

La réglementation italienne sur les agents cancérogènes devant la Cour de Justice

UNE GRAVE REMISE EN CAUSE DE L'ARTICLE 118A

Le 28 avril 1998, l'Avocat général Jean Mischo a présenté ses conclusions dans l'affaire C-2/97 « Società italiana petroli SpA contre Borsana Srl ». Dans cet article, nous nous concentrons sur les enjeux essentiels d'un point de vue politique et juridique sans entrer dans tous les détails de l'affaire¹. Les conclusions que nous analysons ici nous semblent représenter une tentative de remettre en cause l'article 118A en limitant la faculté des Etats membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables en ce qui concerne la santé et la sécurité. L'importance de la question n'échappera à personne si l'on tient compte que, dans l'hypothèse d'une ratification du Traité d'Amsterdam, l'ensemble des matières sociales pourraient être soumises aux mêmes règles.

Un litige fictif?

Les circonstances concrètes de l'affaire italienne n'apparaissent pas de façon tout à fait claire à la lecture de la documentation disponible. La société « Italiana petroli » (IP) a reçu une lettre d'une autre société, Borsana Srl, par laquelle cette dernière lui demande de lui fournir : des carburants ayant une teneur en benzène aussi faible que possible (dans le cadre d'un contrat de fourniture) et des systèmes de récupération des gaz et des vapeurs au moment de la distribution pour protéger la santé de ses salariés (dans le cadre d'un contrat de prêt). Les rapports entre les deux sociétés ne sont pas précisés. Nous ignorons si la Borsana constitue une société concessionnaire de l'IP. L'IP a contesté le bien fondé de ces exigences. Pour faire confirmer son point de vue, elle a saisi une chambre civile du Tribunal de Gênes. Celle-ci a soumis trois questions préjudicielles à la Cour de justice des communautés européennes².

L'analyse des documents en notre possession et, notamment, de l'ordonnance du 14 décembre 1996 du Tribunal de Gênes qui soumet les questions préjudicielles à la Cour de Justice, permet d'avancer l'hypothèse suivante. L'IP a entendu « construire » un cas lui permettant de s'attaquer à la fois à la réglementation italienne sur les obligations des employeurs en cas d'utilisation de substances cancérogènes, à la faculté des Etats d'adopter des mesures assurant une protection renforcée des travailleurs par rapport aux exigences minimales communautaires des directives basées sur l'article 118A et à l'autonomie des directives adoptées sur la base de cet article par rapport aux règles destinées à organiser le fonctionnement du marché unique.

¹ En particulier, nous n'examinerons pas ici les questions posées par la transposition de la directive 89/655/CEE concernant l'utilisation des équipements de travail.

² Les questions préjudicielles ont été publiées dans le J.O. du 22 mars 1997, n° C94, p. 4.

Le lien entre les questions préjudicielles qui ont été soumises par le tribunal de Gênes et un hypothétique conflit juridique entre l'IP et Borsana est des plus ténu. En particulier, l'IP n'apparaît pas dans cette affaire en tant qu'employeur alors que la plupart des dispositions qu'elle conteste concernent les obligations des employeurs et ne jouent pas de rôle direct dans la détermination de ses propres obligations en tant que fournisseur d'essence ou de propriétaire des installations. Ajoutons à cela que la plupart des dispositions contestées n'étaient pas effectivement applicables au moment de l'échange de la correspondance entre l'IP et Borsana. Plus que d'un litige réel entre deux sociétés, les données dont nous disposons suggèrent que nous sommes en présence d'une initiative unilatérale d'IP dont l'objectif premier est d'obtenir un jugement déclaratoire qu'elle pourrait opposer à l'avenir dans d'autres litiges où elle figurerait éventuellement en tant qu'employeur et, par là, destinataire des obligations qu'elle conteste. De façon significative, lors de la procédure devant le Tribunal de Gênes, la Borsana s'est déclarée « complètement indifférente » à la requête de l'IP dont le juge italien constate qu'elle tend à obtenir un jugement purement déclaratoire.

L'enquête menée par le BTS en Italie a fourni quelques éléments qui peuvent expliquer le caractère tortueux de la procédure suivie et de l'argumentation utilisée par l'IP. Des dirigeants de cette société ont été condamnés pénalement par un tribunal de Turin en octobre 1997 sur la base de l'article 6 du décret 626³ en raison de l'insuffisance des mesures de prévention adoptées en ce qui concerne l'exposition de travailleurs au benzène. Lors de l'instance pénale, l'IP avait tenté de soulever une question préjudicielle avec une argumentation identique à celle que l'on retrouve dans l'affaire soumise à la Cour de Justice. Le tribunal avait rejeté cette demande sur la base de la faculté pour les Etats membres d'adopter ou de maintenir des mesures renforcées de protection des travailleurs. L'IP a intenté un recours en Cassation et compte visiblement qu'un arrêt favorable de la CJCE dans l'affaire qui lui est soumise aurait pour effet d'échapper à la sanction pénale.

Le fait que l'Etat italien se soit soustrait à toute coopération avec la Cour de Justice pour lui permettre d'avoir une information adéquate a certainement contribué à empêcher le juge rapporteur et l'avocat général de disposer d'éléments suffisants pour évaluer s'il s'agissait d'un litige fictif devant amener la Cour à se déclarer incompétente.

L'enjeu essentiel

Contrairement à ce que la formulation des questions préjudicielles permettait de comprendre, l'affaire en question soulève un enjeu politique et juridique essentiel concernant l'article 118A. Il s'agit de la disposition suivant laquelle les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures plus favorables aux travailleurs. Rappelons que lors de la négociation de l'Acte unique en 1985, il avait été décidé que, dans le domaine du milieu de travail, l'harmonisation communautaire ne pouvait pas être une harmonisation totale. Une telle règle découlait logiquement, à la fois, du constat de la grande diversité des situations nationales et de la dynamique propre du droit du travail

³ L'article 6 du décret 626 concerne les obligations des auteurs de projet d'installation, des fabricants, des fournisseurs d'équipements de travail et d'installations et des installateurs. La procédure pénale a été entamée en mai 1995 à l'initiative du Ministère public de la préture de Turin qui avait constaté les délits commis en mars 1995.

dont le système de hiérarchie des normes permet toujours d'améliorer en faveur des travailleurs les dispositions d'un rang supérieur. Soumettre cette faculté d'amélioration à des conditions particulières - au contrôle d'une juridiction - aurait pour conséquence pratique que les dispositions assurant une protection minimale se transformeraient à terme en des dispositions maximales dont tout dépassement, que ce soit au niveau de la législation des Etats membres ou à travers les conventions collectives, entraînerait une insécurité juridique considérable.

Jusqu'à présent, l'interprétation de l'article 118A était la suivante: les directives communautaires fixent des exigences minimales dans le domaine du milieu de travail. Dès lors que ces exigences minimales sont respectées, les Etats membres conservent une entière liberté à maintenir ou à adopter des règles qui protègent les travailleurs au-delà du seuil minimal fixé par les directives. Cette règle s'applique également aux engagements internationaux des Etats membres, notamment à leur capacité de ratifier des conventions de l'OIT. L'Avis de la Cour de Justice du 19 mars 1993⁴ portant sur la compétence respective des Etats membres et de la Communauté dans la négociation de la Convention n° 170 de l'OIT, sans aborder de façon détaillée les problèmes soulevés par l'Avocat général Mischo dans l'affaire italienne, ne posait pas de limite à la liberté des Etats membres d'adopter des dispositions plus protectrices en matière de santé et de sécurité dès lors que celles-ci concernaient le champ d'application de l'article 118A.

L'affaire italienne porte principalement sur la différence qui existe entre la législation italienne concernant les substances cancérigènes (articles 62 et 63 du décret législatif 626-94) et la directive communautaire 90/394/CEE.

La législation italienne prévoit une politique de prévention axée sur trois étapes suivant un ordre de priorité:

- élimination ou substitution de la substance cancérigène par une substance moins dangereuse dans la mesure où c'est techniquement possible;
- travail dans un système clos si c'est techniquement possible;
- réduction de la valeur de l'exposition au niveau le plus bas techniquement possible (art. 62, D. Lgs. 626-94).

La législation prévoit ensuite une appréciation des risques destinée à adopter les mesures de prévention en les adaptant aux particularités du milieu de travail (art. 63, D Lgs 626-94).

La directive communautaire prévoit une approche assez semblable mais une différence subsisterait par rapport à la législation italienne. La réduction et la substitution de la substance cancérigène dans la mesure où c'est techniquement possible sont rédigées dans des termes qui ne posent pas de problème par rapport à la législation italienne. Par contre les deux étapes suivantes (travail dans un système clos et réduction de l'exposition au niveau le plus bas techniquement possible) sont précédées par une identification et une appréciation des risques de l'exposition. Il y aurait donc une différence entre le caractère inconditionnel des obligations prévues par la législation italienne et le caractère plus relatif, dépendant des résultats concrets de l'appréciation des risques, des obligations prévues par la directive communautaire.

⁴ Avis 2-91, *Recueil CJCE*, 1993, pp. 1061-1084.

L'article 118A : compétence partagée entre la Communauté et les Etats membres ou souveraineté limitée ?

Nous examinerons plus loin quelle peut être la portée réelle de cette différence car nous pensons que les conclusions de l'avocat général se fondent parfois sur une lecture rapide et schématique tant des dispositions communautaires que de la législation italienne. La question de principe la plus importante se situe ailleurs. Elle concerne la marge laissée aux Etats membres dans le cadre de la transposition d'une directive. Et, plus particulièrement, elle porte sur les exigences renforcées permises par l'article 118A. Pour l'avocat général, l'usage de cette faculté peut être soumis au contrôle de la Cour de Justice sur la base de trois critères.

1°) Les Etats membres seraient obligés de suivre la « même ligne que celle de la Communauté ». Cela veut dire qu'ils devraient respecter une sorte de stratégie implicite des directives communautaires dès lors qu'ils veulent aller « plus loin » (point 46 des conclusions). Dès lors, la Cour de Justice serait compétente pour vérifier l'ensemble de la législation des Etats membres concernant le milieu de travail dès lors qu'une directive communautaire couvre une partie de la matière (y compris des questions comme le temps de travail, ou la protection des jeunes travailleurs ou des femmes enceintes qui sont des thèmes sur lesquels les directives existantes ont une approche très minimaliste). Une telle conception nous semble assez contestable. Les exigences minimales adoptées par les directives représentent des compromis politiques et juridiques entre différentes approches. Il est inévitable que la stratégie communautaire implicite que l'on peut y trouver soit, par rapport à la situation de certains Etats membres, incomplète, insuffisante ou axée sur des priorités différentes. La seule exigence que nous trouvons dans l'article 118A est que les mesures nationales (et, à cet égard, peu importe que ces mesures résultent de la transposition d'une directive ou qu'elles soient antérieures ou étrangères à celle-ci) couvrent au moins les exigences des directives. Mais si ces mesures nationales sont plus globales ou adoptent une approche plus radicale, nous voyons mal sur quelle base elles pourraient être remises en cause par la Cour de Justice.

Les exemples ne manquent pas de contradictions possibles entre les règles nationales et les règles communautaires que l'on pourrait attribuer à des différences dans les stratégies de prévention. La directive concernant les travailleuses enceintes interdit à l'employeur d'obliger ces travailleuses à être exposées à certaines situations de travail. La législation de nombreux Etats va plus loin et interdit l'exposition de ces travailleuses. Il y a une différence de stratégie évidente: dans le premier cas, les travailleuses peuvent donner leur accord pour être exposées, dans le second cas, l'accord éventuel des travailleuses, les résultats de l'évaluation des risques ou l'opinion médicale sont sans effet sur une interdiction de principe. De même, il existe une contradiction entre les Etats membres qui ont décidé d'interdire la production avec de l'amiante et l'approche communautaire qui, jusqu'à présent, a mis l'accent sur le contrôle des expositions à l'amiante. Dans notre optique, qui peut le plus, peut le moins. Autrement dit, interdire certaines situations ou certaines expositions implique nécessairement que les mesures communautaires visant à limiter, à contrôler ou à conditionner ces situations et ces expositions seront efficacement respectées par le choix d'une stratégie différente, plus radicale, de prévention. L'avocat général semble perdre de vue l'objectif de l'article 118A qui est la santé des travailleurs lorsqu'il entend subordonner les législations

nationales à ce qu'il croit pouvoir identifier comme «approche» spécifique des directives. Ainsi, il considère que: *«A une approche pragmatique retenue par la directive est substituée une approche qui impose des mesures précises avant même que le risque ait été exactement appréhendé et défini. Peu importe, à cet égard, que la méthode retenue par le législateur italien puisse produire d'aussi bons résultats du point de vue de l'élimination du risque que celle choisie par le législateur communautaire»* (point 46 des conclusions).

2°) Les Etats membres seraient obligés de respecter le principe de proportionnalité (point 47 des conclusions). Cela signifie que toute mesure nationale plus favorable aux travailleurs pourrait être contrôlée par la Cour de Justice pour voir si la mesure n'impose pas des obligations trop contraignantes pour les entreprises par rapport aux objectifs poursuivis. Nous reprendrons plus loin la discussion du principe de proportionnalité dans le cas d'espèce. Nous considérons que la discussion sur le principe de proportionnalité a été menée de manière ambiguë dans l'affaire en question. Les législations nationales doivent incontestablement être conformes au principe de proportionnalité, mais le contrôle exercé par la Cour de Justice des Communautés Européennes se limite aux dispositions qu'un facteur rattache au droit communautaire. Autrement dit, ce n'est que dans l'hypothèse où une violation du principe de proportionnalité rendrait une mesure nationale incompatible avec le Traité que celle-ci devrait faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de Justice. Tel n'est pas le cas dans cette affaire italienne.

Le seul précédent cité par l'Avocat général Mischo, l'Arrêt Pastoors et Trans-Cap du 23 janvier 1997⁵, ne nous semble pas appuyer fermement sa thèse suivant laquelle dès lors qu'un domaine est (partiellement) couvert par le droit communautaire, l'ensemble des dispositions nationales relatives à ce domaine seraient susceptibles d'être contrôlées par la Cour de Justice, sur la base notamment du critère de leur conformité au principe de proportionnalité. Dans l'affaire citée, il existait une corrélation directe entre l'atteinte au principe de proportionnalité et l'article 6 du Traité, proscrivant toute discrimination sur la base de la nationalité. Dans l'affaire italienne, un tel rapport n'existe pas. Nous pensons que l'unique exigence posée par l'article 118A du Traité à l'égard des dispositions plus favorables aux travailleurs est qu'elles soient compatibles avec le Traité, de même que doit être compatible avec le Traité toute législation adoptée sur la base de la compétence propre des Etats. En d'autres termes, les Etats ne sauraient porter atteinte aux objectifs du Traité et, par une violation du principe de proportionnalité par exemple, opérer une discrimination sur la base de la nationalité. Cette exigence s'applique aussi bien à des domaines de compétence exclusive des Etats membres qu'à des domaines de compétences partagées. Mais, dans l'hypothèse où il n'a pas été porté atteinte aux dispositions du Traité qui s'appliquent aux Etats membres (les règles de l'article 118A concernant les petites et moyennes entreprises s'appliquent au législateur communautaire), rien ne permet de limiter l'exercice des compétences exercées par les Etats membres en ce qui concerne les mesures nationales visées au paragraphe 3 de l'article 118A. Pour illustrer cette différence, nous prendrons les exemples suivants. Si une mesure nationale plus favorable devait impliquer une atteinte au principe de non discrimination sur la base de la nationalité (par exemple, en considérant que seules des entreprises dont le domicile des administrateurs est situé sur

⁵ Rec., 1997, 1, p. 285.

le territoire national depuis plus de vingt ans peuvent utiliser des substances cancérogènes), la Cour de justice pourrait, à juste titre, sanctionner l'atteinte au principe de proportionnalité qui rend incompatible cette mesure nationale avec le Traité. Par contre, si une mesure nationale devait prévoir des sanctions disproportionnées pour des infractions bénignes en matière de santé au travail, nous ne voyons pas sur la base de quel facteur de rattachement la Cour de justice pourrait se prononcer sur la validité de ces sanctions au regard du droit communautaire. Ainsi, l'on peut être choqué par la sévérité des sanctions dans le domaine de la répression des drogues illégales comparée à la faiblesse de celles-ci dans la répression d'autres formes de délinquance. Mais ces questions relèvent du droit interne de chacun des Etats membres.

3') Les Etats membres seraient tenus de respecter la clause suivant laquelle les mesures nationales de protection renforcée ne doivent pas imposer des contraintes administratives, financières et juridiques qui contrarieraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises (point 48 des conclusions). Une telle affirmation est surprenante: la clause économique précise un des critères qui orientent l'action du législateur communautaire dans l'élaboration d'exigences minimales. L'on ne voit pas sur quelle base une telle clause pourrait conditionner l'action législative des Etats membres.

A notre avis, la législation italienne aurait pu passer avec succès l'épreuve de ces trois critères si le gouvernement italien avait décidé de la défendre. Mais la position de l'Avocat général, si elle devait être adoptée par la Cour, aboutirait à une réduction considérable de la marge d'autonomie des Etats membres dans l'exercice des compétences partagées qui sont définies par l'article 118A. L'on ouvrirait la porte à une remise en cause générale des dispositions juridiques nationales chaque fois que celles-ci dépassent le niveau minimal des directives. Une telle situation déstabiliserait l'ensemble des Etats membres et ouvrirait la voie à une offensive systématique pour une réduction des législations les plus avancées. L'objectif d'harmonisation dans le progrès finirait par être abandonné.

L'application du principe de proportionnalité

L'argumentation de l'avocat général en ce qui concerne la violation du principe de proportionnalité est assez schématique. Il y aurait eu violation de ce principe parce que les charges créées pour les employeurs sont « beaucoup plus lourdes que celles prévues par la directive » (point 42) et, en particulier, parce que la réduction de l'exposition aux agents cancérogènes est exigée sans qu'il ait été au préalable procédé à une appréciation concrète du risque dans le cas d'espèce (point 43). Tout raisonnement sur la proportionnalité doit tenir compte de deux facteurs : l'objectif visé et les moyens mis en œuvre. L'objectif visé par la réglementation italienne concerne la protection de la vie et de la santé et, en particulier, la lutte contre des agents qui produisent des dommages irréversibles et, souvent, aux conséquences mortelles. Sans reprendre ici la discussion des données épidémiologiques concernant le rapport entre les conditions de travail et les cancers, il ne semble guère contestable qu'un objectif de cet ordre justifie un certain nombre de contraintes pouvant peser sur les profits des entreprises. Une prévention efficace dans le domaine des agents cancérogènes sur les lieux de travail a pour enjeu direct la vie de plusieurs milliers de travailleurs italiens par an. Les moyens mis en œuvre par la réglementation italienne ne sont pas manifestement étrangers ou

complètement disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi. Il existe une rationalité évidente à ne pas faire dépendre des éléments essentiels du programme de prévention de la seule qualité de l'appréciation du risque effectuée par l'employeur. En dehors de l'objection de principe concernant le contrôle exercé par la Cour de Justice sur les mesures de protection renforcée adoptées par les Etats conformément à l'article 118A, l'on ne peut manquer d'observer que les critères proposés par la société italienne Petroli et repris par l'avocat général ne garantissent pas la marge d'appréciation légitime du législateur. Nous croyons que l'arrêt de la Cour de justice du 12 novembre 1996 concernant la directive sur l'aménagement du temps de travail a correctement défini les limites du contrôle exercé sur la base du principe de proportionnalité dans le cadre communautaire : *« S'agissant du principe de proportionnalité, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour, suivant laquelle, afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier si les moyens qu'elle met en œuvre sont aptes à réaliser l'objectif visé et s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre(...). En ce qui concerne le contrôle juridictionnel des conditions précitées, il y a lieu toutefois de reconnaître au Conseil un large pouvoir d'appréciation s'agissant d'un domaine qui, comme en l'espèce, implique, de la part du législateur, des choix de politique sociale où il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Par conséquent, le contrôle juridictionnel de l'exercice d'une telle compétence doit se limiter à examiner s'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si l'institution concernée n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ».*

Le rôle de l'évaluation des risques

La question de l'évaluation des risques fait l'objet de différentes approches parmi les Etats de l'Union Européenne. Certains y voient essentiellement une technique de déréglementation permettant, sur la base de prescriptions publiques qui définissent des buts généraux, à l'employeur de décider de façon autonome quelles sont les mesures de prévention qui doivent être appliquées dans son entreprise. Dans une telle optique, des prescriptions précises concernant les méthodes à employer devraient être évitées. D'autres y voient surtout un instrument dont la fonction est double : permettre une application adéquate des règles publiques dans une situation déterminée sans exclure que ces règles publiques n'imposent une hiérarchie des mesures de prévention et ne déterminent là où cela apparaît nécessaire des moyens précis; permettre une amélioration permanente du milieu de travail sur la base d'une analyse des risques qui n'ont pas pu être éliminés une fois que l'ensemble des prescriptions réglementaires ont été observées. Les directives communautaires ne tranchent pas de façon claire en faveur d'une approche précise. Une analyse attentive permet d'observer des tensions entre les deux approches dans certains textes communautaires et il est, à notre avis, abusif de vouloir généraliser l'approche communautaire comme le fait l'avocat général.

Dans le cas précis de la directive sur les agents cancérogènes, l'on peut observer cette tension et l'impression générale qui se dégage est celle d'un compromis politique où aucune des deux approches n'a été exclue. La terminologie est du reste significative : dans certaines versions linguistiques (anglais, italien, espagnol, notamment) la directive sur les agents cancérogènes adopte la même formulation que la directive-cadre et traite de l'évaluation des risques aux articles 3 et 5. Dans d'autres versions linguistiques (français, allemand notamment), au contraire, la directive adopte une terminologie

différente. Ainsi en français, l'expression « évaluation des risques » n'apparaît pas et est substituée par la notion d'appréciation des risques. L'on peut regretter que cette nuance n'ait pas été clarifiée. Le compromis politique communautaire a certainement nui à la sécurité juridique et à la sécurité tout court des travailleurs en évitant un débat de fond et en ayant recours à des subtilités terminologiques qui peuvent satisfaire les diplomates mais obscurcissent le sens réel des textes. A notre avis, l'approche proposée par les autorités italiennes sur la spécificité de l'évaluation des risques en ce qui concerne les substances cancérogènes est parfaitement pertinente.

La formulation des obligations de l'employeur est structurée de la manière suivante dans la directive communautaire. L'article 3 se situe bizarrement hors de la section II consacrée à ces obligations. Il définit, d'une part, le champ d'application de la directive (qui ne fait l'objet d'aucune controverse dans cette affaire) et, d'autre part, il porte sur une appréciation des risques, faite par l'employeur et qui tient compte de la nature, du degré et de la durée de l'exposition des travailleurs. Cette appréciation doit permettre de déterminer les mesures à prendre.

La section II qui porte, elle, explicitement le titre «Obligations des employeurs» contient dix articles. Nous ne les examinerons pas tous ici. L'on peut observer que la plupart d'entre eux ne se réfèrent pas aux résultats de l'appréciation des risques (articles 4, 7, 8, 10, 11, 12 - sauf en ce qui concerne la communication aux travailleurs des résultats de l'appréciation des risques - et 13). Ainsi, une partie importante des obligations de l'employeur est formulée en des termes inconditionnels. Tel est le cas de l'article 4 qui porte sur la réduction de l'utilisation d'agents cancérogènes, notamment par la substitution, dans la mesure où cela est techniquement possible, par une substance, un procédé ou une préparation qui n'est pas ou est moins dangereux. L'article 5 qui est au centre du débat sur la contradiction éventuelle entre la stratégie de la réglementation italienne et celle de la directive concentre toutes les ambiguïtés relatives à l'appréciation des risques. Les paragraphes 1 à 3, subordonnent l'activité de prévention au fait que les résultats de l'appréciation révéleraient l'existence d'un risque concernant la santé et la sécurité des travailleurs. Ces paragraphes portent sur les mesures destinées à éviter une exposition et ils définissent un ordre de priorité en trois étapes qui est identique à celui de la réglementation italienne (substitution, travail en système clos et réduction du niveau d'exposition au niveau le plus bas techniquement possible). Le paragraphe 4, au contraire, formule des mesures de prévention en les rendant inconditionnelles (« dans tous les cas d'utilisation d'un agent cancérogène »)⁶. Or, ces mesures recoupent largement les deux dernières étapes prévues par les paragraphes précédents en particulier aux points c) et d). Ajoutons à cela que la première étape (la réduction par la substitution) est déjà traitée en des termes inconditionnels par l'article 4 de la directive. Il est donc difficile comme le fait l'avocat général de prétendre trouver dans la directive une définition claire et univoque de ce qui serait la stratégie à suivre. Au contraire, il faut bien constater que les obligations formulées en des termes inconditionnels par la directive recoupent dans une large mesure celles qui sont subordonnées aux résultats de l'appréciation des risques.

⁶ De façon surprenante, l'Avocat général Mischo ne cite que les trois premiers paragraphes de l'article 5. De même, l'ordonnance du Tribunal de Gênes considère que «dans tous les cas, la mise en œuvre des mesures prévues à l'article 5 (de la directive sur les agents cancérogènes) est subordonnée au résultat de l'évaluation prévue à l'article 3». Cette interprétation est démentie par le paragraphe 4 de l'article 5 de la directive.

La stratégie suivie par la réglementation italienne est certainement beaucoup plus précise. Elle se base sur les connaissances scientifiques disponibles qui ne permettent pas de formuler l'hypothèse d'un risque « zéro » dès lors qu'il y a exposition à des agents cancérogènes. C'est pourquoi l'appréciation du risque n'a pas pour objectif de permettre à l'employeur de décider quelles sont les mesures de prévention qu'il adopte. Ces mesures sont déterminées, avec un ordre de priorité, par la réglementation elle-même. L'appréciation du risque, ou évaluation de l'exposition, poursuit deux objectifs suivant les lignes directrices ⁷ élaborées par la Coordination technique pour la prévention des départements de la santé des Régions :

« juger si la concentration des substances cancérogènes, dans le milieu de travail ou dans les matériaux avec lesquels les travailleurs entrent en contact, correspond au minimum qui peut être techniquement atteint. Quand ce n'est pas le cas, il convient d'entreprendre sans retard des mesures d'amélioration (...) ,*

« identifier les travailleurs exposés, quelles que soient l'exposition et l'adoption ou la non adoption de mesures d'amélioration : les travailleurs exposés doivent être inscrits dans le registre prévu à l'article 70».*

Les lignes directrices tiennent à indiquer explicitement la différence entre l'appréciation des risques en ce qui concerne les agents cancérogènes et l'évaluation des risques concernant d'autres agents. L'employeur n'a pas à «évaluer les risques» dans le sens d'une estimation de la probabilité que se produise un effet déterminé car *"les modèles mathématiques, aujourd'hui disponibles pour l'estimation du risque sont multiples, ils se basent sur des assomptions biologiques diverses (et pas toujours vérifiables) et peuvent amener des résultats divergents. Pour de nombreux agents cancérogènes, il est en outre vraisemblable qu'il n'existe pas un seuil d'exposition correspondant à un risque «zéro»".*

Il existe donc une cohérence certaine à ne pas faire dépendre le programme des mesures préventives de l'appréciation du risque. Celle-ci intervient surtout pour vérifier l'adéquation des mesures adoptées et pour procéder à un enregistrement des travailleurs concernés. Il est du reste intéressant de signaler que la Convention n° 139 sur le cancer professionnel de l'OIT adoptée en 1974 choisit la même approche. Les différentes mesures de prévention n'y sont aucunement conditionnées par une évaluation ou une appréciation des risques⁸. Du reste, cela ne signifie nullement que la démarche d'évaluation des risques soit absente dans la législation italienne. Nous pensons, au contraire, que dans le cas de la réglementation sur les agents cancérogènes, il y a une combinaison correcte entre ce qui relève d'une évaluation sociétale des risques (et qui amène à imposer aux employeurs des mesures déterminées sans attendre leur propre évaluation particulière) et une évaluation concrète sur les lieux de travail dont les limites sont importantes et qu'il serait irresponsable de considérer comme le moment décisif dans la détermination des mesures de prévention.

⁷ Les lignes directrices constituent un document non contraignant élaborées par les autorités publiques italiennes de manière à permettre à toutes les parties intéressées de disposer de données qui interprètent les dispositions réglementaires et fournissent des conseils en ce qui concerne la manière de les mettre en pratique. Voir: Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome, *Linee Guida per l'Applicazione del D Lgs 626/1994*, Ravenna, 1996.

⁸ Cette convention a été ratifiée par l'Italie en 1981. Elle est également ratifiée par sept autres Etats de l'Union Européenne (Allemagne, Belgique, Danemark, Finlande, France, Irlande et Suède).

L'attitude du gouvernement italien et de la Commission

L'affaire italienne soumise à la Cour de Justice ne constitue pas un cas isolé. Il existe de très fortes pressions de la part des milieux patronaux et des forces politiques qui leur sont proches pour déréguler de façon significative le domaine de la santé au travail. Les règles juridiques, qu'elles soient nationales ou communautaires, constituent un obstacle à la transformation totale du travail humain en marchandise. Elles posent des limites à la liberté d'entreprendre dont la justification n'est pas d'ordre économique.

Les enjeux de cette affaire dépassent largement le problème concret posé par l'application de la législation italienne aux sociétés distributrices d'essence. Le gouvernement italien a complètement ignoré ces enjeux et la Commission semble les avoir sous-estimés gravement.

En effet, le déroulement de la procédure a été marqué par un épisode inquiétant. Le gouvernement italien s'est abstenu de toute intervention. Il n'était même pas représenté lors de l'audience. L'avocat général a indiqué à juste titre que cette attitude plaçait la Cour dans une position délicate. Il est difficile de comprendre pourquoi le gouvernement italien, et en particulier le Ministère du travail, a choisi de ne pas défendre sa propre réglementation dans une affaire où il disposait d'excellents arguments en sa faveur. Dans les années '70, l'Italie avait souvent défendu avec dynamisme des positions avancées en matière de santé au travail dans les instances communautaires. Ultérieurement, sa participation s'est nettement affaiblie quoique, dans certaines circonstances particulières, l'Italie ait tenu à défendre des exigences minimales d'un niveau satisfaisant (ce fut le cas durant l'élaboration de la directive sur les travailleuses enceintes de 1992). Il serait regrettable que la présence marginale de l'Italie dans les discussions communautaires concernant la santé au travail finisse par remettre en cause la réglementation italienne elle-même. A cet égard, le débat dépasse largement la qualité de la transposition de la directive sur les agents cancérogènes. En effet, l'approche adoptée par le Décret législatif 626 ne fait que reprendre, dans ce domaine spécifique, l'approche générale d'une réglementation italienne qui remonte au Décret du président de la République n° 303 du 19 mars 1956 ⁹ et qui semble bien être la seule approche compatible avec la Constitution italienne suivant laquelle une des limites à la liberté de l'initiative économique est le respect de la sécurité, de la liberté et de la dignité des travailleurs.

Les quelques éléments d'information que nous avons pu recueillir ne nous permettent pas de savoir si l'inertie du gouvernement italien est due à l'inefficacité bureaucratique ou à l'indifférence à l'égard des problèmes de santé au travail. Le contexte politique national a pu jouer un certain rôle. La participation de l'Italie à la monnaie unique est parfois présentée comme « une entrée en Europe » dont l'exaltation publicitaire se substitue à tout débat sur le sens de la construction européenne. Quelles que soient les motivations, la méthode suivie est désastreuse dans la mesure où elle ne permet à la

⁹ Les articles 20 et 21 du DPR 303 formulent en des termes inconditionnels l'obligation de l'employeur de réduire au niveau le plus bas techniquement possible l'exposition à des gaz, des vapeurs ou des poussières. Une abondante jurisprudence a établi que le seul respect de valeurs limites d'exposition ne suffisait pas à remplir cette exigence.

Cour de Justice de se prononcer que sur la base d'informations fragmentaires et d'analyses souvent contestables avancées par l'IP et le Tribunal de Gênes.

D'après des sources convergentes, le Ministère italien des affaires étrangères aurait, conformément à une pratique établie, alerté en temps utile les différents ministères intéressés (notamment les Ministères du Travail, de la Santé et de l'Environnement) de manière à leur permettre de préparer un dossier défendant la réglementation italienne. Un certain mystère règne sur la suite des événements, mais le résultat final est clair : la Cour de Justice n'a pas reçu le moindre document de l'Etat italien et ce dernier n'était pas représenté à l'audience.

Quant à la Commission, les informations dont nous disposons semblent indiquer qu'elle se soit limitée à intervenir sur des questions techniques au cours de l'audience sans relever l'importance de principe de cette affaire à l'égard de l'article 118A. Au-delà de ce cas particulier, il nous paraît révélateur que l'ensemble de la jurisprudence concernant l'article 118A que la Cour de Justice est en train d'élaborer est liée à des procédures qui n'ont pas été déclenchées par la Commission. La Cour de Justice, dans ce domaine, n'a été saisie que de questions préjudicielles et d'un recours en annulation intenté par le Royaume-Uni. Le rôle crucial de la Commission en ce qui concerne la transposition des directives n'apparaît nullement. Aucun recours en manquement n'a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Justice dans le domaine de la santé au travail sauf dans quelques cas évidents de non communication des mesures nationales de transposition. Et pourtant, la plupart des directives devaient être transposées depuis *cinq* ans et nul n'ignore l'existence de nombreux problèmes en ce qui concerne la conformité des transpositions nationales à l'égard des exigences minimales du droit communautaire. L'inertie de la Commission a une double conséquence. D'une part, l'on constate que la voie de recours la plus efficace pour faire respecter ces exigences minimales n'a jamais été utilisée. D'autre part, la Cour de Justice n'a pas pu élaborer une jurisprudence systématique concernant le milieu de travail et la Commission elle-même ne semble pas toujours disposer d'une vision très claire de ce qu'impliquent les directives adoptées et de ce que signifient les législations nationales qui les transposent. Certes, un contrôle des transpositions de la directive sur les agents cancérigènes n'aurait sans doute pas abordé l'ensemble des questions soulevées par le Tribunal de Gênes, mais l'expérience acquise dans ce domaine, et, le cas échéant, la jurisprudence élaborée à l'occasion de recours en manquement auraient sans doute aidé la Cour de justice à trouver des réponses utiles aux questions posées.

Contact au BTS: Laurent Vogel, lvogel@etuc.org.

Les valeurs limite d'exposition: un instrument pour la prévention ou une autorisation de tuer ?

L'action de la société Italiana Petroli se situe dans le contexte d'une campagne des industries pétrochimiques destinée à minimiser les investissements indispensables pour que leurs activités soient compatibles avec les exigences de santé des travailleurs de ce secteur et de la société en général. D'une part, les industries pétrochimiques entendent fixer les valeurs limites d'exposition du benzène à des niveaux relativement élevés, considérés comme raisonnables du point de vue de la réalisation des profits mais nettement insuffisants à assurer la santé. D'autre part, elles entendent limiter leurs

obligations en matière de prévention au respect de ces valeurs limites. A cette fin, une triple stratégie est mise en œuvre. Au plan scientifique, elle consiste à promouvoir des recherches destinées à entretenir un doute permanent quant aux données épidémiologiques disponibles. Cette activité n'a de sens que dans la mesure où elle est liée à une pression politique consistant à rejeter le principe de précaution au nom du coût inévitable de la croissance économique et à une stratégie judiciaire dont l'exemple vient des Etats-Unis d'Amérique où l'industrie pétrolière a mené une véritable guérilla judiciaire à partir de 1977 contre la volonté de l'OSHA (L'autorité fédérale chargée de la santé au travail) de ramener la valeur limite d'exposition concernant le benzène de 10 ppm à 1 ppm. Dans un premier temps, cette stratégie a été couronnée de succès avec l'arrêt de la Cour suprême du 2 juillet 1980¹⁰ confirmant l'annulation de la décision de l'OSHA par une Cour d'Appel. L'OSHA fut contrainte à se lancer dans des procédures longues et complexes avant de pouvoir finalement adopter la valeur limite d'exposition de 1 ppm en 1987.

Il est du reste significatif que l'ambitieux programme communautaire d'harmonisation de valeurs limites obligatoires, entrepris sur la base de la directive-cadre 80/1107 de 1980, a précisément été abandonné à la suite de l'impossibilité d'adopter une directive sur le benzène. La discussion de cette directive prit plus de quatre ans, entre 1983 et 1988. A l'époque, la Commission et la majorité des Etats membres avaient cédé aux pressions patronales et avaient proposé une valeur limite d'exposition de 5 ppm. Cette position fut rejetée précisément par l'Italie qui remettait en cause l'incohérence de la politique communautaire concernant la prévention des cancers et sa subordination aux exigences de compétitivité défendues par le patronat. Finalement, en octobre 1988, le Parlement européen rejeta la position commune du Conseil à la suite du refus de la Commission d'intégrer ses amendements. Cette crise politique entraîna l'abandon définitif de la proposition de directive sur le benzène ainsi que l'abandon d'une proposition de directive sur les agents cancérigènes qui était basée sur la directive-cadre de 1980. A partir de 1988, les valeurs limites définies au niveau communautaire devinrent de simples valeurs indicatives.

L'enjeu à terme est correctement saisi par l'Avocat général Mischo lorsqu'il se réfère à la directive 97/42/CE du 27 juin 1997 modifiant la directive 90/394/CEE sur les agents cancérigènes. Pour la première fois, cette directive formule une valeur limite d'exposition concernant le benzène. L'avocat général se demande si l'ajout d'un paragraphe indiquant, à l'article 5.4 de la directive de 1990, que l'exposition ne doit pas dépasser la valeur limite d'un agent cancérigène indiquée à l'annexe n°1 *"constitue désormais le seul critère auquel les employeurs doivent se référer"*. Il précise: *"Autrement dit, la critique essentielle de Italiana petroli, selon laquelle les employeurs seraient soumis à une obligation vague et indéterminée, à savoir celle d'assurer que le niveau d'exposition des travailleurs est réduit à un niveau aussi bas qu'il est techniquement possible" ne vaudra-t-elle plus une fois que la République italienne aura transposé la modification de la directive ?*". Il répond: *"Malheureusement, la situation reste ambiguë"* et constate la coexistence de deux obligations: celle de respecter la valeur limite et celle de réduire l'exposition dans la mesure où c'est techniquement possible.

¹⁰ U.S. Supreme Court, *Industrial Union Dept v. American Petrol. Inst.*, 448 U.S. 607.

Il est important de rappeler les objections de principe à la volonté des employeurs de considérer que leur obligation en matière de prévention contre les agents cancérogènes pourrait être remplie par le seul respect de valeurs limite d'exposition.

De façon générale, en ce qui concerne les substances génotoxiques, les suppositions classiques de l'hygiène industrielle concernant le caractère réversible des effets et la possibilité de fixer un seuil en-dessous duquel l'effet sur la santé que l'on cherche à éviter n'intervient pas ne sont pas confirmées par les données scientifiques. Il ne semble guère possible de pouvoir définir avec certitude une zone de risque zéro correspondant à un certain niveau d'exposition pour les substances qui peuvent s'attaquer au matériel héréditaire de la cellule. C'est ainsi que le document élaboré en 1993 par la Commission¹¹ procède à une estimation du risque additionnel de leucémie par 1.000 travailleurs en ce qui concerne l'exposition au benzène :

Benzène (conc. en ppm)	Exposition en ppm/an	Portée du risque additionnel de leucémie par 1000 travailleurs
0.1	4	0.05-0.7
0.5	20	0.25-3.3
1.0	40	0.5-6.6
3.0	120	2.0-19.8

La valeur limite d'exposition pour le benzène de la directive de 1997 est fixée à 3ppm pour une période transitoire qui va de juin 2.000 (date de son entrée en vigueur) à juin 2.003. Elle sera ramenée ensuite à 1 ppm. La proposition initiale du groupe d'experts scientifiques auprès de la Commission européenne était de fixer une valeur limite de 0,5 ppm tout en observant qu'une telle valeur ne garantissait pas de façon complète la vie et la santé. L'on peut donc constater que l'intérêt de sauver des vies humaines est réel et qu'il justifie l'exigence des autorités publiques, qu'elles soient communautaires ou italiennes, d'imposer des contraintes à l'industrie même si celles-ci peuvent sembler provoquer une certaine insécurité juridique dans la mesure où elles combinent obligations de moyen - en évolution constante en fonction de la technique - et obligations de résultat formalisées par des valeurs limites. Telle nous semble être du reste la dynamique de l'ensemble du droit à la sécurité et, située hors de ce contexte, la fixation des valeurs limites d'exposition en ce qui concerne les agents cancérogènes s'apparenterait à une autorisation de tuer.

Documentation:

- la demande de décision préjudicielle a été publiée dans toutes les langues de la Communauté au Journal Officiel du 22 mars 1997, n° C94/4 (version résumée);
- les conclusions de l'avocat général du 28 avril 1998 peuvent être consultées sur le site Internet de la Cour de Justice (affaire C-2/97). L'adresse du site est <http://europa.eu.int/cj>.

¹¹ Commission of the European Communities, *Occupational exposure limits. Criteria document for benzene*, EUR 14491, Bruxelles-Luxembourg, 1993.