s'est fait opérer précédemment, etc. »

(Avocate collaboratrice, petit cabinet de droit des affaires^{*})

8. L'astérisque indique que le cabinet fait partie des douze cabinets qui monopolisent plus de la moitié des affaires.

9. Commission de l'exercice du droit (mandature 2009-2011), *Vade-mecum de l'exercice du droit*, Paris, Conseil national des barreaux, 2012, p. 27.

À l'appui de ce recours à vocation disciplinaire, à l'encontre d'un accident considéré comme abusif, l'entreprise peut apporter des éléments relevant de la vie privée des salarié·es, que ce soit à propos de leurs antécédents médicaux ou de leurs loisirs (bricolage, activités sportives), pour essayer de prouver une causalité extérieure au travail.

Cependant, même lorsque l'identification du cas pouvant faire grief vient de la connaissance du terrain, et non de l'examen systématique du compte employeur, les documents de tarification restent nécessaires pour calculer le gain financier attendu d'une procédure et pour départager les « bons » griefs des « mauvais ».

« S'ils [les employeurs] nous le donnent, nous, on voit l'intérêt juridique. Moi, j'essaie de faire en sorte qu'ils aient bien vérifié qu'il y ait un intérêt financier. Quel est l'intérêt de nous payer pour un truc où ils ne récupéreront pas d'argent ? C'est bête. C'est bête parce que ça montre qu'au niveau de notre devoir de conseil ça montre qu'on est des gros crétins. Et des gros profiteurs. Si on dit : "Vous allez payer votre note de tant, mais vous allez récupérer 1 000 euros et notre note c'est 3 000..." [...] On est sur un contentieux où il y a un gain financier, donc il faut le prendre en compte. Et adapter le contentieux en fonction [en ne l'engageant que s'il y a un gain possible]. »

(Avocate collaboratrice, grand cabinet de droit des affaires*,
ex-juriste dans une société d'audit)

Les calculs effectués à partir des données financières constituent le cœur du travail de transformation du grief en litige. Ils fondent la compétence et la déontologie de l'avocat·e (qui n'est ni « crétin » ni « profiteur ») et servent à asseoir sa crédibilité professionnelle dans une stratégie de fidélisation de long terme. Son travail consiste également à faire comprendre aux employeurs qui veulent « embêter » leur salarié·e qui « abuse » que celui ou celle-ci restera de toute façon indemnisé·e (avocate associée, grand cabinet de droit en santé et sécurité au travail*)¹⁰. Les avocat·es sont alors amené·es à « refroidir les ardeurs » de leurs clients (FELSTINER *et al.*, 1991, p. 47) et l'objectivité apparente des chiffres leur permet de faire valoir l'enjeu économique comme le seul objectif organisationnel pertinent à transposer en droit.

Un usage des comptes employeurs temporellement situé

Les comptes employeurs jouent un rôle clé dans l'identification et/ou la sélection des griefs, mais leurs usages dépendent des règles juridiques en vigueur et des dispositifs techniques mis en place par les caisses d'assurance maladie. Dans les années 2010, deux réformes majeures, concernant, d'une part, la procédure d'instruction des accidents du travail et maladies professionnelles¹¹ et, d'autre part, la tarification¹², ainsi que

10. En vertu du principe de l'indépendance des rapports entre la caisse et l'employeur et entre la caisse et le ou la salarié·e, qui a été expliqué plus haut.

11. Décret du 29 juillet 2009 relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et maladies professionnelles.

12. Décret du 5 juillet 2010 fixant les règles de tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

les changements techniques qui les accompagnent du côté des caisses, créent pour les avocat-es de nouvelles contraintes et opportunités. Les modifications visant à réguler le contentieux de masse qu'elles et ils ont initié les conduisent à adapter leurs stratégies rhétoriques et documentaires.

Avant 2010, les entreprises recevaient leur compte employeur une fois par an et les sinistres aux effets coûteux pouvaient être repérés et transformés en litiges sans qu'il y ait à se soucier de contraintes temporelles. La décision n'étant pas notifiée par les caisses d'assurance maladie, il n'y avait pas de délais de recours et des accidents anciens – sur la base des comptes employeurs des années précédentes – pouvaient être contestés. Comme le dit une avocate : « L'employeur n'était pas enfermé dans un délai pour contester, il avait toute la vie devant lui pour contester le caractère professionnel. » À cette facilité d'identification des cas s'ajoutaient les chances de réussite très élevées sur la base de motifs procéduraux (DURAND, FERRÉ, 2016).

« Pendant plusieurs années, on était le pôle qui rapportait le plus, puisqu'on facturait pratiquement un million et demi d'euros de chiffre d'affaires. Et petit à petit, avec les réformes qu'il y a eu, notamment en 2010, on a senti le coup des réformes, en fait, la secousse, parce qu'il y avait de moins en moins de possibilités de contester, ou de gagner les dossiers.

– Qu'est-ce qui a changé en 2010 pour qu'à ce point...

– C'était par rapport aux obligations d'informations de la caisse. Avant 2010, il n'y avait pas de délai de forclusion pour contester, il n'y avait pas d'obligation d'informer la caisse, enfin bref, beaucoup d'obligations qui n'existaient pas avant 2010 et qui sont venues du fait de cette réforme. Donc c'est devenu un peu plus encadré, les possibilités de contester sont devenues moins nombreuses pour l'employeur. Avant, les cabinets d'avocats s'en sont mis plein les poches, parce que c'était du pain béni, on gagnait systématiquement parce que la caisse n'avait pas respecté l'obligation d'information, etc. Et avec cette réforme le chiffre d'affaires a un peu baissé, mais pour tout le monde. Alors même baissé, on faisait quand même autour de 800 000 euros de chiffre d'affaires. »

(Avocat collaborateur, grand cabinet de droit des affaires,
ex-juriste dans une société d'audit)

Du point de vue des avocat-es défendant les entreprises, la période d'avant 2010 était faste et lucrative. Face à ces recours en masse, les caisses d'assurance maladie étaient d'autant plus démunies que pour les dossiers anciens – datant parfois de plus de quinze ans –, elles avaient du mal à retrouver les documents. Dans la continuité de la réforme de 2009 qui est venue limiter les possibilités de recours, elles ont parallèlement amélioré leurs procédures matérielles de notification afin de « tarir » le contentieux, notamment en accélérant l'informatisation pour permettre une gestion automatique des dossiers (MUÑOZ, 2015). Entre 2012 et 2015, les sommes remboursées ont ainsi été réduites de 293,2 millions d'euros à 103,4 millions d'euros, avant de remonter à 170,8 millions d'euros en 2019 et 227,80 millions d'euros en 2021 (ASSURANCE MALADIE, 2022, p. 30).

Après 2010, face aux moindres possibilités de recours sur la base d'arguments procéduraux, les avocates développent et affinent une nouvelle argumentation autour de la longueur des arrêts de travail. En 2017, ce motif de saisine est devenu le plus fréquent : dans le corpus de jugements, 46 % des décisions qui tranchent la question de l'inopposabilité des accidents du travail concernent la question de la durée des arrêts alors que seulement 19 % portent sur l'accident du travail lui-même et 22 % invoquent un seul argument de procédure. L'enjeu pour les entreprises est de diminuer la durée des arrêts de travail associés à l'accident ou à la maladie pour « pouvoir passer d'une tranche à l'autre » (avocate associée, grand cabinet en santé et sécurité au travail^{*}). En effet, avec la réforme de la tarification de 2010, la durée des arrêts est devenue un critère majeur de calcul, en fonction de six seuils déterminant les coûts moyens, le coût maximal étant atteint pour les arrêts de 150 jours ou plus¹³. Ce nouveau motif de recours permet en outre d'échapper à la contrainte temporelle, puisque les décisions de prolongement des arrêts de travail n'étant pas notifiées, elles peuvent être contestées au fil de l'eau (pendant cinq ans). Cette stratégie contentieuse est en outre facilitée par la mise en ligne du compte employeur, comme l'explique cette avocate :

« Maintenant, sur net-entreprises, vous avez accès par entreprise au compte employeur en temps réel, ou quasi réel. [...] Vous avez le listing de tous les sinistres avec la date du sinistre, quand ça a été pris en charge, le nombre de jours d'arrêt, combien ça va coûter à l'entreprise. Pas combien ça va coûter à l'entreprise, combien le nombre de jours d'arrêt coûte en forfait. Parce que maintenant, depuis 2010, ça marche en forfait selon le nombre de jours d'arrêt. S'il y a tant de jours d'arrêt, ce sera un forfait de tant en fonction de l'activité. Vous n'avez pas les mêmes montants en matière de BTP, services, transports. [...] Après, il y a le forfait de tant de jours à tant de jours, tant de jours à tant de jours, et ça augmente. Jusqu'à 150 jours. Et à partir de 151 jours, vous avez atteint le pactole, c'est un montant et peu importe si ça dépasse, même si ça fait 800 jours, votre montant maxi ayant été atteint, c'est fait. [...] Mais ce compte employeur, qui est maintenant déversé en temps réel, permet de voir, dès lors qu'on saisit dans le délai des deux mois puisqu'on a la date de la prise en charge, de saisir un avocat pour faire un recours gracieux. Et après si on rate, il faut voir s'il y a beaucoup de jours d'arrêt, pour faire un contentieux sur les arrêts de travail. Faute de mieux. »

(Avocate collaboratrice, grand cabinet de droit des affaires^{*},
ex-juriste dans une société d'audit)

La mise en ligne du compte employeur, qui accompagne la réforme de la tarification, était initialement pensée pour « donner en toute transparence davantage de détails sur les éléments de calcul des taux » et pour permettre aux entreprises de gagner « un temps

13. Pour les entreprises de travail temporaire et de nettoyage par exemple, qui relèvent du Comité technique national I dans le barème, le coût moyen en 2023 pour un sinistre ayant occasionné moins de 4 jours d'arrêt de travail est de 194 euros et il est de 27 033 euros pour un arrêt supérieur à 150 jours (et la variation est de 2 199 euros à 416 354 euros selon les taux d'incapacité partielle permanente, qui correspondent aux séquelles gardées). Les coûts moyens sont fixés chaque année par un arrêté. Le taux de cotisation correspond à l'ensemble des coûts moyens de chaque accident et maladie, rapportés à la masse salariale.

précieux pour agir en prévention »¹⁴ et réduire leur sinistralité. Or, en rendant possible une surveillance en continu des implications financières de la sinistralité de l'entreprise, ce dispositif technique a permis le développement d'autres usages qui participent au maintien d'un contentieux important, au prix notamment d'un déplacement des motifs de recours et de la mobilisation de nouvelles données de nature médicale.

Les données médicales comme instrument de production du doute

Une fois le grief identifié, selon des critères financiers, les avocat·es doivent le transformer en litige pour pouvoir obtenir l'inopposabilité de la décision de prise en charge de l'accident du travail. En l'absence d'arguments procéduraux, ils et elles doivent soit contester la « matérialité » de l'accident, c'est-à-dire la survenue de celui-ci sur le temps et le lieu du travail, soit prouver l'existence d'une origine non professionnelle expliquant l'état de santé ou la durée des arrêts de travail. Le recueil d'éléments médicaux devient alors un enjeu central dans la construction du dossier juridique. L'accès au dossier médical des salarié·es n'étant cependant pas autorisé du fait du secret médical, les avocat·es sont contraint·es de diversifier les sources d'informations et les stratégies pour créer, selon les termes employés dans différents jugements, un « doute raisonnable » ou un « doute réel et sérieux » susceptible de conduire le juge à ordonner une expertise médicale¹⁵. La transformation en litige exige alors la production de nouveaux documents.

L'enjeu des données médicales sur les salarié·es

Dans les affaires qui contestent la durée des arrêts en lien avec l'accident du travail ou la maladie professionnelle – et qui deviennent majoritaires par suite des changements du contexte réglementaire et technique –, obtenir des éléments médicaux relatifs aux salarié·es est un enjeu de taille. Certain·es avocat·es essaient de jouer sur le « bon sens » pour mettre en doute des arrêts dont la durée leur semble disproportionnée par rapport à l'atteinte initiale.

« C'était un agent de sécurité, il est tombé, etc., il a loupé une marche – 300 ou 400 jours d'arrêt. Je dis au président [du pôle social] : “Si votre greffière avait 300 ou 400 jours d'arrêt, ça ne vous choquerait pas ?” Surtout qu'il y avait tout le temps marqué : “Douleurs au niveau du cou, douleurs cervicales.” Je dis : “En 300 jours, ça évolue, vous avez plus ou moins de douleurs, je ne sais pas...” et là c'est tout le temps le même... C'est ce que font les médecins spécialistes, qui vous mettent la pathologie et qui reconduisent. La même chose sur 300 jours, ce n'est pas possible.

14. L'Assurance maladie – Risques professionnels, *Le compte AT/MP : un nouveau service en ligne pour gérer les risques professionnels*, Dossier de presse, 24 mai 2011.

15. Selon l'article 146 du Code de procédure civile, un minimum d'éléments est requis pour ordonner une mesure d'instruction car celle-ci ne peut « suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

C'est vrai que le président a acquiescé. J'ai dit : "Et vous, vous vous faites mal au niveau des cervicales, vous croyez vraiment que vous pouvez vous arrêter 400 jours ? 300 jours ?" »

(Avocate associée, cabinet individuel de droit social,
ex-juriste dans une société d'audit)

Le recours au bon sens passe dans cette plaidoirie par une tentative d'identification du juge à l'employeur (en évoquant sa position hiérarchique vis-à-vis de sa greffière) puis au salarié. L'avocate joue successivement sur le registre de l'indignation (« ça ne vous choquerait pas ? ») et sur celui de l'in vraisemblance (« vous croyez vraiment »). Parfois, les avocat·es d'employeurs recourent dans leur argumentaire aux barèmes établis par des instances médicales officielles (Haute Autorité de santé, Assurance maladie) ou par des médecins experts¹⁶, pour essayer de produire un doute sur le lien entre l'état de santé et le travail, et susciter une expertise. Il en va ainsi dans ce jugement :

« La société R [entreprise temporaire] produit un extrait du barème Valette qui précise que pour un claquage musculaire, la durée maximale d'arrêt de travail est de 15 jours. Toutefois, ce référentiel est purement indicatif et ne prend pas en compte l'évolution médicale de la lésion initiale. Le nombre de jours d'arrêt de travail, de 141, ne paraît pas excessif. »

(Jugement du 8 juin 2017)

Le juge ici ne reconnaît pas comme un argument valable cette convention d'objectivation entre un dommage corporel et un nombre de jours d'arrêt, à cause de son caractère « indicatif ». Le traitement juridique suppose en effet une individualisation des arguments et des pièces apportées à l'appui de la demande. Or du fait de l'indépendance des rapports entre la caisse, l'employeur et l'assuré·e, l'entreprise ne peut faire convoquer le ou la salarié·e par un médecin pour une auscultation. Elle peut ordonner un contrôle médical pour savoir si la personne est effectivement malade, mais pas pour évaluer si les arrêts sont en lien avec l'accident du travail ou la maladie professionnelle. Faute d'examen clinique et d'interrogation directe, les avocat·es doivent faire preuve d'inventivité pour trouver d'autres sources d'informations sur l'état de santé des salarié·es. Une stratégie parfois évoquée consiste à engager une autre procédure dans le seul but de recueillir des données (par exemple le rapport médical justifiant le taux d'incapacité partielle permanente de l'assuré·e) et à se désister une fois celles-ci obtenues.

La stratégie la plus courante, au moment de l'enquête, est de solliciter une expertise médicale. Le principe juridique généralement invoqué pour l'obtenir est celui du respect du contradictoire, comme cela apparaît dans cette audience :

« Avocat de la société du bâtiment : – Mon but n'est pas de contester la matérialité de l'accident ni l'opposabilité mais de savoir si l'ensemble des arrêts ont un lien direct et

16. Comme celui de François Valette (2019), *Barème indicatif des arrêts de travail en traumatologie*, 4^e éd., Le Mans, Gereso.

certain avec l'accident. Je n'ai pas accès au dossier médical et je n'ai pas les moyens de contester l'opposabilité. Donc le seul moyen que j'ai, c'est de vous demander une expertise. Je n'ai pas grand-chose dans ce dossier parce que la CPAM de [Z] refuse de me donner des certificats. Alors que d'autres CPAM les fournissent de bonne grâce, pour le respect du contradictoire. Il se prend les pieds dans un fil de fer et les arrêts durent six mois, c'est trop long, et cela pour une lésion que je ne connais pas. [...] Je demande un expert parce que je n'ai rien dans ce dossier. La caisse ne peut pas se cacher derrière le secret médical.

Avocate de la CPAM: – Je suis effarée par l'argumentation de l'employeur. Évidemment que le secret médical est opposable ! Où allons-nous ! Par ailleurs, je fais du droit du travail et je sais qu'en trois ans, l'employeur a eu les moyens de contrôler. La caisse s'oppose fermement à des demandes d'expertise de cet acabit, il n'a rien du tout¹⁷. »

(Audience du 6 octobre 2015)

Dans le débat, le respect du contradictoire s'oppose au secret médical et le procès confronte « les droits de la défense de l'employeur au droit à la vie privée du salarié » (KEIM-BAGOT, 2015, p. 397). Comme dans les procès de fraude fiscale, « les avocats des puissants adoptent eux aussi le langage des droits de l'homme et s'emploient, pour une tout autre finalité, à retourner l'arme du droit contre l'État » en faisant « apparaître leur client comme les victimes de l'arbitraire administratif » (SPIRE, 2017, p. 63). Ici, l'avocat qui représente l'entreprise cherche à la placer en position de victime d'un service médical qui se « cache » et ne fournit pas les éléments médicaux « de bonne grâce ». Face à lui, l'avocate de la caisse primaire d'assurance maladie rappelle qu'une expertise ne peut se substituer à la carence de la preuve (« il n'a rien du tout »). Pour résoudre cette difficulté, les avocat-es défendant les entreprises ont rôlé leurs arguments en suscitant la création de nouvelles données à l'appui de leur demande.

La production de notes médicales *ad hoc* : construire le litige

La stratégie la plus couramment utilisée par les avocat-es pour apporter au juge un début de preuve qui pourrait justifier le recours à une expertise est de faire appel à un médecin-conseil de l'employeur pour produire une note médicale susceptible de mettre en doute l'avis du médecin de la caisse et pour inciter le juge à ordonner une expertise afin de trancher le désaccord médical. Cette stratégie d'« intermédiation scientifique » (STRYKER, 2011, p. 183), qui s'appuie sur des expert-es dans la construction des litiges, est quasi systématique chez certain-es avocat-es. Elle reste cependant sans certitude de réussite car cette note médicale repose généralement sur très peu d'éléments :

« Ils [les juges] demandent à l'employeur de rapporter une preuve qui n'existe pas – enfin qu'il ne peut pas rapporter – d'un état pathologique antérieur [du salarié].

17. Les caisses primaires d'assurance maladie sont généralement représentées par les juristes de leurs services juridiques internes. Rares sont celles qui recourent comme ici à une avocate, dont la particularité est de refuser de représenter par ailleurs les employeurs ou les salarié-es dans ce type de contentieux.

On n'a pas son dossier médical, nous, on n'a que les certificats médicaux qui sont rattachés [aux arrêts]. Alors pour les récupérer, il faut saisir les juridictions, les caisses finissent par leur donner les certificats médicaux descriptifs, et là un médecin regarde, on a tout le dossier médical, mais rapporter la preuve que le travail n'a eu aucun lien dans l'arrêt, c'est une preuve impossible. Donc soit ils [les médecins-conseils de l'entreprise] arrivent à nous donner une note médicale, en essayant de dire qu'il y a un état pathologique antérieur, mais tout ça, c'est de la mascarade, parce que de toute façon, on a très peu d'éléments, et tout ça c'est juste pour provoquer une expertise. »

(Avocate associée, cabinet individuel de droit social,
ex-juriste dans une société d'audit)

Ne pouvant ni ausculter le ou la salarié·e, ni consulter son dossier médical, le médecin mandaté par l'employeur ne peut qu'« essayer » de dire qu'il y a un état pathologique antérieur expliquant la longue durée des arrêts. Lui aussi s'en trouve parfois réduit à faire appel aux barèmes à l'appui de son évaluation.

« Nos clients, comme ils ont leur avocat, ils ont leur médecin [...] qui travaille pour l'entreprise. Enfin qui travaille... oui, qui est rémunéré comme nous, en honoraires. Il va demander le dossier au médecin de la Sécu justement, à la caisse primaire d'assurance maladie, qui très souvent va refuser, sous couvert de secret médical. [...] C'est pour ça que nous on fait une note. Le médecin en fait une, justement il se base sur les référentiels type Ameli. [...] Donc nous, on fait toujours une note, où il reprend un peu les quelques éléments en sa possession, dont il a connaissance puis il dit : "Bon, moi je ne comprends pas, il aurait dû être guéri au bout de trois mois, là il est resté un an" ; et c'est pour ça qu'on demande une expertise médicale. »

(Avocate collaboratrice, petit cabinet de droit des affaires*)

Les notes médicales visent autant à apporter des éléments de connaissance (sur les effets de telle atteinte à la santé) qu'à mettre en scène l'ignorance rendant nécessaire un travail d'évaluation plus poussé (« je ne comprends pas »). Le recours à des médecins est courant dans les sociétés d'audit qui, comme le raconte une ancienne juriste de l'une d'entre elles, emploient même à temps plein des médecins, ayant parfois exercé antérieurement au sein des caisses primaires d'assurance maladie. Les avocat·es qui ont travaillé dans ces sociétés d'audit ont pleinement conscience de la ressource que constitue un réseau de médecins capables de produire des notes médicales :

« Avant d'arriver au cabinet, j'avais un réseau de médecins, que je m'étais construit, avec qui je travaille. Je l'avais récupéré, donc je les ai amenés dans mon package, je fais profiter le cabinet de mon réseau de médecins. [...] Moi, je travaille avec des médecins experts en réparation du dommage corporel, des spécialistes des membres supérieurs, inférieurs. Non seulement ils connaissent bien évidemment la matière médicale, mais aussi la matière sécurité sociale contentieux. Ils savent dans quel chemin ils doivent aller quand je fais appel à eux. »

(Avocat collaborateur, grand cabinet de droit des affaires,
ex-juriste dans une société d'audit)

L'enjeu est d'avoir des médecins qui connaissent le « chemin » et pas seulement la matière. Mais cette orientation peut aussi saper leur efficacité, quand elle est repérée par les juridictions, car ils ont « l'étiquette “médecin de l'entreprise” » et « perdent un peu en crédibilité » à force d'intervenir « partout » (avocate collaboratrice, petit cabinet de droit des affaires*). De fait, quelques noms de médecins, souvent liés aux sociétés d'audit, reviennent régulièrement dans les jugements et les audiences. Pour certains cabinets, faire appel à des médecins en dehors de ce circuit représente dès lors un enjeu. Une avocate qui a monté un petit cabinet explique comment elle s'est appuyée sur ses ressources familiales pour créer son propre réseau de médecins :

« [Mon parrain] m'a beaucoup aidée à avoir un réseau de médecins, qualifiés, pas des charlatans comme on en voit, avec un vrai regard sur le dossier, vraiment ciblé pour avoir les bonnes causes, enfin les bons combats. [...] Là je travaille avec tout un réseau qu'il m'a fait et qui permet d'avoir des éléments médicaux et surtout quand il n'y en a pas, je n'y vais pas. Après, pour durer, je pense qu'il faut être honnête, qu'il ne faut pas raconter n'importe quoi, parce qu'après, les magistrats, ils ne vous croient plus. »

(Avocate associée, cabinet individuel de droit social,
ex-juriste dans une société d'audit)

Ce souci distinctif, qui oppose les médecins qui ont un « vrai regard » et mènent les « bons combats » aux « charlatans », se comprend aussi au regard d'une volonté de transfiguration morale de cette cause financière. Les registres de justification dans lesquels les avocat·es insèrent leurs pratiques documentaires font apparaître les principes de justice qu'elles et ils mettent en avant au-delà du seul objectif économique et éclairent les différents modes d'appropriation de ce contentieux.

La transfiguration morale d'une cause financière

Les contestations d'accidents du travail et de maladies professionnelles constituent un contentieux lucratif pour les avocat·es d'employeurs. Cette spécialisation leur permet d'asseoir leur monopole sur une « niche », dans un contexte de concurrence accrue (BESSY, 2015), car elle nécessite des compétences spécifiques pour savoir susciter la production de données financières et médicales et se les approprier. Mais ces documents ne représentent pas, pour ces avocat·es, le simple socle de leur savoir-faire : ils viennent aussi, chez certain·es, appuyer la construction de leur posture professionnelle sur son versant moral. L'enjeu est d'autant plus crucial que la construction de ces litiges a été initialement portée par les sociétés d'audit et d'optimisation des coûts, et que leur dimension financière interroge l'identité professionnelle des avocat·es qui, historiquement, s'est forgée sur le désintéressement et le mépris du commerce (BOIGEOL, 1981).

Payer la cotisation « juste » : un modèle de conformité juridique et morale

Les avocat-es d'employeurs promeuvent un « modèle de conformité juridique » (EDELMAN, 2011) qui permet de traduire l'intérêt économique, au cœur de la sélection des griefs, dans une interprétation du droit conforme, à leurs yeux, à l'esprit de la loi. Elles et ils ne mettent pas en question le principe de la responsabilité financière patronale pour financer la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles, mais revendiquent un droit de regard et un contrôle sur la mise en œuvre de ce principe. Leur souci est que l'entreprise paie la somme « juste », celle qui correspond à sa responsabilité effective :

« Vous pouvez avoir des gens qui ont besoin d'être arrêtés, mais peut-être que ça n'a pas de lien avec l'accident. [...] Nous, récemment, on a un salarié qui s'est fait mal à la hanche droite dans le cadre de son accident du travail. Son médecin traitant a décelé un problème osseux au niveau de la hanche et il s'est rendu compte qu'en fait, c'était quelque chose qui était bilatéral, à la hanche droite et à la hanche gauche. Ça a été révélé par l'accident du travail mais ça n'avait rien à voir avec l'accident. [...] On est en train de tirer sur la corde alors que, moi, je pense que c'est l'affaire de tous de s'occuper de contrôler et d'indemniser les vraies victimes, d'indemniser les vrais arrêts, c'est peut-être mieux que de laisser tout aller comme ça. [...] C'est l'intérêt de tous de veiller à ça. [Blanc] S'occuper des arrêts de travail et ne pas indemniser les choses qui n'ont pas lieu d'être, faire la chasse aux accidents du lundi matin [rire], ah nous c'est comme ça qu'on le perçoit si vous voulez ! Pas pour que l'entreprise gagne des sommes folles mais pour qu'elle arrête et qu'elle réinjecte – et quand on y arrive, on est super contents – dans la prévention... »

(Avocate associée, grand cabinet en santé et sécurité au travail*)

Dans cet extrait, trois mécanismes permettent de transfigurer le souci de faire baisser les taux de cotisation AT/MP en cause morale. Le premier consiste à rappeler l'esprit de la règle pour dénoncer son application erronée : la correction du taux de cotisation est présentée comme une façon de respecter le principe de justice au fondement du système assurantiel en traçant une frontière entre les bénéficiaires illégitimes et légitimes (les « vraies victimes ») de cette protection. Le deuxième mécanisme repose sur l'universalisation des intérêts particuliers en jeu, puisque défendre une juste application relève de l'intérêt général (« c'est l'affaire de tous ») et de la préservation de l'État social. Enfin, le troisième mécanisme porte sur la « signification sociale » (ZELIZER, 2005) des sommes récupérées. L'argent remboursé par la Sécurité sociale est coupé de sa valeur mercantile et devient vertueux puisqu'il n'est pas approprié à des fins privées mais redistribué, au sein de l'entreprise, dans un objectif collectif de prévention.

L'identification des « vraies » victimes est la clé de voûte de l'affichage du souci de l'intérêt général et du « bien-être au travail ». Si la distinction entre bénéficiaires légitimes et illégitimes peut, pour certain-es avocat-es, s'opérer à partir de critères

médicaux, il pose aussi, pour d'autres, la question de la « sincérité » des assurés et de la réalité de leur souffrance :

« On est dans un esprit d'optimisation effectivement, mais surtout – enfin c'est la démarche que j'essaie de leur dire – de bien-être au travail. Moi, j'alerte beaucoup. Je vois bien quand c'est vraiment de l'abus, mais quand je vois qu'il y a vraiment de la violence dans un site, [...] je fais remonter l'info en disant "là regarde tel truc", et après il y a plein de mesures qui sont prises en interne, par exemple sur la souffrance au travail, les arrêts du travail trop longs [...]. La qualité de [vie au] travail reste ce que je souhaite, en termes de prévention, et je travaille avec des préventeurs sur les questions de bien-être. Le but aussi, c'est ça. Il y en a de la souffrance au travail. Il y en a moins que ce que les gens disent mais il y en a. Mais celle qui est réelle, je trouve, c'est celle que les gens ne disent pas, c'est le vrai problème. [...] Et puis on sent des gens qui sont des praticiens, qui connaissent très bien toute la procédure. »

(Avocate associée, cabinet individuel de droit social,
ex-juriste dans une société d'audit)

La quintessence de la « vraie » victime est ici la victime silencieuse, qui ne demande rien, par opposition aux « praticiens » qui maîtrisent les procédures. En filigrane transparaît la logique de suspicion qui pèse sur les assurés engageant des démarches : toute quête d'indemnisations financières suscite un doute sur l'authenticité de la qualité de victime, « l'innocence requise s'arrimant à une absolue passivité » (GAYET-VIAUD, 2012, p. 135). Mais cette logique de suspicion a un pendant, la crédibilisation des victimes dont la prise en charge devrait se faire en interne, par le biais de la prévention.

Les avocates qui défendent les grandes entreprises adoptent une rhétorique qui n'est pas hostile au paiement des cotisations AT/MP mais qui revendique, au nom même des principes moraux du système d'assurance, un droit de regard sur les modalités d'application de la tarification. En examinant les comptes employeurs, en recalculant les taux de cotisation, en accumulant et en produisant un certain nombre de données, les avocates participent au « travail de réappropriation » de la règle (SPIRE, 2018, p. 120). Ce « consumérisme », qui consiste à concevoir les cotisations comme une « contrainte aménageable », a, comme dans le cas du consumérisme fiscal (*ibid.*, p. 122), été largement favorisé par les pouvoirs publics. La mise en ligne des comptes employeurs et la « transparence » des règles de calcul ont en effet eu pour contrepartie une surveillance accrue de ces données et ont renforcé le sentiment d'une possible maîtrise. Le modèle de conformité juridique construit grâce à ces documents transfigure ensuite le gain financier en jeu en l'inscrivant dans le langage universalisant du droit et de la morale.

Le confort émotionnel de la pratique : les documents comme mise à distance

La composante principalement documentaire des affaires d'inopposabilité constitue en outre une protection subjective face au « fardeau émotionnel » (HOCHSCHILD, 2017, p. 175) que peut susciter le contact direct avec la souffrance des salarié·es. Une avocate, qui a défendu au début de sa carrière les victimes de l'amiante avant de représenter les employeurs, explique le confort que lui apporte ce contentieux alors même que, selon ses propres termes, sa « fibre » était plutôt du côté des salarié·es :

« Franchement je n'en pouvais plus, c'était trop dur de voir les gens décéder. En plus, on ne faisait que de l'amiante, que des pathologies très lourdes avec des cancers ; au départ, les gens, ils n'étaient pas malades, et après se déclarait le cancer... On était dans un environnement en permanence de décès... [...] Au bout d'un moment, on se dit : "Ben non, en fait, je n'ai pas envie que ce soit mon quotidien." Parce que malgré tout, quand vous faites ça au quotidien, vous allez les revoir, vous savez ce qu'ils deviennent, malgré tout on est imprégné. [...] Donc voilà, c'était toujours très triste, et je n'avais pas envie d'un truc triste. On se dit qu'il n'y a pas que ça ! Nous, on est obligé de regarder un truc qui va mal, qui est très moche dans notre société, alors qu'il y a des choses moins dramatiques et on n'a pas envie de... Au départ, quand j'entendais parler des salariés [en tant qu'avocate de l'entreprise], je me disais : qu'est-ce que je suis contente, je ne le connais pas ! Parce que je ne le verrai jamais en plus ! »

(Avocate associée, cabinet individuel de droit social,
ex-juriste dans une société d'audit)

La mise à distance des salarié·es et de leurs souffrances est facilitée par la dimension documentaire des dossiers. Les dispositifs scripturaux dépersonnalisent et introduisent une distance spatiale et émotionnelle, en se substituant à un mode de connaissance direct par contact avec les personnes. Comme dans le cas des « planneurs » étudiés par Marie-Anne DUJARIER (2015, p. 226), qui organisent à distance le travail des autres, l'indifférence est pour ces avocat·es une construction sociale nécessaire pour pouvoir travailler : le changement de clientèle revient à choisir la forme du travail émotionnel à fournir et non pas à renoncer à tout engagement moral.

Cette construction s'appuie également sur la règle juridique de l'indépendance des rapports entre la caisse, l'employeur et l'assuré·e. Dans les affaires d'inopposabilité, les avocat·es d'employeurs n'affrontent pas les salarié·es directement mais la caisse d'assurance maladie, dont elles et ils contestent la décision. Une avocate déclare ainsi que « c'est assez confortable de se dire qu'on ne touche pas les droits des salariés » et que, sinon, elle « aurai[t] du mal » (avocate associée, grand cabinet en santé et sécurité au travail^{*}). Ce confort, à la fois émotionnel et moral, est absent des affaires de faute inexcusable. Dans celles-ci, l'employeur est mis en cause par le ou la salarié·e et c'est à lui ou à elle que l'avocat·e qui défend l'entreprise doit faire face. L'avocate qui a auparavant travaillé pour les victimes de l'amiante explique ainsi que dans ces affaires, elle refuse de dire « quoi que ce soit sur l'indemnisation des préjudices ». Une autre avocate explique qu'elle refuse de s'impliquer dans les affaires de faute inexcusable

pour ne pas être en situation de « pinailler » sur le montant des indemnités face aux épouses ou aux ayants droit de personnes décédées. Elle apprécie le contentieux employeur qui « permet de désensibiliser le fait que la personne a mal ». Dans les entretiens, les avocat-es des cabinets de droit des affaires semblent moins sensibles à la dimension humaine des dossiers de faute inexcusable. L'un d'entre eux explique par exemple qu'il « discute dur » du montant des indemnités, étant donné le fort enjeu financier pour l'employeur.

Les affaires d'inopposabilité apparaissent finalement comme un contentieux de papier qui façonne doublement la pratique et la posture des avocat-es d'employeurs. D'un côté, la composante documentaire de ce contentieux engage des compétences calculatoires et sociales spécifiques pour lire et produire des données, et ces savoir-faire s'avèrent très distinctifs pour se positionner sur un marché du conseil juridique concurrentiel et pour asseoir sa crédibilité. D'un autre côté, cette nature exclusivement scripturale, qui tient à distance les victimes et leur souffrance, permet à certain-es avocat-es de construire une posture de confort émotionnel et moral et de la faire fonctionner comme un principe de différenciation, voire de légitimation, face à d'autres avocat-es intervenant dans ce contentieux.



La tarification individuelle appliquée aux entreprises de plus de 150 salarié-es avait été pensée par ses concepteurs comme un moyen d'inciter à la prévention, en rendant transparente la convention d'équivalence entre chaque sinistre et le taux de cotisation correspondant. Mais cette opération de mise en visibilité a contribué à définir un espace de calcul propice à l'optimisation des coûts et a incité les grandes entreprises à intégrer la raison statistique assurantielle dans leur logique financière en instrumentant le droit. Les données financières et médicales concernant les victimes ont ainsi été enrôlées, à l'insu des personnes concernées, dans des stratégies judiciaires visant à défaire les entreprises de leur responsabilité financière en matière de réparation des risques professionnels.

Les avocat-es jouent un rôle central dans ces stratégies actives d'« endogénéisation du droit » (EDELMAN, 2011). Sur la scène judiciaire, elles et ils promeuvent un modèle de conformité juridique qui traduit et transfigure la défense de l'intérêt financier de l'entreprise en un souci du respect du contradictoire et de l'intérêt général. Ce travail de « managérialisation du discours juridique » s'appuie sur le recours aux tribunaux et implique, parmi les objectifs poursuivis par l'entreprise, la sélection des griefs pertinents qui pourront être transformés en litiges. Il s'accompagne parfois d'un travail de « légalisation des activités organisationnelles » (*ibid.*, p. 100), quand les avocat-es développent parallèlement une activité de conseil pour encourager les entreprises à mener des actions de prévention, conformément à l'intention initiale du droit de la tarification. Ces pratiques de légalisation ne sont cependant pas le fait de tous les avocat-es.

Les affaires de contestation d'accidents du travail font apparaître deux logiques d'appropriation différentes selon les avocat·es. Ceux et celles exerçant dans des cabinets de droit des affaires défendent plus souvent une éthique entrepreneuriale, soucieuse de rendement financier, et procèdent par recours de masse, sur la base entre autres d'un examen systématique des comptes employeurs. D'autres, souvent issus·es du droit social, revendiquent une approche plus encline à l'individualisation de la prise en charge des dossiers et valorisent des principes d'équité et de prévention. Tout en mettant en avant leur maîtrise des enjeux économiques, ces avocat·es finissent « par se convaincre eux-mêmes de leur propre vertu » (DÉPLAUDE, 2014, p. 423) et des aspects positifs de leur action. Attaché·es au fait qu'elles et ils ne portent pas atteinte aux droits des salarié·es, ces avocat·es insistent sur leurs pratiques d'encouragement à la prévention auprès des entreprises et sur leur volonté de contribuer à la réparation des « vrais » accidents. Cette « cuirasse de vertu » (*ibid.*, p. 418) est au cœur de leur « vérité subjective » du travail (BOURDIEU, 1996, p. 89) et méconnaît sa conséquence objective, qui est d'invisibiliser la responsabilité individuelle des entreprises dans la production des sinistres, en reportant les coûts sur l'ensemble des employeurs. Le processus de judiciarisation de la santé au travail à l'initiative des entreprises repose donc sur différentes pratiques et postures professionnelles du côté des avocat·es. Si les dynamiques de spécialisation, et d'articulation croissante du conseil juridique et de la plaidoirie (BOIGEOL, DEZALAY, 1997), ont été favorables à l'appropriation de ce contentieux économique, il reste à étudier de plus près comment les différentes logiques d'investissement dans ces litiges et leurs modes de fabrication sont façonnés aussi par les trajectoires sociales, les mobilités professionnelles et les contextes de travail de ces intermédiaires du droit.

BIBLIOGRAPHIE

ASSURANCE MALADIE – RISQUES PROFESSIONNELS (2022), *Rapport annuel 2021. Éléments statistiques et financiers*, Paris, Assurance maladie – Risques professionnels.

BESSY C. (2015), *L'organisation des activités des avocats. Entre monopole et marché*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ/Lextenso éditions.

BESSY C., DELPEUCH T., PÉLISSE J. (dir.) (2011), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ.

BOIGEOL A. (1981), « De l'idéologie du désintéressement chez les avocats », *Sociologie du travail*, vol. 23, n° 1, p. 78-85.

BOIGEOL A., DEZALAY Y. (1997), « De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel », *Genèses*, n° 27, p. 49-68.

BRAS P.-L. (2007), *Réformer la tarification pour inciter à la prévention. Rapport du groupe d'appui aux partenaires sociaux*, Paris, La Documentation française.

BOURDIEU P. (1986), « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, p. 3-19.

BOURDIEU P. (1996), « La double vérité du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 114, p. 89-90.

COUR DES COMPTES (2018), *La sécurité sociale. Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport, Paris, Cour des comptes, octobre.

COUR DES COMPTES (2023), *La sécurité sociale. Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport, Paris, Cour des comptes, mai.

DÉPLAUDE M.-O. (2014), « Les infortunes de la vertu. Sociologie d'un répertoire d'action patronal », *Sociologie du travail*, vol. 56, n° 4, p. 411-434.

DESROSIÈRES A. (2014), *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, Paris, La Découverte.

DEZALAY Y. (1992), *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Fayard.

DREYFUS M., RUFFAT M., VIET V., VOLDMAN D. (dir.) (2006), *Se protéger, être protégé. Une histoire des Assurances sociales en France*, Rennes, Presses universitaires de Rennes.

DUJARIER M.-A. (2015), *Le management désincarné. Enquête sur les nouveaux cadres du travail*, Paris, La Découverte.

DURAND C., FERRÉ N. (2016), « Responsabilité des employeurs et financement des maladies professionnelles. Un éclairage à partir de l'exemple des cancers professionnels », *Perspectives interdisciplinaires sur le travail et la santé* [en ligne], vol. 18, n° 1. <https://doi.org/10.4000/pistes.4635>

EDELMAN L. B. (2011), « L'endogénéité du droit », in Bessy C., Delpeuch T., Péliisse J. (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, p. 85-109.

EWALD F. (1986), *L'État providence*, Paris, Grasset.

FELSTINER W., ABEL R., SARAT A. (1991), « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer », *Politix*, n° 16, p. 41-54.

GAYET-VIAUD C. (2012), « Itinéraires de victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Freins et entraves à la mobilisation pour les droits à la santé et à la réparation », in Courtet C., Gollac M. (dir.), *Risques du travail, la santé négociée*, Paris, La Découverte, p. 123-142.

HENRY E. (2003), « Intéresser les tribunaux à sa cause. Contournement de la difficile judiciarisation du problème de l'amiante », *Sociétés contemporaines*, n° 52, p. 39-59.

HOCHSCHILD A. R. (2017), *Le prix des sentiments. Au cœur du travail émotionnel*, Paris, La Découverte.

KEIM-BAGOT M. (2015), *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel. Enjeux et perspectives*, Paris, Dalloz.

LE FISCHER S., PRÉTOT X. (2018), « La Cour de cassation et les accidents du travail », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 4, p. 591-604.

LENGAGNE P. (2017), « Inciter les entreprises à améliorer la santé au travail. La tarification à l'expérience dans les systèmes d'assurance des risques professionnels », *Regards*, n° 51, p. 51-61.

MARICHALAR P. (2017), *Qui a tué les verriers de Givors ? Une enquête de sciences sociales*, Paris, La Découverte.

MUÑOZ J. (2015), « La dématérialisation du travail au sein de l'assurance maladie. Nouvelle épreuve ou nouvel avatar de la rationalisation du travail administratif ? », in Leduc S., Muñoz J. (dir.), *Le travail à l'assurance maladie. Du projet politique au projet gestionnaire*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 97-117.

SEILLER S. (2011), « Gestion du risque AT-MP et action sur le comportement des entreprises », *Regards*, n° 39, p. 57-68.

SERRE D. (2020), « La reconnaissance des maladies professionnelles dans les tribunaux. Les effets inégalitaires de la codification juridique », in Cavalin C., Henry E., Jouzel J.-N., Péliasse J. (dir.), *Cent ans de sous-reconnaissance des maladies professionnelles*, Paris, Presses des Mines, p. 255-274.

SERRE D. (2021), « Une attention aux “démunis” aveugle au genre. Les juges face aux accidents du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 236-237, p. 54-71.

SERRE D., KEIM-BAGOT M. (2022), *Les accidents du travail et les maladies professionnelles sur la scène judiciaire. Pratiques de jugements et inégalités*, Rapport n° 17-31, Paris, Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice, mars.

SPIRE A. (2017), « Des dominants à la barre. Stratégies de défense dans les procès pour fraude fiscale », *Sociétés contemporaines*, n° 108, p. 41-67.

SPIRE A. (2018), *Résistances à l'impôt, attachement à l'État. Enquête sur les contribuables français*, Paris, Seuil.

STRYKER R. (2011), « L'intermédiation scientifique dans la mise en œuvre des lois anti-discriminations américaines », in Bessy C., Delpeuch T., Péliasse J. (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, p. 183-202.

ZELIZER V. (2005), *La signification sociale de l'argent*, Paris, Seuil.