



## L'incompatibilité entre la directive-cadre et la clause du “raisonnablement praticable”

### Prologue : une “imprévisibilité” annoncée

M. Cook et M. Crimmins travaillaient pour l'entreprise HTM qui intervenait en sous-traitance dans des travaux sur la route A66. Le chantier était illuminé par des tours mobiles télescopiques dont la hauteur, à 9,1 mètres, dépassait celle de câbles transportant de l'électricité à haute tension, passant à 7,5 mètres de hauteur. Les deux ouvriers ont reçu la tâche de déplacer une des tours. À la suite d'un contact entre la tour et les câbles, ils sont morts, électrocutés. Le Health and Safety Executive (HSE) a considéré que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité. Cette affaire a été examinée en première instance, puis en appel<sup>1</sup>. Dans les deux cas, l'employeur a été acquitté. Sur la base du droit du Royaume-Uni, il a été établi que l'employeur avait fait ce qui était “raisonnablement praticable” et que sa responsabilité pénale ne pouvait pas être engagée. L'examen des circonstances de cette affaire, telles qu'elles sont relevées dans les jugements qui acquittent les employeurs permet de mesurer l'écart entre le droit du Royaume-Uni et les règles minimales formulées par la directive-cadre. Il apparaît que l'employeur n'était pas obligé d'organiser son chantier en évitant un risque évident d'électrocution. Le coût d'une solution préventive n'est même pas considéré comme un élément pertinent. Il suffit de constater que le fait d'avoir employé un travailleur formé et d'avoir placé une instruction au pied des tours télescopiques rendait le risque “imprévisible”.

L'arrêt a été adopté à l'unanimité par les trois juges de la Cour d'appel le 22 mai 2006, presque quinze ans après l'entrée en vigueur de la directive-cadre. Il n'envisage aucune mesure de prévention collective comme l'installation de tours télescopiques à une hauteur inférieure à celle des câbles à haute tension ou une disposition différente du chantier, ou encore une autre organisation des horaires de travail dans l'hypothèse où aucune solution technique satisfaisante ne permettait d'éliminer le risque d'électrocution. Dans les faits, l'appréciation discrétionnaire de l'obligation de sécurité basée sur la clause du “raisonnablement praticable” permet aux juges de ne pas considérer les risques intrinsèques créés par l'organisation du chantier. La conception même du chantier, dans le choix et les modalités concrètes d'installation des tours, impliquait un risque grave d'électrocution. Pour des raisons que les juges ne cherchent pas à analyser, les travailleurs ont suivi des modalités opératoires différentes de celles des instructions. Cet écart par rapport aux instructions

suffit à conclure que l'employeur a fait tout ce qui était “raisonnablement praticable” pour éviter l'accident parce qu'il ne pouvait pas prévoir le comportement personnel des travailleurs en question. Cette affaire illustre l'importance du litige soumis à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) sur la transposition de la directive-cadre au Royaume-Uni.

Cet article se divise en quatre parties. La première partie passe en revue les arguments centraux de la défense du Royaume-Uni qui sont, à notre avis, autant de moyens de diversion pour éviter un débat de fond sur les rapports entre le “raisonnablement praticable” et la directive-cadre. La deuxième partie tente de trouver un fil conducteur dans le labyrinthe des conclusions de l'avocat général. La troisième partie analyse la clause du “raisonnablement praticable”. Il y est question des conséquences qui privent les travailleurs britanniques d'une partie de l'apport du droit communautaire concernant la santé et la sécurité. La quatrième partie montre que le débat ne résulte pas d'un acharnement gratuit de la part de la Commission à vouloir imposer des solutions impraticables au Royaume-Uni. La jurisprudence de ce pays commence à percevoir les contradictions entre la directive-cadre et le droit national.

### Une défense byzantine et un mépris des faits

La défense du Royaume-Uni repose sur différents arguments<sup>2</sup>. Ils ont en commun de sacrifier les faits à des constructions spéculatives sur les définitions juridiques. Les arguments britanniques entretiennent l'ambiguïté en jouant sur des traditions terminologiques différentes. Ainsi, l'obligation de sécurité des employeurs est définie comme une “obligation absolue”, ce qui correspond à la terminologie du droit anglais. Mais, dans la pratique, cette obligation absolue fait l'objet d'une “qualification”. Ce qui pour un juriste continental la prive de son caractère absolu et la rend conditionnelle puisqu'elle la fait dépendre d'un calcul économique. On pourrait multiplier les exemples de questions terminologiques sur lesquelles la défense britannique s'efforce de créer une grande confusion.

L'objectif d'une directive communautaire n'est pas l'unification du langage du droit. Il est d'atteindre un certain nombre d'objectifs substantiels à travers une harmonisation de dispositions juridiques nationales qui restent caractérisées par de réelles différences. Le test réel ne se situe donc pas dans

<sup>1</sup> Regina v HTM (2006).

<sup>2</sup> Les sources disponibles actuellement sont les conclusions de l'avocat général et le rapport de l'audience orale.

### De l'usage des statistiques comme désinformation raisonnablement praticable

Un des arguments du Royaume-Uni en défense de la clause du “raisonnablement praticable” est que celle-ci s'intègre dans un système juridique qui assure une prévention plus efficace que dans les autres pays de l'UE. Pour appuyer cette allégation, le Royaume-Uni a présenté des statistiques.

L'utilisation de statistiques dans un débat politique revêt souvent un caractère démagogique. Plutôt que d'argumenter rationnellement en faveur d'une position, on présente une courbe, un camembert ou tableau qui sont censés trancher les débats parce que, c'est bien connu, la mathématique n'est pas une opinion et que pourrait-on objecter à des chiffres ? Dans un débat judiciaire, le recours à la statistique est heureusement plus rare. Néanmoins, l'avocat général de la Cour de justice européenne se réfère sans la moindre critique aux allégations britanniques (point 46 des conclusions).

Les statistiques présentées par le Royaume-Uni à la Cour de justice pour démontrer la supériorité de son système de prévention se limitent à l'évolution du nombre d'accidents mortels du travail et d'accidents ayant entraîné au moins trois jours d'absence dans les États de l'UE entre 1994 et 2000. Ces données sont recueillies par Eurostat auprès des organismes nationaux compétents. Elles indiquent que le taux d'accident par travailleurs a été plus bas au Royaume-Uni que dans la moyenne de l'UE de façon constante au cours des années examinées.

Ces statistiques ne concernent qu'une très petite fraction tant de mortalité au travail que des atteintes à la santé. À cet égard, l'estimation faite par l'Organisation internationale du travail est beaucoup plus sévère. La mortalité liée au travail au Royaume-Uni serait de l'ordre de 20 000 morts par an (Takala, 2005, p. 33). Ces chiffres ne permettent pas de considérer que le système de prévention britannique serait globalement plus performant que ceux des autres États de l'UE.

Au Royaume-Uni, différents auteurs considèrent que les données concernant la mortalité au travail sont biaisées par l'absence de prise en compte des causes principales de mortalité (Tombs, 1999). Quant aux données sur les accidents en général, elles sont très incertaines en raison de la sous-déclaration systématique. Le Health and Safety Executive a du reste publié en mai 2006 un rapport qui tranche avec l'optimisme officiel des quelques statistiques présentées à la Cour de justice (Hodgson *et al.*, 2006). Sans entrer dans les détails des résultats de cette enquête, il suffit de mentionner qu'elle aboutit à une estimation du nombre d'accidents du travail entraînant au moins trois jours d'incapacité trois fois supérieure à celle qui résulte du système de déclarations de ces accidents par les employeurs (respectivement 1300 accidents par 100 000 travailleurs contre 412 accidents par 100 000 travailleurs).

Le rapport entre les quelques données partielles présentées par le gouvernement britannique et l'application de la directive-cadre est des plus incertains. La directive-cadre ne se limite certainement pas à la prévention des accidents du travail. Elle vise à mettre en place une prévention planifiée et systématique qui implique notamment la couverture de tous les travailleurs par des services de prévention et des représentants pour la sécurité. À cet égard, la situation au Royaume-Uni est loin d'être la plus favorable en Europe. Par ailleurs, un système de prévention est un ensemble complexe de dispositifs juridiques, administratifs, d'acteurs et d'institutions. Il serait malhonnête d'attribuer à la clause du “raisonnablement praticable” une responsabilité déterminante dans un tel système. Ni en bien, comme le fait le gouvernement britannique, ni en mal. Le litige que doit trancher la Cour de justice n'est pas un concours d'excellence entre les différents systèmes de prévention. Il porte sur le respect de la légalité communautaire concernant un point particulier de la directive-cadre.

la correspondance entre les terminologies utilisées. Dans la mesure où la clause du “raisonnablement praticable” donne aux juges la responsabilité de délimiter le contenu de l'obligation de sécurité des employeurs, c'est l'examen de la jurisprudence qui permet de vérifier si les objectifs de la directive-cadre ont été atteints. Il suffit de constater que, dans un certain nombre de cas, la jurisprudence émanant des plus hautes juridictions s'est écartée significativement des critères de la directive-cadre pour vérifier que la clause du “raisonnablement praticable” introduit une insécurité juridique. Celle-ci constitue un manquement indépendamment des discussions sur la terminologie.

#### Débat sur la nature de l'obligation de sécurité

La défense du gouvernement britannique considère que la directive-cadre ne peut pas imposer une obligation de résultat de caractère absolu car cela ne serait pas réaliste. Cet argument soulève un débat réel. Il n'est cependant pas déterminant pour résoudre le litige.

Le débat de fond porte sur le rôle de la norme juridique<sup>3</sup>. Doit-elle se limiter à un instrument de gestion, régulant de manière réaliste les rapports sociaux en place ? Peut-elle reposer sur des valeurs qui tendent à une modification de ces rapports, qui en dirigent l'évolution vers des objectifs idéaux ?

<sup>3</sup> Supiot (2006) analyse le cadre général de ce débat.



Il y a de toute évidence différentes positions possibles. À un pôle, le droit ne devrait pas distinguer d'autres techniques de gestion. Il pourrait refléter de manière instrumentale des règles économiques et techniques. À l'autre pôle, le droit peut être le vecteur d'un projet de réforme de la société en fonction d'idéaux soutenus par les organes chargés de le définir et de l'appliquer. Le droit du travail constitue historiquement un compromis entre différentes options. Depuis sa création au cours de la révolution industrielle, il a été à la fois un instrument de gestion et d'encadrement des rapports de travail et un outil pour leur transformation. Suivant les époques et les pays, suivant les thèmes abordés, l'accent a pu se déplacer vers l'un ou l'autre aspect. Par exemple, rien ne prouve que la règle d'égalité des salaires entre les hommes et les femmes soit la plus favorable à la compétitivité des entreprises. Le débat reste ouvert sur ces questions. Par contre, il est clair qu'une telle règle formule une exigence politique de transformation.

Dans le domaine de la santé et de la sécurité, le même débat a toujours existé. Les règles doivent-elles être formulées en fonction de ce qui est compatible avec la reproduction des rapports sociaux existants ou peuvent-elles, au contraire, formuler des exigences nouvelles, de nature extra-économique qui exerceront un rôle contraignant, imposant de nouvelles modalités de régulation et de gestion aux entreprises ?

Ce débat n'est pas déterminant pour trancher la question des rapports entre la directive-cadre et la clause du "raisonnablement praticable". Le texte de l'article 5.1 de la directive-cadre est clair : les employeurs doivent garantir la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects du travail. L'article 5.4 permet aux États qui le désirent de limiter la responsabilité des employeurs à des cas de force majeure. Elle fournit une définition précise de ces cas.

On peut discuter longuement sur les caractéristiques de l'obligation définie à l'article 5.1. S'agit-il d'une obligation de résultat de caractère absolu ? Imposent-elle aux entreprises de s'organiser de manière à atteindre une situation idéale de "risque zéro" ? Se limite-t-elle à considérer qu'en cas d'atteinte à la santé, l'obligation de sécurité de l'employeur n'aura pas été respectée et que cette situation engagera dès lors sa responsabilité (sous réserve des dispositions relatives à la force majeure à l'article 5.4) ? Quelles que soient les qualifications adoptées, en toute hypothèse, la question essentielle se trouve ailleurs. Il s'agit de vérifier si la clause du "raisonnablement praticable", telle qu'elle est appliquée par le Royaume-Uni, permet d'atteindre les objectifs de la directive. Force est de constater que cette clause n'impose pas à l'employeur de faire tout ce qui est possible pour garantir la sécurité et la santé au travail. Entre ce qui est matériellement possible et ce qui est juridiquement exigible, elle insère une

condition qui prend la forme d'un calcul coûts-bénéfices. Comme l'indique de façon succincte Diana Kloss (2003, p. 180), pour définir ce qu'on peut raisonnablement attendre d'un employeur, "la norme ne correspond qu'à la moyenne, pas aux pionniers". Ainsi, dans l'arrêt *Latimer*<sup>4</sup>, l'employeur n'était pas obligé d'éviter que ses travailleurs ne se rendent dans des locaux dont le sol était devenu glissant après avoir été recouvert par de l'huile. Dans ce cas, le calcul coûts-bénéfices permet de considérer qu'une simple fracture due à une chute ne "pèse pas assez lourd" par rapport à la perte économique qu'aurait constitué l'arrêt des opérations en attendant l'élimination du risque. L'arrêt précise : tel n'aurait pas été le cas si au lieu d'un risque de chute entraînant une facture, il y avait eu un risque d'incendie.

### Séparation artificielle entre obligation et responsabilité

Selon le gouvernement du Royaume-Uni, la directive-cadre se limite à définir les obligations de sécurité des employeurs et ne concerne pas la question de la responsabilité civile ou pénale de ceux-ci. Il est hors de doute que l'objectif de la directive-cadre n'est pas d'harmoniser les différents régimes nationaux concernant la responsabilité civile et la responsabilité pénale des employeurs dans le domaine de la santé au travail. L'alternative ne se réduit cependant pas à un choix entre une harmonisation totale et le "silence" qu'invoque le gouvernement britannique (cité au point 41 des conclusions de l'avocat général).

La directive-cadre affecte les règles nationales de responsabilité des employeurs de trois manières :

1. Elle traite explicitement de cette question à l'article 5.4 qui concerne la "responsabilité" et pas simplement les obligations de sécurité. Cet article prévoit que les États membres ne peuvent limiter la responsabilité des employeurs que dans une hypothèse qui correspond à la force majeure. On comprend mal comment le gouvernement britannique peut concilier cet article avec sa thèse du "silence" du législateur communautaire ;
2. Elle définit de façon précise les obligations de sécurité des employeurs. Une obligation générale est formulée par l'article 5. Des obligations plus détaillées sont indiquées à l'article 6. D'autres dispositions concernent également les obligations de l'employeur. Pour que les objectifs de ces dispositions soient atteints, il est inévitable que les États membres définissent la responsabilité des employeurs dans des termes qui n'entrent pas en contradiction avec les obligations formulées. Cela n'implique pas une harmonisation totale puisque les mécanismes précis peuvent différer d'un pays à l'autre. Par exemple, dans certains pays, il est possible de poursuivre pénalement une entreprise en tant que personne morale. Dans d'autres pays, les poursuites pénales ne peuvent viser que des personnes physiques. La directive-cadre n'impose pas de solution précise à ces problèmes pour

<sup>4</sup> *Latimer v AEC Ltd* (1953).

autant que les objectifs puissent être atteints en fonction des règles propres à chaque système juridique. Nous verrons plus loin que la clause du “raisonnablement praticable” a non seulement pour effet de limiter l’obligation de sécurité telle qu’elle est formulée à l’article 5.1 de la directive-cadre. Elle affecte également de façon significative la hiérarchie des mesures de prévention définie à l’article 6 ;

3. La jurisprudence communautaire indique clairement que le choix des moyens laissé aux États membres lors de la transposition d’une directive ne constitue pas une discrétion totale. Elle considère indispensable la définition de sanctions efficaces, dissuasives et proportionnelles. Seuls les régimes de responsabilité (tant civile que pénale) permettent de définir de telles sanctions.

La défense britannique laisse entendre que la base juridique de la directive ne lui permettrait pas d’harmoniser les régimes de responsabilité. L’avocat général semble partager ce point de vue (point 93 des conclusions). Il n’argumente rien de précis sur ce point et se limite à exprimer un doute sous une forme négative, “il n’est pas évident si (...)”. De la part du Royaume-Uni, cet argument n’est pas vraiment neuf. Il vise à restreindre le champ d’application de l’article 118A. Dans l’arrêt portant sur le recours en annulation du Royaume-Uni contre la directive sur le temps de travail, la CJCE avait déjà clairement repoussé une interprétation restrictive de l’article 118A. Elle avait indiqué “dès lors que la mesure en cause a pour objet principal la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, le recours à l’article 118A s’impose, nonobstant les incidences accessoires qu’une telle mesure peut avoir sur l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur<sup>5</sup>” (point 22 de l’arrêt). Le même raisonnement devrait s’appliquer aux incidences accessoires que la directive-cadre peut avoir sur la responsabilité civile et pénale. Dans le domaine de l’environnement, la CJCE a considéré que le législateur communautaire pouvait “prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu’il estime nécessaires pour garantir la pleine efficacité des normes qu’il édicte en matière de protection de l’environnement<sup>6</sup>” (point 48 de l’arrêt). La directive-cadre ne va pas aussi loin : elle se limite à tirer des conséquences minimales de l’obligation de sécurité dans le domaine de la responsabilité, sans pour autant harmoniser les dispositions nationales.

#### Présentation inexacte des remèdes

La défense du gouvernement britannique prétend que les remèdes offerts par le droit du Royaume-Uni sont largement suffisants pour que les objectifs de la directive-cadre soient atteints. Elle passe en revue le système d’indemnisation par la sécurité sociale, le régime de la responsabilité civile et celui de la responsabilité pénale. Elle insiste sur le fait que la loi sur la santé et la sécurité au travail de 1974<sup>7</sup> édicte des sanctions pénales en cas de violation de ses

dispositions par un employeur. Cette responsabilité pénale est considérée comme “automatique” par la défense britannique (point 47 des conclusions).

Le système d’indemnisation des accidents du travail et d’un petit nombre de maladies liées au travail n’a pas de rapports directs avec la directive-cadre. On pourrait admettre qu’une transposition correcte de la directive se fasse en l’absence de tout système d’indemnisation dans le cadre d’un régime de sécurité sociale ou d’assurances<sup>8</sup>. Le système d’indemnisation ne garantit pas le respect des obligations de prévention. Il accorde une compensation financière limitée à certaines victimes d’un défaut de prévention. On ajoutera, mais cet argument est secondaire, que le système britannique est un des plus restrictifs de l’Union européenne en ce qui concerne les maladies reconnues. Il est très nettement discriminatoire : moins de 10 % des victimes indemnisées de maladies liées au travail sont des femmes alors que les données disponibles montrent qu’il n’y a pas de différence significative entre la proportion d’hommes et de femmes affectées par une pathologie liée au travail (Vogel, 2003). En aucun cas, tant sur le plan des principes juridiques que de la pratique, le système d’indemnisation ne peut être considéré comme faisant partie des dispositifs qui rendent efficaces les obligations définies par la directive-cadre. Du reste, le Royaume-Uni est un des rares pays d’Europe où la mise en place d’un système d’indemnisation dans le cadre de la sécurité sociale n’a rien modifié aux règles concernant la responsabilité civile des employeurs (Parsons, 2002). Il a été reconnu dès le début que la sécurité sociale n’indemniserait qu’une partie réduite des atteintes à la santé et qu’il était indispensable de maintenir la possibilité d’une indemnisation dans le cadre du droit commun sur la base de la responsabilité civile.

Il faut préciser ce qu’on entend par le caractère “automatique” de la responsabilité pénale. Sur le plan des principes juridiques, elle est limitée par la clause du “raisonnablement praticable” qui permet précisément de se soustraire à toute sanction pénale dans un certain nombre de cas. Sur le plan pratique, les violations des obligations de prévention qui débouchent sur des poursuites pénales ne constituent qu’une fraction infime de l’ensemble des violations constatées par les autorités chargées de l’application de la loi. Diana Kloss (1998, p. 121) relève : “La recherche a démontré qu’approximativement 1 % des investigations menées par l’inspection du travail débouchent sur des poursuites et que, comme on pouvait s’y attendre, ces poursuites résultent plus souvent d’une enquête faisant suite à un accident que d’une visite de routine de l’inspection du travail.”<sup>9</sup> Le HSE est du reste très clair sur ce point : lorsque des inspecteurs du travail constatent une infraction, ils ne prennent l’initiative de signaler ces violations au pouvoir judiciaire que dans des cas extrêmes. Les critères qui guident l’action discrétionnaire des inspecteurs ont été définis (HSC, 2002). Ils démontrent qu’il n’y a aucune automaticité dans les

<sup>5</sup> Arrêt du 12 novembre 1996, Royaume-Uni v Conseil.

<sup>6</sup> Arrêt du 13 septembre 2005, Commission v Conseil.

<sup>7</sup> *Health and Safety at Work Act 1974* (dans la suite du texte, HASAWA 1974).

<sup>8</sup> Les Pays-Bas ne disposent pas d’un régime spécifique d’indemnisation sans faute des accidents du travail et des maladies professionnelles, à l’exception d’un fonds spécial pour les victimes de l’amiante. Il n’y a là aucune contradiction avec les exigences de la directive-cadre.

<sup>9</sup> L’étude systématique de Hawkins (2003) confirme cette évaluation.



poursuites. Cette discrétion n'entre pas nécessairement en contradiction avec la directive-cadre pour autant que d'autres sanctions proportionnelles, dissuasives et efficaces existent.

Il reste donc à examiner si les règles concernant la responsabilité civile complètent de façon suffisante le dispositif pénal. La réponse est négative. La clause du "raisonnablement praticable" empêche des travailleurs d'obtenir des dommages et intérêts dès lors que l'employeur apporte la preuve du coût excessif des mesures de prévention par rapport aux bénéfices attendus. Par ailleurs, elle définit les risques imprévisibles sur la base de critères qui vont nettement au-delà de la force majeure. Une incertitude scientifique<sup>10</sup>, le respect d'une pratique confirmée dans une industrie<sup>11</sup> sont des éléments qui peuvent être invoqués pour réduire ou supprimer la responsabilité civile des employeurs. Dans de nombreux cas, la responsabilité de l'employeur est limitée par des facteurs liés au comportement du travailleur comme une erreur ou une inattention, l'absence d'initiative pour informer un employeur de son état de santé<sup>12</sup>, l'absence d'initiative pour modifier ses propres conditions de travail<sup>13</sup>, l'acceptation qu'un certain type de travail entraînerait inévitablement un certain niveau de risque<sup>14</sup>. Chacun de ces critères est clairement en contradiction avec la directive-cadre.

Les statistiques reflètent l'insuffisance des dispositifs juridiques. Elles contredisent l'affirmation du gouvernement britannique sur l'efficacité des régimes d'indemnisation des atteintes à la santé. D'après un rapport présenté par la Confédération des syndicats britanniques (TUC) en juillet 2005, chaque année plus de 850 000 personnes ont des accidents ou tombent malades en raison de leur travail<sup>15</sup>. Plus de 25 000 personnes abandonnent le travail à la suite d'un accident ou d'une maladie liée au travail. Environ 60 000 personnes par an sont indemnisées par leur employeur d'après les données de l'Association des assurances britanniques. En outre, 20 000 personnes obtiennent des indemnités dans le cadre du système d'indemnisation sans faute de la sécurité sociale. Cela signifie que 9 travailleurs sur 10 accidentés ou malades en raison de leur travail n'obtiennent aucune indemnisation (TUC, 2005, p. 2).

### Confusion entre la force majeure et le "raisonnablement praticable"

Le gouvernement britannique considère que, de toute façon, la clause du "raisonnablement praticable" reflète de façon adéquate les exigences de l'article 5.4 concernant la force majeure. Il faut bien constater que la défense britannique sur ce terrain manque singulièrement de munitions, ce qui explique son caractère lacunaire. La défense britannique se limite à affirmer cette correspondance mais ne fournit pas le moindre élément qui permet de l'établir. Consciente de cette faiblesse, elle présente cet argument comme un argument alternatif

à n'utiliser qu'à défaut, dans l'hypothèse où les moyens tirés du régime de la responsabilité civile et pénale n'auraient pas été acceptés. En réalité, c'est le seul argument pertinent qui permettrait de considérer que ce régime est conforme à la directive-cadre. Autrement dit, ce n'est que dans l'hypothèse où la clause du "raisonnablement praticable" correspondrait aux exigences communautaires formulées à l'article 5.4 que l'on pourrait considérer que, sur le plan des principes juridiques, le Royaume-Uni dispose de sanctions effectives permettant d'atteindre les objectifs de la directive-cadre<sup>16</sup>. Loin d'être un simple moyen de défense accessoire et alternatif, il s'agit du critère central du débat sur la responsabilité. La conception très élastique du "risque imprévisible" en vigueur au Royaume-Uni dépasse très largement les limites établies par l'article 5.4. L'arrêt HTM confirme qu'un employeur peut invoquer une erreur de comportement d'un travailleur formé et informé comme un élément qui suffirait à déterminer l'imprévisibilité d'un risque.

### Le labyrinthe des conclusions de l'avocat général

Les conclusions de l'avocat général, M. Mengozzi,<sup>17</sup> vont globalement dans le sens de la défense du Royaume-Uni. Elles s'apparentent à une certaine tradition du roman policier, sans malheureusement s'inspirer de la clarté du style d'Agatha Christie. Avant de braquer le projecteur sur l'assassin, de nombreux auteurs multiplient les épisodes qui ont pour seule fonction de promener le lecteur d'une fausse piste à l'autre. Arrivé au dénouement final, le lecteur, épuisé, accepte comme une bénédiction de recevoir la clé de l'énigme et il lui arrive d'en oublier les faiblesses de la construction romanesque.

### L'art de rendre compliqué ce qui est simple

L'on peut avoir des appréciations divergentes sur la clause du "raisonnablement praticable" et sur les dispositions de la directive-cadre. Force est de constater que la clause du "raisonnablement praticable" pose des difficultés d'analyse, qu'elle ne formule pas explicitement les critères qui doivent être retenus. Sur ce point, la doctrine juridique au Royaume-Uni est unanime. Partisans comme adversaires de cette clause la considèrent comme un ensemble complexe dont l'interprétation demande des efforts importants. Les uns s'en réjouissent car ils y voient un facteur de flexibilité et d'adaptation. Les autres déplorent l'insécurité juridique qui serait liée à une trop grande discrétion des juges (voir encadré p. 22).

Le texte de la directive-cadre et plus particulièrement des articles qui sont débattus dans le cadre de ce litige est, par contre, extrêmement explicite. On peut ne pas être d'accord avec les formulations retenues par le législateur communautaire, il faut reconnaître qu'elles ne comportent pas de grandes difficultés d'interprétation.

<sup>10</sup> *Armstrong v British Coal Corporation* (1996).

<sup>11</sup> *Thompson v Smiths Shiprepairers* (1984).

<sup>12</sup> *Barber v Somerset County Council* (2004).

<sup>13</sup> *Pickford v ICI* (1998).

<sup>14</sup> *Petch v Customs and Excise Commissioners* (1992).

<sup>15</sup> Ces données reposent sur les statistiques officielles de la Health and Safety Commission.

<sup>16</sup> C'est du reste le cas du droit irlandais où la clause du "raisonnablement praticable" a été maintenue mais a été définie dans la législation de manière à correspondre aux exigences de l'article 5.4.

<sup>17</sup> Conclusions présentées le 18 janvier 2007. Elles peuvent être consultées sur le site internet de la Cour : <http://curia.europa.eu>

### “Chacun croit savoir à quoi ressemble une licorne”

D’après l’avocate Helen Walker, “la tâche indéfinissable d’assurer la santé et la sécurité dans la mesure où c’est raisonnablement praticable, c’est quelque chose comme essayer de décrire une licorne. Chacun croit savoir à quoi ressemble une licorne et vous pouvez faire ce que voulez pour en créer une mais qui donc peut prétendre y être parvenu ?” (Walker, 1999, p. 40). Les propos de cette avocate reflètent la perplexité des milieux patronaux face aux variations de la jurisprudence. Dans une autre perspective, celle de la défense de la santé des travailleurs, le juriste Phil James écrit : “Le test du ‘raisonnablement praticable’ (...) est lui-même comme un animal en mouvement en raison du calcul coût-bénéfice qu’il implique” (James, 1992, p. 86).

Au Royaume-Uni, le rôle joué par la clause du “raisonnablement praticable” est perçu de manière très variable. La séparation entre partisans et adversaires de cette clause ne recoupe pas une ligne de partage entre partisans d’un rôle plus actif des autorités publiques dans la prévention plus systématique et tenants de la dérégulation.

#### Des perceptions variables

Globalement, de nombreux acteurs de la prévention sont plutôt favorables à cette clause. Trois raisons sont souvent invoquées. Elle est souple et permet de s’adapter aux circonstances. Elle correspond à des particularités propres aux pays de *common law* qui, si cette clause devait être abrogée, priverait les juges de toute possibilité d’appréciation discrétionnaire. Le troisième argument est plus défensif : étant donné le contexte politique, son abrogation risque de déboucher sur une législation encore moins favorable aux travailleurs. Par contre, l’argument selon lequel la clause correspondrait au droit communautaire est un article d’exportation du gouvernement britannique. Rares sont les juristes ou les connaisseurs des systèmes de prévention qui y accordent un crédit quelconque.

Hugh Robertson, le responsable national du TUC pour les questions de santé et de sécurité au travail, considère qu’il ne faudrait pas se tromper de cible. Il nous a déclaré : “Pour le TUC et l’immense majorité des syndicats britanniques, le procès du ‘raisonnablement praticable’ n’aide pas à résoudre le problème principal : le manque de contrôle réel. Pour nous, le ‘raisonnablement praticable’ n’est pas un problème en soi. Nous considérons que ce principe a joué un rôle positif depuis l’adoption de la législation sur la santé au travail de 1974.”

Steven Kay, un des responsables de Prospect, le syndicat qui regroupe les inspecteurs du travail et qui est affilié au TUC, développe un point de vue convergent. “Nous trouvons que la dispute sur les mots ‘raisonnablement praticable’ est un peu une diversion. Le fait que l’obligation de sécurité des employeurs dans notre législation primaire est qualifiée par ces mots n’a jamais, dans notre expérience, limité notre capacité d’intervenir contre un employeur. Ce constat s’applique aussi aux textes qui transposent les directives européennes où ces mots sont repris. Cela s’applique aux sanctions formelles comme l’arrêt du travail, la mise en demeure ou les poursuites pénales. Nous trouvons que la formulation de la loi constitue une norme suffisamment robuste. L’obstacle réel pour le contrôle en Angleterre, au Pays de Galles et en Ecosse (je ne peux pas parler de l’Irlande du Nord qui a un régime différent), c’est le manque de moyens. Sans arrêt, on nous réduit le budget. Nulle part, on ne s’approche d’un nombre suffisant d’inspecteurs. Le recrutement est bloqué et il n’y a pas d’espoir de progrès. De très graves accidents restent impunis et il est rare

que l’on fasse la moindre enquête sur une maladie professionnelle. Quand on parvient à envoyer une entreprise devant un tribunal, le niveau des amendes est très bas : l’amende moyenne se situe autour de 7000 livres (10 300 euros, ndlr). De nombreux délits ne permettent qu’une amende maximale de 5000 livres (7300 euros, ndlr) dans les juridictions inférieures. C’est le cas des violations qui concernent les règles transposant la directive-cadre au Royaume Uni.”

Pour les organisations patronales, la clause du “raisonnablement praticable” est interprétée comme la garantie d’un système juridique qui fonctionne principalement sur la base d’une autorégulation de la santé au travail par les employeurs. Son abrogation aurait des conséquences apocalyptiques.

Pour les adversaires de cette clause, deux arguments sont généralement avancés. La clause introduit un facteur d’incertitude sur la portée exacte des obligations des employeurs. Ce premier argument peut refléter les préoccupations d’une partie des employeurs confrontés à la complexité de la jurisprudence. Il est également présenté par des syndicalistes, dans une perspective très différente. Ainsi, la fédération syndicale UNISON déclare dans une contribution écrite à une enquête de la Chambre des Communes en 2004 : “Le droit de recours au principe qu’un employeur ne doit agir que dans la mesure du ‘raisonnablement praticable’ devrait être abrogé car c’est incompatible avec les principes de la directive-cadre européenne. Cela sert également d’excuse à beaucoup d’employeurs afin de ne rien entreprendre pour éliminer ou réduire les risques” (WPC, 2004, vol. III, p. 365).

Un autre argument est que la clause, telle qu’elle est appliquée, prive les travailleurs britanniques d’une partie des dispositions des directives communautaires. C’est ce qui explique le rôle actif joué par la Confédération écossaise des syndicats (STUC – la branche écossaise du TUC) dans la préparation du recours en manquement de la Commission. Le STUC a écrit à plusieurs reprises à la Commission pour lui signaler des cas pratiques où l’application intégrale du droit communautaire était paralysée par cette clause.

#### Un double niveau d’autorégulation

Au-delà des divergences d’appréciation, on peut observer que cette clause était relativement peu débattue avant l’entrée en vigueur des directives communautaires. Elle correspond dans une large mesure à l’orientation générale définie par le rapport Robens (1972) qui a inspiré la législation britannique adoptée au début des années 1970. Suivant ce rapport, la santé et la sécurité ne s’inscrivent pas dans un conflit objectif d’intérêts entre employeurs, qui cherchent à maximiser les profits, et travailleurs, qui entendent défendre leur santé. Les atteintes à la santé seraient surtout causées par une apathie générale, partagée par de nombreux employeurs et de nombreux travailleurs. L’accent a été mis dès lors sur une autorégulation. L’inspection du travail et les sanctions pénales serviraient surtout de filet de sécurité pour les situations les plus graves. La clause a pour effet d’introduire un deuxième niveau d’autorégulation dans les dispositions législatives. Le premier niveau est constitué par le caractère relativement vague et général de nombreuses obligations qui permet à l’employeur de déterminer les mesures de prévention à adopter. Le deuxième niveau, offert par la clause, soumet la majorité des prescriptions légales au test de ce qui serait “raisonnable” sur la base de ses intérêts économiques pour un employeur abstrait et moyen.



Les conclusions de l’avocat général semblent basées sur le principe qu’il s’agit de rendre compliqué ce qui est exprimé simplement et qu’il est préférable de ne pas tenter d’analyser ce qui est compliqué. La faiblesse la plus évidente de ces conclusions est qu’elles n’analysent nulle part la portée exacte de la clause du “raisonnablement praticable”. Elles sont construites sur une cascade de négations pour tenter de montrer ce que ne serait pas la directive-cadre. À aucun moment elles ne définissent en des termes positifs quelle est la portée de l’obligation de sécurité de l’employeur qui y est formulée et dans quelle mesure celle-ci serait ou ne serait pas compatible avec la législation britannique.

Lorsqu’il aborde finalement la question centrale – la clause du “raisonnablement praticable” est-elle compatible avec l’obligation de sécurité de la directive-cadre? –, l’avocat-général semble épuisé par ses propres digressions. Il renonce à un examen attentif de l’affaire (points 138 à 140 des conclusions). Il se contente de dire que la Commission n’a pas présenté de preuves sur ce point mais que si la Cour retenait qu’il fallait l’examiner, il faudrait bien constater l’incompatibilité d’une clause qui fait intervenir un calcul économique avec la directive-cadre. Cette toute dernière réponse est la bonne, à notre avis, mais elle aurait mérité quelques développements.

### Des amputations successives

La méthode d’interprétation de l’avocat général pourrait se résumer à une technique d’amputations successives. Le point de départ semble être le suivant : le travail du législateur est basé sur l’usage systématique des restrictions mentales. Quand un texte définit une obligation en des termes clairs et inconditionnels, l’interprétation doit se méfier des apparences et retrouver toute l’obscurité et l’ambiguïté nichées dans ce texte. Il faut donc rechercher tout ce qui, dans la suite du texte, pourrait de manière indirecte suggérer que le législateur n’a pas voulu dire ce qu’il a dit. L’avocat général propose une lecture où chaque article de la directive-cadre, autre que l’article 5.1, est utilisé pour limiter la portée de l’obligation de sécurité de l’employeur.

L’article 5.1 définit l’obligation de sécurité en imposant aux employeurs de garantir que les conditions de travail ne portent pas atteinte à la santé et à la sécurité des travailleurs. L’avocat général parvient à réduire cette obligation par étapes successives. D’après lui, l’article 5.4 aurait pour effet de “clarifier la portée de l’obligation de sécurité” (point 96). En réalité, cet article se limite à permettre aux États membres qui le désirent d’exclure les cas de force majeure définis de façon précise. Cela signifie clairement que l’article 5.4 en tant que tel n’est pas de nature à affecter ni à “clarifier” la portée de l’obligation définie par le droit communautaire. Il se limite à accepter des restrictions dans les régimes nationaux de responsabilité civile et pénale.

L’argument tiré des développements historiques relève de l’amnésie. Il y a eu un vote au Conseil des ministres au cours duquel les positions défendues par le Royaume-Uni et l’Irlande ont été mises en minorité et écartées (DTI, 1993). Si le législateur communautaire avait voulu conserver la clause du “raisonnablement praticable” à laquelle il avait eu recours de manière régulière avant 1988, pourquoi aurait-il choisi une voie inutilement compliquée? Pourquoi a-t-il rejeté la proposition des gouvernements britannique et irlandais d’introduire, dans un article de la directive-cadre, une référence à la clause du “raisonnablement praticable” qui aurait autorisé les États membres dont le système juridique limite l’interprétation discrétionnaire de “dispositions juridiques absolues spécifiées par la législation”? La réponse se trouve dans la déclaration d’un des gouvernements du groupe majoritaire. La délégation belge tint à affirmer qu’il était inacceptable de tenir compte du critère coût-bénéfice<sup>18</sup>.

Après ces deux premières amputations, l’avocat général réduit l’obligation de sécurité à une obligation vague et difforme de “comportement positif” (point 102), à une obligation qui se borne à imposer un ensemble de “mesures” de prévention (point 103).

Si tel était le cas, il faudrait conclure que l’article 5.1 est parfaitement superflu. Il ne présenterait aucun intérêt par rapport aux règles plus détaillées d’autres dispositions de la directive-cadre. En réalité, l’obligation de sécurité de l’employeur découle du fait que celui-ci a la maîtrise de l’organisation du travail. Si un comportement positif et des mesures de prévention sont évidemment nécessaires, cela n’épuise pas son obligation de sécurité. Dès lors qu’un quelconque aspect du travail (et pas simplement des mesures de prévention qui seraient insuffisantes) porte atteinte à la santé ou à la sécurité, l’obligation de sécurité n’a pas été satisfaite.

L’avocat général procède ensuite à une nouvelle amputation à partir d’une lecture originale (et suggérée par la défense britannique) de la portée de l’article 6. L’article 6 ne se confond pas avec l’article 5, pas plus qu’il ne l’amoinde. L’article 6 porte sur les mesures à prendre alors que l’article 5.1 définit l’obligation de l’employeur à partir de résultats objectifs (“aucune atteinte à la santé et à la sécurité”). Les deux dispositions sont complémentaires mais bien distinctes. L’une concerne les moyens, l’autre porte sur les résultats. Cela dit, même sur la base plus étroite de l’article 6, le droit du Royaume-Uni reste incompatible avec la directive-cadre dans la mesure où il ne respecte pas intégralement la hiérarchie des mesures de prévention.

L’avocat général lit l’article 6 sans remarquer qu’il s’agit d’une construction hiérarchisée (points 110 et 111). Cette interprétation est du reste celle que suggérait la défense britannique et elle reflète assez fidèlement le droit en vigueur au Royaume-Uni<sup>19</sup>. La hiérarchie des

<sup>18</sup> On se référera au compte rendu de la réunion des 21 et 22 juin 1988 du groupe de travail Affaires sociales du Conseil des ministres (Document 7411/88, restreint, SOC 140).

<sup>19</sup> Il a fallu attendre 1999 pour que le Royaume-Uni transpose la hiérarchie des mesures de prévention dans un texte contraignant pour éviter que la procédure en manquement ne porte également sur ce point. Il s’agit d’une fiche discrètement placée en annexe à la réglementation. La jurisprudence tend à ignorer ces dispositions lorsqu’elle définit ce qui est raisonnablement praticable.

mesures de prévention y est relativisée par deux facteurs : l'analyse coûts-bénéfices et la notion de risque imprévisible telle qu'elle est élaborée par la jurisprudence. À l'opposé, le droit communautaire est structuré par une hiérarchie qui commence par l'obligation prioritaire d'éliminer les risques. L'avocat général tire comme conclusion de cette nouvelle amputation que l'obligation de sécurité “ne s'étend pas jusqu'à imposer à l'employeur la mise en place d'un environnement de travail dénué de tout risque” (point 110).

Quel contenu positif peut-on donner à cette négation ? Il reste en effet à concilier l'exigence de l'article 5.1 de “garantir la santé et la sécurité dans tous les aspects du travail” avec l'idée qu'il n'est pas nécessaire de créer pour autant “un environnement de travail dénué de tout risque”. La Commission a proposé une réponse : si un risque n'est pas éliminé et qu'il se réalise sous la forme d'une atteinte à la santé, l'employeur doit en assumer la responsabilité (sous réserve de la faculté des États membres de limiter cette responsabilité par des cas de force majeure). Un risque signifie une certaine probabilité qu'un danger d'atteinte à la santé et à la sécurité se réalise. Les obligations de moyen définies par la directive-cadre visent à éliminer les risques dans la mesure du possible. Si des risques subsistent en dépit des efforts réalisés par l'employeur, l'obligation de résultat définie par l'article 5.1 engage sa responsabilité. Une telle conception peut s'appuyer à la fois sur l'analyse juridique des rapports de travail et sur une analyse sociologique et économique.

L'avocat général fournit une réponse très différente au point 113. Il n'arrive qu'à la formuler en des termes négatifs : “Il ne sera imputable à l'employeur ni l'apparition des risques imprévisibles et/ou inévitables, ni les conséquences d'événements constituant la matérialisation de ces risques.” Cette interprétation est écrite dans un langage qui ressemble vaguement au texte de l'article 5.4 mais elle en est substantiellement différente. L'article 5.4 se limite à des circonstances étrangères à l'employeur qui sont anormales et imprévisibles, ou à des événements exceptionnels, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toute la diligence déployée.

Là où l'article 5.4 exige le cumul d'une série de conditions, l'avocat général étend très généreusement les exceptions dans quatre directions :

1. Les circonstances ne doivent pas être nécessairement étrangères à l'employeur ;
2. Il suffit qu'elles soient imprévisibles et/ou inévitables sans être nécessairement anormales ;
3. Toute matérialisation de ces risques ne sera pas imputable à l'employeur alors que dans l'article 5.4, une non imputabilité éventuelle dépend en tout cas de la preuve de la diligence déployée ;
4. “Il ne sera pas imputable à l'employeur” dirait la norme communautaire alors que la directive-cadre se limite à prévoir que les États membres peuvent ne pas imputer certains faits à l'employeur.

Évidemment, sur la base d'une conception aussi élastique de la force majeure, le droit du Royaume-Uni peut être considéré comme parfaitement conforme à la directive-cadre quoique l'avocat général ne soit pas clair sur cette question.

La discussion de ces principes juridiques peut paraître abstraite mais l'enjeu est très concret. Si une organisation déterminée du travail (par exemple, une charge excessive de travail, des horaires peu compatibles avec les besoins humains, des cadences trop rapides) implique des risques, une partie de ceux-ci peuvent être qualifiés d'imprévisibles et/ou d'inévitables. Dans la conception de la directive-cadre, l'incertitude qui peut porter sur des risques liés à l'organisation du travail ne suffit pas à soustraire ces risques à l'obligation de sécurité de l'employeur. Le critère décisif à cet égard n'est pas l'imprévisibilité éventuelle, c'est le simple fait que ces risques découlent d'aspects particuliers du travail et, dès lors, ils ne peuvent pas être considérés comme des circonstances étrangères à l'employeur. Ils constituent bien ce que l'article 5.1 désigne comme des “aspects du travail”. À l'inverse, les règles de responsabilité définies par les États membres peuvent parfaitement exclure des circonstances comme un tremblement de terre, un attentat ou un phénomène climatique de caractère exceptionnel du régime de la responsabilité civile ou pénale des employeurs.

#### Alice au pays des merveilles

Jusqu'au point 125, l'avocat général ne s'éloigne pas excessivement de la ligne de défense britannique dont il reprend approximativement l'argumentation. Il ne suffisait pas d'élaguer la directive-cadre à coups de hache. Encore fallait-il dire quelques mots du droit du Royaume-Uni. À partir du point 126, Agatha Christie cède la place à *Alice au pays des merveilles*. Comme l'écrit Angus Stewart (2007), “sans manquer de respect à l'égard du docte avocat général, un euro-juriste distingué, ses conclusions vous donne réellement l'impression qu'il n'y a rien de moins familier que votre propre pays décrit par un juriste continental qui tient son information du gouvernement de Sa Majesté”.

Le point 126 considère que sur le plan pénal, la clause du “raisonnablement praticable” pourrait déterminer une responsabilité moins large de l'employeur que ce qui est prévu par la directive-cadre. Sur ce terrain, l'avocat général semble rejeter l'argumentation britannique mais ses formulations ne sont pas très explicites. Après ce constat, il enchaîne “le droit britannique prévoit une forme de responsabilité civile de l'employeur dont l'étendue correspond en revanche pleinement au régime de responsabilité voulue par la directive-cadre”. L'utilisation du terme “en revanche” après une série de négations permet de penser que l'avocat général estime qu'en matière pénale, le droit du Royaume-Uni utilise des critères plus restrictifs que ceux de la directive-cadre, mais qu'en matière civile, ces critères correspondent à



ceux de la directive-cadre. Apparemment, il s'agit d'une argumentation qui s'inspire de la défense britannique mais qui s'y oppose symétriquement. Pour la défense britannique, c'est dans le domaine de la responsabilité civile qu'il y aurait une application plus restrictive, mais en matière pénale, les objectifs de la directive seraient atteints. Sur le plan des faits, la défense britannique est plus proche de la vérité tout en introduisant un élément de confusion. Le champ de la responsabilité civile, dans le cadre de la loi de 1974, est plus restreint que celui de la responsabilité pénale. Mais cette restriction n'a aucun rapport avec la clause du “raisonnablement praticable”. Elle résulte de l'article 47 qui exclut toute action civile en cas de violation de l'article 2 qui formule une obligation générale de sécurité. Le problème véritable n'est pas de savoir si c'est la responsabilité civile ou la responsabilité pénale qui permet d'atteindre les objectifs de la directive. Il faut bien constater que la clause du “raisonnablement praticable” limite toutes les formes de responsabilité et laisse sans aucune sanction des violations des dispositions de la directive.

L'appréciation de l'avocat général n'est justifiée nulle part dans les conclusions. Elle tombe littéralement du ciel. À aucun moment, l'avocat général n'analyse la clause du “raisonnablement praticable” ni en ce qui concerne la responsabilité civile ni en ce qui concerne la responsabilité pénale. Il suffit d'ouvrir le moindre ouvrage de droit pour constater que cette clause repose sur des critères identiques dans tous les domaines où elle est appliquée. La jurisprudence pénale utilise généralement les formulations de la jurisprudence civile pour définir ce qui est “raisonnablement praticable”<sup>20</sup>. L'existence de critères distincts n'apparaît nulle part. Au contraire, il y a un effort certain de cohérence pour que la clause du “raisonnablement praticable” soit appliquée de manière uniforme dans les procédures pénales et civiles, mais aussi dans le contrôle judiciaire des décisions administratives de l'inspection du travail. De surprise en surprise, le lecteur finit par découvrir que la clause du “raisonnablement praticable” est à la fois une et triple. La découverte de cette nouvelle Sainte-Trinité constitue un apport original de l'avocat général au droit du Royaume-Uni. Ainsi, aux points 136 à 140, l'avocat général aborde finalement l'influence de la clause du “raisonnablement praticable” sur la portée de l'obligation de sécurité et des mesures de prévention. Et, cette fois-ci, il relève à juste titre qu'elle introduit un “critère d'évaluation de l'adéquation de l'activité de prévention moins rigoureux que la simple possibilité technique”.

On peut comprendre qu'un juriste formé en Europe continentale ait émis l'hypothèse de trois significations différentes de la clause du “raisonnablement praticable” suivant les contextes. Mais il aurait été logique de vérifier cette hypothèse dans les textes. La référence la plus souvent citée est l'arrêt *Edward v NBC* de 1949. Il s'agit d'un arrêt qui porte

sur la responsabilité civile. Ce texte sert de base de façon identique aux arrêts concernant la responsabilité pénale pour des infractions aux législations spécifiques de santé et de sécurité. Dans l'arrêt *Gibson v British Insulated*, Lord Diplock précise que l'obligation légale de maintenir le lieu de travail en sécurité dans la mesure où c'est “raisonnablement praticable” ne fait en substance “que fournir une sanction pénale à ce qui serait un manquement de l'employeur à son obligation dérivant de la *common law*”<sup>21</sup>. De même, la responsabilité civile basée sur la *common law* n'implique pas des critères substantiellement différents de la responsabilité civile liée au non respect d'une obligation légale (*Ford et de Navarro*, 2001, p. 250).

Si la clause du “raisonnablement praticable” restreint l'obligation de prévention, comment conclure que le recours de la Commission devrait être rejeté ? Sentant la faiblesse de sa position, l'avocat général accuse la Commission de n'avoir pas argumenté de façon correcte. Il applique aux arguments de la Commission le même genre d'amputations qu'il a infligées à la directive-cadre. Il lui faut beaucoup de légèreté pour affirmer : “Il ressort clairement du contenu des mémoires déposés par la Commission et de l'ensemble du débat qui s'est développé au cours de la procédure et de l'audience que ladite institution ne critique pas la légalité de la clause litigieuse sous l'aspect de sa capacité à influencer sur l'étendue de l'obligation de sécurité incombant à l'employeur mais sous l'aspect différent de son aptitude à jouer en tant que limite à la responsabilité de l'employeur au titre des événements portant atteinte à la santé des travailleurs qui se produisent dans son entreprise” (point 59 des conclusions). Apparemment, cela ne ressort pas si clairement puisque le juge rapporteur constate exactement le contraire dans son rapport d'audience (point 12 de ce rapport).

Une procédure en manquement n'est pas un rapport pour un colloque académique. Elle doit indiquer de façon précise en quoi un État membre a manqué à ses obligations et fournir des moyens suffisants pour étayer ce reproche. Elle ne doit pas analyser toutes les nuances de la jurisprudence ni apporter une contribution théorique à l'étude du droit. Si l'on se réfère tant au texte de la requête<sup>22</sup> qu'aux arguments de la Commission au cours de l'audience orale, on voit mal comment l'avocat général peut réduire d'autorité les arguments de la Commission au seul problème de la responsabilité. La Commission considère que la clause du “raisonnablement praticable” est contraire au droit communautaire tant en ce qui concerne l'obligation de sécurité qu'en ce qui concerne la responsabilité. Elle fournit des arguments tirés à la fois de l'analyse de la directive-cadre et de l'analyse du droit du Royaume-Uni. Si l'accent a été mis sur les problèmes de responsabilité, c'est vraisemblablement parce qu'il existe peu de jurisprudence concernant l'obligation de sécurité dans un contexte autre que celui de la

<sup>20</sup> L'arrêt HTM se réfère à une dizaine de précédents judiciaires concernant la responsabilité civile.

<sup>21</sup> Cité par Gilles, 2002, p. 584.

<sup>22</sup> *Journal Officiel*, C 143, 11 juin 2005, p. 18.

responsabilité civile ou pénale. Dans la mesure où personne (sauf l’avocat général) ne conteste que la clause du “raisonnablement praticable” s’applique de manière cohérente dans tous les domaines concernant la santé et la sécurité au travail, on voit mal en quoi l’argumentation de la Commission manquerait de pertinence. Les limites de la responsabilité d’un employeur telles qu’elles sont formulées dans l’arrêt HTM sont également des limites à son obligation de sécurité. L’objectif visé par la directive-cadre ne peut être atteint ; ne fût-ce que parce qu’il n’existe aucune sanction à un certain nombre de comportements qui s’opposent à cet objectif.

## Analyse de la clause du “raisonnablement praticable”

### Origine

La clause du “raisonnablement praticable” trouve son origine dans la détermination de la responsabilité civile d’un employeur à la suite d’un accident ou d’une autre atteinte à la santé liée au travail. Pendant une partie importante du XIX<sup>e</sup> siècle, les juges britanniques considéraient que la responsabilité de l’employeur n’était généralement pas engagée. Le travailleur était supposé accepter librement ses conditions de travail et les risques qu’elles impliquaient. Sur ce point, le droit du Royaume-Uni ne se distinguait pas particulièrement du droit des autres pays européens<sup>23</sup>. Ce n’était que dans des conditions exceptionnelles que des travailleurs obtenaient des dommages et intérêts à la suite d’un accident.

Vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence a progressivement évolué. Au-delà des spécificités de chaque système juridique, l’évolution britannique n’a pas été fondamentalement différente de celle que l’on a observée dans la plupart des pays d’Europe. L’évolution de la jurisprudence civile a dû être précédée par l’intervention étatique. La *common law* n’a commencé à chercher des remèdes à l’hécatombe de la première révolution industrielle qu’après des décennies de législation étatique qui ont imposé une évolution de la jurisprudence<sup>24</sup>. À partir de 1891, les juges réduisent la portée du prétendu consentement des travailleurs aux dommages causés par leur travail<sup>25</sup> (les juges s’appuyaient sur l’adage latin *volenti non fit injuria* pour considérer que, dans le contrat de travail, le travailleur pouvait renoncer à protéger sa vie et sa santé). La responsabilité civile d’un employeur a pu être engagée sur la base du *duty of care*. Cette notion, qui n’est pas propre aux rapports entre employeurs et travailleurs, est assez proche, juridiquement et sociologiquement, de ce qu’en Europe continentale on appelle l’obligation d’agir en bon père de famille. Il s’agit de l’obligation de veiller raisonnablement à ce qu’aucune faute ou négligence n’entraîne des dommages prévisibles. Le *duty of care* s’applique aussi bien à des relations contractuelles (par exemple, entre un employeur et un travailleur, entre un médecin et un patient, etc.) qu’extra-contractuelles

(par exemple, entre un chef d’entreprise et les habitants des zones environnantes dans le cas d’une pollution industrielle, entre un joueur de golf et le propriétaire d’une automobile circulant sur le trajet de la balle de golf).

La clause du “raisonnablement praticable” est intervenue pour préciser la portée exacte du *duty of care*. La jurisprudence s’y réfère dès les années 1930 et 1940. Il semble bien que les premières décisions judiciaires portaient sur le non respect d’obligations législatives concernant la santé et la sécurité (Gilles, 2002, p. 491). En effet, de nombreuses lois adoptées au cours du XX<sup>e</sup> siècle spécifient les obligations des employeurs en se référant à cette clause. D’autres, au contraire, formulent des exigences plus strictes : l’employeur est tenu de les respecter dès lors qu’elles sont praticables. La jurisprudence est très claire sur la différence entre ces deux notions : l’obligation qualifiée de praticable doit être respectée indépendamment du coût qu’elle entraîne. Il suffit que la mesure soit matériellement possible<sup>26</sup>.

La clause du “raisonnablement praticable” fonctionne comme un moyen de défense par lequel un employeur (ou toute autre personne tenue d’un *duty of care*) peut justifier un comportement qui a causé un dommage. Si la référence au *duty of care* a représenté un progrès historique indéniable, elle n’en présente pas moins un grand inconvénient. Il s’agit d’une construction jurisprudentielle qui n’est pas propre aux rapports de travail et qui tend à ignorer ce qu’il y a de spécifique dans la relation entre un employeur et un travailleur. La portée de la subordination n’est pas saisie dans toutes ses conséquences par une telle construction. De même qu’elle tend à ignorer les atteintes à la santé causées par le cours ordinaire du travail. L’usure, les pressions psychologiques, la charge de travail, l’organisation du temps de travail sont autant de facteurs que le *duty of care* n’arrive généralement pas à saisir.

La clause du “raisonnablement praticable” a ensuite été appliquée par la loi sur la santé et la sécurité au travail de 1974 pour préciser la portée de presque toutes les obligations de l’employeur. Dans le cadre de cette loi, cette clause opère de manière identique pour définir la responsabilité civile, la responsabilité pénale et fixer des limites à l’action de l’inspection du travail. Il faut cependant préciser que la responsabilité civile sur la base d’une violation des obligations légales est doublement limitée. Une première fois, par la clause du “raisonnablement praticable” dans les mêmes conditions que pour la responsabilité civile sur la base du *duty of care* de la *common law*. Une deuxième fois, par l’impossibilité d’intenter une action civile contre une violation de l’obligation générale de sécurité (art. 2 du HASAWA). Seules les violations à des obligations plus spécifiques peuvent être invoquées (par exemple, ne pas avoir mis à disposition des équipements de protection individuelle). De ce point de vue, la responsabilité

<sup>23</sup> Pour une présentation d’ensemble, voir Ramm, 1986.

<sup>24</sup> Avec l’*Employers’ Liability Act* de 1880, le Parlement a contraint les juges à revoir les principes développés par la *common law* qui assuraient une immunité presque totale aux employeurs dans le domaine de la responsabilité civile. En 1945, la *Law reform (Contributory Negligence) Act* a imposé une évolution concernant un autre moyen de limiter la responsabilité civile des employeurs.

<sup>25</sup> *Smith v Baker* (1891).

<sup>26</sup> *Summers & sons Ltd v Frost* (1955).



civile liée à la violation des obligations légales a une base plus restreinte que la responsabilité pénale ou le contenu de l'obligation de sécurité.

### Contenu de la clause

L'analyse coûts-bénéfices constitue le critère essentiel de la clause du “raisonnablement praticable”. Il faut cependant analyser la jurisprudence pour préciser les modalités concrètes de celle-ci. Il est impossible dans les limites de cet article de procéder à un examen détaillé de cette jurisprudence. On peut en résumer les grandes tendances autour de quatre éléments : la prévisibilité du risque, le calcul coûts-bénéfices, la condition d'une disproportion nette et la référence à un employeur moyen abstrait. Sur chacun de ces points, la marge de discrétion laissée aux juges est énorme.

#### ■ La prévisibilité des risques

Sur le plan théorique, on peut discuter du rôle de la prévisibilité des risques. Pour certains, il ne s'agit pas d'un critère autonome par rapport à celui des bénéfices dans le calcul économique. Un risque imprévisible serait par nature un risque dont l'élimination est à bénéfice zéro. Dès lors, aucune mesure de prévention ne serait exigible. Indépendamment de cette discussion, on ne peut que constater que de nombreuses décisions judiciaires se réfèrent à l'imprévisibilité des risques pour conclure, sans autre test, qu'un employeur n'était pas tenu d'appliquer des mesures de prévention. Quinze ans après l'entrée en vigueur de la directive-cadre, cette imprévisibilité est généralement définie sans tenir compte de l'obligation d'évaluer les risques.

La notion d'imprévisibilité est très largement interprétée. Dans certains cas, elle désigne des circonstances extérieures à l'organisation du travail. On est alors sur un terrain très proche de la force majeure. Dans d'autres cas, elle se réfère à des aspects du travail dont les conséquences individuelles seraient impossibles à prévoir. Une telle construction suppose que l'approche collective de l'évaluation des risques est sacrifiée à un simple devoir de diligence à l'égard d'individus. Dans ce cas, la jurisprudence considère que l'information préalable de l'employeur par un travailleur individuel peut devenir un critère déterminant.

Dans certains cas, les juges sacrifient l'analyse de la réalité à leur adhésion sociale à un rapport de domination. Dans l'arrêt HTM, le risque d'électrocution est tout sauf imprévisible dès lors qu'une ligne à haute tension passe sur la trajectoire possible de tours télescopiques. Un examen aussi superficiel de la littérature sur les causes des accidents du travail permet de constater que ce qu'on appelle l'erreur humaine n'a rien d'imprévisible. Même si on n'a jamais observé un chantier de construction confié à une entreprise sous-traitante, on peut sans trop de difficulté concevoir qu'une telle activité se déroule souvent dans une atmosphère d'urgence, avec de

fortes contraintes temporelles et peut comporter des interactions difficiles avec d'autres sous-traitants. Une telle situation est propice au non respect des instructions. Dans certains cas, elle n'offre pas d'autre choix que de violer les normes de sécurité. Il s'agit bel et bien d'un risque intrinsèque à une organisation déterminée du travail. Le rapport de subordination peut créer une injonction contradictoire entre les règles de sécurité et les impératifs de la production. Tant sur le plan de l'observation empirique que des analyses plus détaillées, on sait qu'il arrive qu'un travailleur expérimenté et formé ne respecte pas des consignes de sécurité. Considérer qu'une telle situation serait un “risque imprévisible” équivaut à considérer que l'erreur d'un travailleur peut réduire ou annuler l'obligation de sécurité de son employeur.

#### ■ Le calcul coûts-bénéfices

Le calcul coûts-bénéfices constitue la caractéristique principale de la clause du “raisonnablement praticable”. Pour établir si un employeur est tenu d'éliminer un risque, il faut considérer, d'une part, des éléments de coût et, d'autre part, les bénéfices attendus de la prévention.

Ce critère suscite de nombreuses difficultés. Il s'agit de comparer des éléments de nature différente. Les coûts d'une mesure particulière de prévention



© Getty images

peuvent être estimés avec une certaine précision. Les coûts d'une organisation différente du travail sont beaucoup plus difficiles à établir. Modifier des choix technologiques, substituer des substances dangereuses par des substances moins dangereuses, accroître le contrôle des travailleurs sur le déroulement de leur travail sont des changements complexes dont le coût est difficile à établir. Quant aux bénéfices attendus d'une mesure de prévention, ils sont marqués par une double incertitude. La première difficulté est d'attribuer une valeur économique à la vie humaine, au bien-être physique et mental. La deuxième difficulté est liée à l'externalisation des coûts vers la société qui reste la tendance générale en santé au travail.

Il est significatif que la jurisprudence ne se réfère presque jamais à un calcul explicite. La mention de l'argent est frappée d'un tabou dans des jugements tout entiers construits autour d'un raisonnement monétaire implicite. On a l'impression que les juges ressentent une gêne à devoir argumenter concrètement dans ce domaine. Le plus souvent, ils se réfèrent à une évaluation grossière et globale sans donner des éléments précis d'évaluation. Chaque fois qu'ils le peuvent, ils font intervenir d'autres éléments (comme l'imprévisibilité du risque) pour éviter un développement plus précis du calcul coûts-bénéfices. Paradoxalement, un de ces jugements exceptionnels où il est fait explicitement référence à un montant financier considère, sur la base des directives communautaires, qu'un calcul coûts-bénéfices n'est pas pertinent<sup>27</sup>.

Pour sa part, le HSE a tenté de construire des modèles économiques. Ceux-ci n'ont jamais servi de référence directe à des décisions judiciaires. Ils ont cependant une influence indirecte dans la mesure où ils inspirent l'action du HSE. Cela signifie que, dans un certain nombre de cas, les guides élaborés par le HSE reflètent ces modèles et peuvent servir de référence à des décisions judiciaires. Par ailleurs, le HSE joue un rôle essentiel dans les poursuites pénales et ses modèles économiques peuvent influencer ses choix dans ce domaine.

Sous les apparences d'une neutralité technique, le calcul coûts-bénéfices permet aux juges d'exercer une discrétion très étendue sur ce qui est attendu d'un “employeur raisonnable”. Il y a là un facteur d'insécurité juridique que l'on peut constater en analysant les variations de la jurisprudence.

#### ■ Une nette disproportion

Il faut une disproportion nette entre le coût des mesures préventives et les résultats attendus pour que les mesures de prévention ne soient pas “raisonnablement praticables”. Cela limite évidemment les dégâts. Des mesures de prévention dont le coût dépasserait légèrement les bénéfices attendus restent obligatoires. Cette condition de disproportion nette introduit une certaine marge de sécurité dans le calcul coûts-bénéfices mais elle n'en affecte pas la nature. Dans la mesure où le calcul n'est jamais précisé, la

différence entre une nette disproportion et un simple dépassement tend à s'estomper. C'est ce qu'observe une des études les plus complètes consacrées à la jurisprudence : “Dans la mesure où le calcul est fait de manière intuitive et qualitative, la différence peut bien ne pas être tellement significative” (Gilles, 2002, p. 585).

La jurisprudence n'a jamais précisé quels seraient les critères d'une nette disproportion. La seule référence quantitative que j'ai trouvée concerne l'industrie nucléaire (HSE, 2007-b). Sur la base d'une proposition élaborée par le HSE en 1987, il y aurait une nette disproportion lorsque les coûts pour la protection des travailleurs excéderaient de trois fois les bénéfices attendus. Pour les membres du “public”, le calcul distingue les risques mineurs et les risques majeurs. Pour les risques majeurs, les coûts pourraient excéder de dix fois les bénéfices attendus. Pour les risques mineurs, il y aurait une nette disproportion dès lors que les coûts dépassent de deux fois les bénéfices attendus. Derrière la neutralité apparente de la technique de calcul, on retrouve des valeurs sociales qui expriment des rapports de domination. Les atteintes mineures à la santé sont banalisées tandis que les travailleurs bénéficient d'une protection nettement inférieure à celle de la population en général dans l'hypothèse d'atteintes graves à la santé.

#### ■ Un employeur abstrait moyen

Le calcul n'est pas lié aux circonstances économiques spécifiques de chaque employeur mais à un jugement sur ce que doit être le comportement d'un employeur raisonnable, considéré de manière abstraite. C'est ce que de nombreux commentaires décrivent comme un test objectif. En fait, un tel test laisse une large marge de discrétion aux juges. Plus qu'un test objectif, impossible à réaliser dès lors que les éléments à comparer sont de nature différente, il s'agit d'un test où la subjectivité des employeurs individuels est substituée par une subjectivité sociale qu'expriment l'appareil judiciaire ou l'inspection du travail. La référence à un employeur raisonnable abstrait comporte aussi un inconvénient : elle permet de réduire le niveau de prévention dans des entreprises qui, pour des raisons diverses, auraient mis en place des mesures plus efficaces mais plus coûteuses que ce qui sera retenu comme “raisonnablement praticable”. Ainsi, pour le HSE, les bonnes pratiques ne sont pas nécessairement les meilleures pratiques si le coût de ces dernières est trop élevé par rapport aux bénéfices attendus : “Certaines organisations mettent en œuvre des standards de contrôle des risques qui sont plus stricts que les bonnes pratiques. Différentes raisons peuvent contribuer à cela, comme la poursuite de buts liés à la responsabilité sociale des entreprises, ou parce qu'elles s'efforcent d'être les meilleures dans tout ce qu'elles font, ou encore parce qu'elles ont conclu un accord avec leur personnel pour mettre en place des contrôles additionnels. Il ne s'ensuit pas que ces standards de contrôle des risques sont raisonnablement praticables uniquement parce que quelques organisations les ont adoptés” (HSE, 2007-a).

<sup>27</sup> Skinner v Scottish Ambulance Service (2004), voir points 18 et 33.



### ■ Autres facteurs d'incertitude

La jurisprudence montre qu'il existe de nombreux autres facteurs d'incertitude qui contribuent à annuler ou limiter l'obligation de sécurité d'un employeur sans même devoir se référer à une analyse coûts-bénéfices.

Tel est le cas de la nature des activités d'une entreprise. On trouve ce critère, sous des dénominations variables, pour considérer que certains risques sont, par nature, liés à une entreprise ou à un certain type de travail<sup>28</sup>. Parfois, ce qui est supposé, c'est que le travailleur répond à des qualités particulières qui lui donneraient la capacité de faire face à ces risques. Dans certaines décisions, le raisonnement des juges aboutit à considérer qu'il appartient aux travailleurs de faire le choix entre le maintien de leur emploi comportant un risque pour la santé ou la rupture volontaire du contrat de travail<sup>29</sup>.

Un autre élément d'incertitude, reconnu par le HSE, se situe dans la valorisation sociale différenciée des risques. Plus de 150 morts à la suite de l'incendie d'une plateforme pétrolière provoquent une émotion beaucoup plus grande qu'environ 2000 morts chaque année au Royaume-Uni pour les seuls mésothéliomes, le cancer le plus spécifique causé par l'amiante. Cette perception différenciée se reflète dans la jurisprudence. Dans certains cas, des dommages très importants et immédiatement visibles peuvent requérir des mesures de prévention d'un coût plus élevé que des dommages moins spectaculaires, indépendamment du niveau de risque défini par une formule qui associe les dommages à un facteur de probabilité. Mais ce langage de l'émotion est aussi construit socialement : il tend à justifier les inégalités. Plus qu'une culture commune de la “société”, c'est un ensemble de valeurs de groupes sociaux déterminés. La revue britannique *Hazards* a comparé la situation en Italie et au Royaume-Uni en ce qui concerne les ouvriers victimes de cancers suite à une exposition au chlorure de vinyle monomère. Tandis qu'en Italie, des dirigeants de l'entreprise Montedison ont été condamnés pénalement, pour les travailleurs de l'entreprise Vinatex à Derbyshire, qui ont subi des expositions comparables et ont été victimes de cancers et d'autres maladies, “toute idée d'indemnisation ou de justice reste un espoir lointain<sup>30</sup>”.

En fait, il serait impossible de dresser une liste exhaustive des éléments d'incertitude dans la mesure où la clause du “raisonnablement praticable” laisse une large discrétion aux juges pour élaborer des critères d'appréciation. Ainsi, dans le domaine des troubles liés au stress post-traumatique, la jurisprudence a construit une distinction entre des “victimes primaires” et des “victimes secondaires”. Les premières auraient été impliquées en tant que “participants” à un événement traumatisant, les secondes en auraient été les témoins involontaires et passifs. La responsabilité de l'employeur ne s'étendrait pas

à cette deuxième catégorie. Par exemple, un ouvrier qui assiste à la mort d'un collègue dans un accident du travail causé par la négligence de son employeur ne peut mettre en cause la responsabilité civile de ce dernier et il n'obtiendra aucune indemnisation du dommage subi<sup>31</sup>. Une fois encore, la jurisprudence remet en cause le principe de la directive-cadre selon lequel la santé et la sécurité doivent être garanties dans “tous les aspects du travail”. Peu importe que le travailleur ait été un “simple témoin” ou un “participant” par rapport à l'un ou l'autre de ces aspects, sa présence et son activité s'inscrivent dans un processus collectif. La logique de cette jurisprudence est de nier la spécificité des rapports de travail et de vouloir appliquer des règles généralement issues de précédents dans des domaines où il n'existe pas de rapports de subordination entre des individus. C'est ainsi que la plupart des précédents cités pour justifier la distinction entre “victimes primaires” et “victimes secondaires” concernent des accidents de la route.

### Différents champs d'application

La clause du “raisonnablement praticable” a des implications dans trois domaines. Elle concerne la responsabilité pénale, la responsabilité civile tant en ce qui concerne les obligations d'un employeur sur la base de la *common law* qu'en ce qui concerne ses obligations légales et elle détermine la portée concrète de son obligation de sécurité.

Les conséquences de la clause sur la responsabilité civile et pénale peuvent être observées dans la jurisprudence citée dans cet article. Elle montre que les critères utilisés au Royaume-Uni vont nettement au-delà des termes de l'article 5.4 qui ne permet aux États membres que de limiter la responsabilité de l'employeur à des cas de force majeure.

Il reste à examiner dans quelle mesure la clause a également pour effet de limiter l'obligation de sécurité d'un employeur indépendamment des conséquences que l'on en tire sur le plan de la responsabilité.

Une telle analyse peut reposer sur deux types d'information :

1. Des données empiriques sur le fonctionnement de l'inspection du travail. En effet, l'inspection du travail constitue une institution qui représente une interface cruciale entre l'employeur et le droit. Les activités de l'inspection du travail sont orientées par les limites éventuelles que la loi pose aux obligations de l'employeur ;
2. La jurisprudence administrative concernant les décisions prises par l'inspection du travail. Tout employeur peut recourir à des juridictions spécialisées contre de telles décisions et cette jurisprudence permet de cerner les limites de ses obligations dans un contexte où il n'est pas question de sanction pénale, ni d'indemnisation sur la base de la responsabilité civile.

<sup>28</sup> Langridge, *Canterbury City Council v Howletts and Port Lympne Estates* (1996) se réfère à “l'idiosyncrasie” d'une entreprise.

<sup>29</sup> *Sutherland v Hatton* (2002).

<sup>30</sup> *Hazards*, octobre-décembre 1998, p. 10.

<sup>31</sup> *Robertson and Rough v Forth Bridge Joint Board* (1995).

Les données empiriques concernant le fonctionnement de l'inspection du travail sont inévitablement fragmentaires. Elles peuvent être complétées par une analyse comparative entre différents systèmes nationaux d'inspection du travail.

Hawkins (2002) analyse de façon détaillée la prise de décision de l'inspection du travail concernant l'opportunité des poursuites pénales. Cette étude met en avant les incertitudes que la clause du “raisonnablement praticable” fait peser sur l'activité des inspecteurs. Ceux-ci doivent chercher à anticiper l'interprétation discrétionnaire des tribunaux. L'étude souligne : “Si le principe général du raisonnablement praticable demande une comparaison par les tribunaux des risques et des coûts impliqués, pour les inspecteurs cela comporte une perte du contrôle sur les résultats. En effet, en se déplaçant des obligations absolues vers des obligations formulées en des termes généraux, les problèmes sont déplacés de questions de fait vers des questions de valeur” (Hawkins, 2002, p. 394). Le même auteur cite les témoignages de plusieurs inspecteurs qui indiquent qu'ils préfèrent se référer à des obligations spécifiques non assujetties à la clause du “raisonnablement praticable”. Un inspecteur principal du secteur de la construction raconte son expérience : “C'est bien d'avoir un cas où il existe une obligation absolue. Pas le moindre doute là-dessus... À cette époque, j'avais en horreur les mots ‘raisonnablement praticable’” (*ibidem*, p. 397-398).

Les études comparatives concernant le fonctionnement de l'inspection du travail sont très rares. Une des études les plus détaillées porte sur les activités de l'inspection du travail dans le domaine des risques chimiques. Elle analyse l'intervention de l'inspection du travail en ce qui concerne la réduction des expositions au styrène dans des entreprises chimiques. Elle couvre six pays : quatre pays nordiques, la Grande-Bretagne et l'Italie. Elle a le mérite de vérifier, dans des conditions économiques et techniques relativement homogènes, quel est le niveau des exigences de l'inspection du travail. En ce qui concerne l'inspection britannique, l'auteur observe : “Les inspecteurs peuvent anticiper les difficultés de devoir argumenter sur la nature ‘raisonnablement praticable’ des précautions et des investissements dans les procédures judiciaires. Tant les compétences professionnelles des inspecteurs du HSE – qui ne sont généralement pas des spécialistes – que l'absence de soutien, sous la forme d'une évaluation nationale des dangers de l'exposition au styrène, empêchent les inspecteurs du HSE d'exiger plus que 10 à 20 % des montants dépensés par les compagnies italiennes ou scandinaves” (Olsen, 1992, p. 54-55).

Si les données empiriques partielles tendent à montrer que la clause du “raisonnablement praticable” constitue un obstacle dans l'activité de l'inspection du travail, la jurisprudence confirme clairement qu'elle détermine un contenu de l'obligation de sécurité qui ne correspond pas aux critères de

la directive-cadre. L'analyse de l'arrêt Langridge, Canterbury City Council v Howletts and Port Lympne Estates est très révélatrice sur ce point (voir encadré p. 31).

### Les conséquences

#### ■ Une logique inégalitaire intrinsèque

La conséquence la plus choquante se situe sans doute dans une logique inégalitaire intrinsèque. Si l'on considère que la vie et la santé doivent être soustraites à la négociation du rapport de travail, l'on est amené à reconnaître un droit fondamental, égal pour tous, à la protection de cette vie et de cette santé indépendamment de la situation de faiblesse économique qui pourrait amener une personne à “accepter” des atteintes à la santé contre un salaire. L'obligation de sécurité à charge des employeurs découle directement de ce droit fondamental. Les conditions économiques d'une entreprise sont dès lors subordonnées au respect de l'obligation de sécurité. En d'autres termes, si pour des raisons économiques objectives, une entreprise n'est pas en mesure de faire respecter l'obligation de sécurité, elle devient une activité économique illicite.

La clause du raisonnablement praticable établit une subordination dans le sens contraire. Elle subordonne la protection de la vie et de la santé à un calcul économique. Les niveaux de risque et le coût de mesures de prévention efficaces varient d'un secteur à l'autre. Il est moins coûteux d'obtenir un niveau de protection optimal pour un cadre dirigeant que pour un ouvrier de la construction, pour le ministre de la santé que pour une infirmière. Cette variation n'a rien d'aléatoire. Elle tend à concentrer des risques vers des groupes sociaux dont le pouvoir de négociation des conditions de travail est plus faible. La clause du “raisonnablement praticable” consacre dans les faits cette distribution inégalitaire des risques du travail. Elle la légitime. On peut constater cela de façon très claire dans un document officiel du HSE suivant lequel : “Ceux qui sont tenus par l'obligation (de sécurité, ndlr) devraient passer en revue de temps en temps ce qui est disponible et considérer s'ils doivent mettre en oeuvre de nouveaux contrôles. Mais cela ne signifie pas que les meilleurs contrôles des risques disponibles sont nécessairement raisonnablement praticables. C'est seulement si le coût de la mise en oeuvre de ces nouvelles méthodes de contrôle n'est pas nettement disproportionné par rapport à la réduction du risque qu'elles permettent que leur utilisation est raisonnablement praticable. Pour cette raison, nous acceptons qu'il peut ne pas être raisonnablement praticable de mettre en conformité des installations et des équipements anciens par rapport aux standards modernes” (HSE, 2007-a).

La recherche économique concernant la santé au travail confirme du reste que l'inégalité se situe sur



### Instinct carnassier des tigres et raison pratique des juges

Trevor Smith travaillait comme gardien au parc animalier de Howletts (Howletts Wild Animal Park), près de Canterbury. Son entreprise applique des méthodes de travail censées favoriser la socialisation entre les animaux sauvages et le personnel du zoo. Le 13 novembre 1994, Trevor Smith est entré dans l'enclos occupé par deux tigres afin de le nettoyer. Le gardien était seul, équipé d'une pelle et d'un seau. Un des deux tigres a mis ses pattes sur les épaules de M. Smith, le faisant chuter par terre, avant de le mordre à la base du cou. Le gardien est décédé. C'était le troisième accident mortel dans ce zoo en dix ans.

Dans les mois qui ont suivi la mort de M. Smith, un responsable des services de santé environnementale<sup>a</sup> a tenté de négocier avec le propriétaire du zoo de nouvelles pratiques de travail destinées à éviter les contacts directs entre gardiens et animaux dangereux. Le propriétaire du zoo s'est montré inflexible. Après l'échec des négociations, une mise en demeure a été établie le 6 juin 1995. Cette mise en demeure interdisait tout contact direct entre les gardiens et des tigres (avec quelques exceptions, notamment pour les animaux trop jeunes pour présenter un risque sérieux).

Le propriétaire du zoo a introduit une demande auprès du tribunal industriel<sup>b</sup> afin d'annuler cette mise en demeure et de lui permettre de maintenir des pratiques de travail qui mettent en contacts directs des membres du personnel et des animaux sauvages. Le recours a donné lieu à une vaste campagne de mobilisation de la direction du zoo. Une douzaine de témoins ont été cités à son appui pour défendre les “droits fondamentaux des animaux sauvages à se socialiser”. La direction du zoo est allée jusqu'à proclamer que la mise en demeure “portait atteinte à la liberté de tout individu d'accepter un risque pour sa sécurité supérieur à la normale en vue d'un meilleur exercice de sa profession ou de sa vocation”. Une telle ingérence de l'État aurait été contraire à la Convention européenne des droits de l'homme !

Le tribunal industriel a rendu son jugement en janvier 1996<sup>c</sup>. Ce jugement soutient le point de vue de l'employeur. Il considère que la mise en demeure enjoignant à l'employeur du zoo de ne pas mettre son personnel en contact direct avec des tigres n'est pas “raisonnablement praticable”.

Pour établir que la mise en demeure était illégale, le tribunal a estimé que la loi sur la santé et la sécurité au travail ne permet pas d'interdire des activités qui, par leur nature même, comportent des risques intrinsèques. La Cour a considéré que si l'on interdit un contact direct entre les tigres et le personnel, on porte atteinte à la nature de ce type de zoo, à son “ethos”.

Ce jugement a suscité une certaine gêne au Royaume-Uni. La *European Safety Newsletter* (ESN) y a consacré une partie importante de son numéro d'avril 1996. Le rédacteur de l'ESN constatait : “Peut-être les partenaires européens de la Grande-Bretagne avaient-ils raison d'être sceptiques en ce qui concerne le concept de ‘raisonnablement praticable’ et d'insister qu'il fallait exclure ce terme des directives basées sur l'article 118A.”

L'ESN pouvait cependant rassurer ses lecteurs par deux considérations :

- le jugement n'avait pas été adopté à l'unanimité. Le seul juriste parmi les trois membres du tribunal avait exprimé un point de vue différent ;
- le jugement rendu par un tribunal industriel ne constitue pas un précédent faisant autorité pour le droit du Royaume-Uni.

L'affaire a fait l'objet d'un recours auprès d'une Cour d'appel. L'arrêt adopté par cette Cour<sup>d</sup>, en novembre 1996, a confirmé que le droit du Royaume-Uni donne raison à l'employeur et que l'inspection du travail n'a pas le droit d'interdire des pratiques intrinsèquement dangereuses si celles-ci sont analysées comme relevant de la “nature essentielle de l'entreprise” (point 42). La contradiction entre le droit du Royaume-Uni et la directive-cadre a été niée avec des arguments d'une cohérence douteuse. D'après le juge Turner, la question est résolue par la disposition de l'article 6, paragraphe 2 de la directive qui indique que l'employeur planifie la prévention “en tenant compte de la nature des activités de l'entreprise” (point 47). Le juge propose d'interpréter cette partie de phrase comme l'indication que l'employeur est libre de choisir l'activité de l'entreprise et que le but de la directive-cadre ne peut pas être “la mise hors la loi de certaines activités simplement sur la base qu'elles seraient dangereuses” (point 47).

Cette interprétation ampute l'obligation de sécurité de l'employeur de façon significative. Une analyse d'ensemble de la directive-cadre montre facilement que la partie de phrase citée n'a pas pour fonction de limiter l'obligation de sécurité. Elle se limite à indiquer qu'une prévention efficace est basée sur les caractéristiques propres de chaque entreprise. La directive-cadre permet certainement d'interdire des pratiques de travail intrinsèquement dangereuses comme la mise en contact de travailleurs avec des animaux dangereux. Il faut une grande élasticité morale et intellectuelle pour suggérer que faire entrer les gardiens dans un enclos sans contact direct avec des tigres reviendrait à porter atteinte à la nature même d'un zoo comme celui de Howletts.

Cet arrêt permet de mesurer la portée de l'obligation de sécurité de l'employeur dans un contexte où il n'est pas question de responsabilité civile ou pénale, mais uniquement de son obligation primaire de prévention et des limites qu'y apporte le droit du Royaume-Uni.

Dans les cinq années qui ont suivi cet arrêt, deux autres gardiens sont morts dans des circonstances comparables. Darren Cockrill, à Port Lympne, l'établissement jumeau de Howletts, en 2000 et Richard Hughes au zoo de Chester en février 2001. Les deux gardiens sont morts écrasés par des éléphants. Ces morts “raisonnablement praticables” auraient pu être évitées si les principes de la directive-cadre avaient été respectés au Royaume-Uni.

<sup>a</sup> Au Royaume Uni, les missions de l'inspection du travail sont assurées par le HSE pour les établissements industriels et les grandes entreprises et par des services de santé environnementales pour les petites entreprises de service. Dans ce cadre, ces services disposent des mêmes pouvoirs que les inspecteurs du HSE.

<sup>b</sup> Les tribunaux industriels sont des juridictions formées par un juge professionnel, un juge désigné par les syndicats et un juge désigné par une association d'employeurs. Ils sont compétents dans différentes matières liées aux rapports de travail.

<sup>c</sup> Howletts & Port Lympne Estates Ltd v Langridge HS/32450/95 IT.

<sup>d</sup> Langridge, Canterbury City Council v Howletts and Port Lympne Estates (1996).

les deux versants de l'équation : les coûts de la prévention et l'attribution d'une valeur monétaire aux bénéfices obtenus. En termes plus crus, le coût de la vie humaine est loin d'être uniforme. Une recherche britannique constate que “La valeur rétrospective d'une vie, fondée sur base des décisions d'investir dans la sécurité dans différents secteurs, varie de 200 000 livres à 400 millions de livres” (Soby *et al.*, 1993, p. 366).

Un arrêt, adopté alors que la directive-cadre était déjà entré en vigueur<sup>32</sup>, rend la subordination à des considérations économiques encore plus nette. Il s'éloigne de la méthode traditionnelle qui consiste à raisonner en fonction d'un employeur raisonnable abstrait. Dans les critères de principe qui déterminent les obligations d'un employeur relatives aux maladies mentales liées au stress du travail, la Juge Hale indique explicitement que “la dimension et l'objet des activités seront pertinents [pour déterminer ce qu'on peut attendre raisonnablement d'un employeur, ndr], de même que ses ressources, qu'il s'agisse du secteur public ou du secteur privé, ainsi que les autres demandes qui pèsent sur lui” (paragraphe 33). La mention aux ressources de l'employeur spécifique est évidemment de nature à rendre encore plus incertaine la portée de l'obligation de prévention. Lorsqu'une des affaires traitées par cet arrêt a été examinée en appel par la Chambre des Lords<sup>33</sup>, Lord Walker a également fait intervenir un calcul coûts-bénéfices pour préciser la portée de l'obligation des employeurs : “Remplacer des enseignants coûte de l'argent, mais pas autant que le coût de la perte permanente d'un membre de valeur du personnel de l'école à la suite d'une maladie psychiatrique” (paragraphe 68). Cet argument suggérerait que, dans le cas d'espèce, la direction de l'école aurait pu chercher à alléger la charge de travail du “membre de valeur” en question. On peut se demander si un tel investissement aurait été exigible pour une nettoyeuse ou une cuisinière (en admettant que ces activités n'aient pas encore été sous-traitées par la direction de l'école).

#### ■ Affaiblissement de la hiérarchie des mesures de prévention

La seconde conséquence a trait à la hiérarchie des mesures de prévention. La directive-cadre établit clairement une telle hiérarchie. L'élimination des risques constitue la priorité absolue. Il s'agit ensuite d'évaluer les risques qui n'ont pas pu être éliminés et de donner la priorité à des actions préventives de caractère collectif portant sur l'organisation du travail, le choix des équipements, des substances et des procédés de travail. Ces mesures collectives, qui remontent souvent à des choix stratégiques de la gestion des entreprises, sont prioritaires par rapport à des mesures individuelles comme la formation, l'information, le port de protections personnelles, etc. La clause du “raisonnablement praticable” relativise fortement cette hiérarchie des mesures préventives

puisqu'une mesure prioritaire peut être considérée comme excessive par rapport à une mesure moins coûteuse et éventuellement moins efficace.

#### ■ Banalisation des “risques acceptables”

La troisième conséquence porte sur l'apparition de la notion de risques acceptables. Elle est intrinsèquement liée à la clause du “raisonnablement praticable”. S'il existe des risques dont la prévention implique des coûts relativement élevés, un calcul coûts-bénéfices permet de déterminer qu'une partie de ces risques dont l'occurrence est peu probable et dont les conséquences éventuelles seraient d'un “faible coût” peuvent être considérés comme des risques acceptables. Les documents du HSE destinés à expliquer la portée de la clause du “raisonnablement praticable” sont explicites sur ce point (HSE, 2001). Ils distinguent trois catégories : des risques inacceptables, indépendamment des bénéfices possibles liés à une activité ; des risques tolérables qui doivent être tenus au niveau le plus bas raisonnablement praticable et des risques acceptables. La catégorie intermédiaire des risques tolérables est définie dans un modèle quantitatif qui se situe entre une limite supérieure d'un décès par 1000 personnes exposées sur une base annuelle et une limite inférieure d'un décès par un million de personnes exposées. Si le risque est inférieur à cette dernière limite, on entre dans la catégorie des “risques acceptables”.

Dans la pratique, on observe que cette notion de risques acceptables tend à désigner des risques dont la visibilité sociale est faible. Il s'agit le plus souvent de risques à long terme, dont les effets sur la santé peuvent être partiellement attribués à d'autres facteurs que le travail. C'est un facteur fréquemment mentionné par des syndicalistes au Royaume-Uni. Certains considèrent que la clause du “raisonnablement praticable” n'a pas de conséquence grave par rapport aux risques matériels les plus graves et les plus immédiats. Par contre, ils constatent qu'elle est invoquée de façon assez systématique par les employeurs lorsqu'il s'agit de risques ergonomiques liés notamment au travail sur écran ou de risques psychosociaux<sup>34</sup>. Il peut également s'agir de risques immédiats et graves pour des catégories de travailleurs spécifiques supposés connaître et “accepter” un niveau élevé de risques. Selon John Rimington, ancien directeur général du HSE, un risque professionnel excédant un décès pour mille personnes par an peut être accepté dans certaines professions comme le pilotage d'hélicoptères ou la pêche en profondeur “où les gens s'aventurent dans les risques avec une compréhension claire et où des précautions supplémentaires ne peuvent réduire les risques de manière considérable” (Rimington *et al.*, 2003, p. 14).

On peut s'interroger sur la détermination des limites de la catégorie des risques tolérables. On se trouve dans une situation où la norme juridique a une fonction économique (assurer un terrain commun pour la concurrence entre les entreprises) qui l'emporte

<sup>32</sup> Sutherland v Hatton (2002).

<sup>33</sup> Barber v Somerset County Council (2004).

<sup>34</sup> Entretien avec Hilda Palmer du Greater Manchester Hazards Centre, février 2007.



sur la protection de la vie et de la santé. Cette protection n'est pas considérée comme un impératif catégorique. C'est ce qui explique probablement une anomalie apparente relevée par de nombreux observateurs. Même les campagnes de dérégulation les plus excessives menées par le parti conservateur ont toujours fait preuve d'une relative bienveillance à l'égard de la législation sur la santé et la sécurité (voir Rimington *et al.*, 2003). L'autre élément d'explication se situe évidemment dans les limites posées par l'existence de directives communautaires qui empêchaient une dérégulation systématique de cette matière.

La limite supérieure de la “tolérabilité” des risques a été fixée à un décès par 1000 travailleurs exposés sur une base annuelle. C'est approximativement le niveau de mortalité constaté au début des années 1980 dans les secteurs où les accidents mortels étaient les plus fréquents : pêche, extraction de minerais, industrie pétrolière. Tout se passe comme si la limite supérieure avait été établie de manière à consacrer la tolérance à l'égard des niveaux de risque d'accident mortel particulièrement élevés de ces secteurs. La limite inférieure d'un décès par million de personnes sur une base annuelle, par contre, représente la situation la plus favorable des risques que le HSE considère acceptable pour le public. Quant aux risques acceptables qui ne requièrent pas l'adoption de mesures de prévention, ils ne correspondent pas aujourd'hui à des risques réels d'accident mortel (qui, dans tous les secteurs, dépassent vraisemblablement la limite indiquée). Il faut passer par leur traduction monétaire pour en apprécier la portée. La valeur de la vie humaine ayant été calculée à un équivalent d'un million de livres. Un risque acceptable d'un millionième de décès revient à dire qu'est acceptable tout risque dont le coût estimé ne dépasserait pas une livre par personne sur une base annuelle. Ce passage d'une évaluation en décès à une évaluation en équivalent monétaire pose évidemment des difficultés supplémentaires. Dans les faits, la plupart des risques différés dans le temps ne permettent aucune évaluation monétaire précise. Quel est le coût sur une base annuelle d'une douleur à une articulation tant que celle-ci ne débouche pas sur une absence pour incapacité de travail ? Quel est le coût sur une base annuelle d'une baisse de la fertilité masculine ou féminine ? Faudra-t-il tenir compte de l'adoption d'un enfant divisé par un certain facteur de probabilité ?

La tendance à la banalisation des risques acceptables s'est fortement accrue au cours de ces dernières années sous l'effet de campagnes dirigées contre “l'aversion envers les risques”. Le gouvernement Blair a été particulièrement actif dans ce domaine. La jurisprudence semble être sensible à ce genre d'arguments. Dans le contentieux judiciaire relatif au stress et à la santé mentale, la Cour

d'appel a rendu en 2002 un arrêt de principe consacré à quatre affaires<sup>35</sup>. Cet arrêt est basé sur la jurisprudence concernant la responsabilité civile. Il définit seize critères qui contredisent clairement les principes de la directive-cadre. Comme l'indiquait Brenda Barrett : “Cette décision laissait l'impression qu'il serait très difficile pour un demandeur d'apporter des preuves concluantes que la conduite négligente de leur employeur avait causé un trouble psychiatrique” (Barrett, 2004, p. 344). L'obligation des employeurs de prévenir des atteintes à la santé mentale est limitée par les coûts qu'une telle prévention impliquerait (paragraphe 32), la justification éventuelle de risques par l'activité intrinsèque de l'entreprise (voir paragraphes 12 et 32). L'arrêt ne tient pas compte de la hiérarchie des mesures de prévention lorsqu'il considère qu'un soutien psychologique confidentiel au travailleur individuel pourrait suffire à épuiser les obligations de l'employeur. Aucune priorité n'est accordée clairement à des mesures collectives concernant l'organisation du travail (voir, notamment, les paragraphes 17 et 33). Les employeurs sont considérés comme non responsables dans trois des quatre cas concrets examinés. Dans cette affaire, il est significatif que l'évaluation des risques et d'adoption de mesures préventives basée sur celle-ci ne sont même pas mentionnées dans les éléments qui constituent l'obligation d'un employeur “raisonnable”.

### Une contradiction de plus en plus difficile à dissimuler

La défense du Royaume-Uni passe sous silence un débat réel parmi les juristes britanniques. La contradiction entre la clause du “raisonnablement praticable” et le droit communautaire est largement reconnue par la doctrine. Elle apparaît de façon croissante dans une jurisprudence incertaine et partagée. En règle générale, la jurisprudence concerne des réglementations spécifiques plutôt que les obligations générales de sécurité de la directive-cadre.

Cette tendance s'explique par trois éléments :

1. L'obligation générale de sécurité (l'article 2 de la *Health and Safety at Work Act*) ne permet pas d'intenter une action en responsabilité civile ;
2. Jusqu'en 2003, la transposition des obligations de moyen de l'article 6 de la directive-cadre était marquée par les mêmes limitations ;
3. Les réglementations spécifiques ne mentionnent pas la clause du “raisonnablement praticable” de façon aussi systématique que le *Health and Safety at Work Act*. Cela ouvre un champ plus large à l'interprétation des dispositions où cette clause n'apparaît pas explicitement.

Une partie importante de la jurisprudence contourne la difficulté en proclamant que le législateur ne pouvait pas avoir eu l'intention de remettre en cause une longue tradition consacrée par la jurisprudence.

<sup>35</sup> Sutherland v Hatton (2002). Cet arrêt est commenté par Barrett, 2002.

C'est une approche que l'on trouve notamment dans l'arrêt de la Cour d'appel “Hawkes” consacré à la réglementation sur la manutention manuelle de charges<sup>36</sup>. Lord Aldous montre la réticence à prendre en compte le droit communautaire : “La réglementation sur les opérations de manutention manuelle de 1992 avait pour but de transposer la directive 90/269 sur la manutention manuelle. Même ainsi, je crois exact de conclure que le Parlement avait à l'esprit, quand la réglementation a été adoptée, la construction des mots ‘raisonnablement praticable’ qui avait été acceptée par les cours depuis 1938. Il est donc correct de leur donner la même signification dans la réglementation que celle qui a été expliquée par Lord Asquith.”

Dans l'arrêt HTM<sup>37</sup>, Lord Latham liquide en deux phrases la question de l'effet éventuel de la transposition de la directive-cadre. La réglementation transposant celle-ci a en effet transposé l'article 5.3 qui indique que les obligations des travailleurs en matière de santé et de sécurité n'affectent pas le principe de la responsabilité de l'employeur. Cette disposition se trouve à la réglementation 21 du *Management of Health and Safety at Work Regulations* 1999. Pour Lord Latham, il s'agit d'une législation secondaire n'affectant pas la règle posée par la loi de 1974 (qui n'a pas été modifiée lors de la transposition de la directive-cadre). Il ajoute “la réglementation 21 apparaîtrait comme une tentative de transposer l'article 5.3 de la directive dans le droit interne. Quant à savoir si elle a réussi à le faire, ce n'est pas une question que nous avons à trancher dans ce cas” (point 31 de l'arrêt). Un tel raisonnement utilise la hiérarchie des sources du droit interne pour rejeter la primauté du droit communautaire. Dans Langridge<sup>38</sup>, le juge Turner n'hésite pas à invoquer la directive-cadre pour faire prévaloir une interprétation en contradiction flagrante avec les articles 5.1 et 6 de celle-ci (voir les points 47 et 49 en particulier).

La jurisprudence dans le domaine des problèmes psychiatriques et du stress n'est pas explicite sur ce point mais elle manifeste une réticence incontestable à tenir compte de la hiérarchie des mesures de prévention et de l'obligation d'évaluer les risques. En 2004, la Chambre des Lords a accepté un recours dans un des quatre cas jugés par la Cour d'appel en 2002<sup>39</sup>. Les Lords ont confirmé, pour l'essentiel, les critères définis par le juge Hale tout en préconisant une lecture souple de ces critères. La question de la compatibilité entre ces critères et les obligations de prévention telles qu'elles résultent de la transposition de la directive-cadre a été tenue à l'écart des débats. Il s'agissait pourtant d'un des arguments de la défense de M. Barber. Un des juges, Lord Rodger s'est référé à un arrêt remontant à 1961 *Withers v Perry Chain Co Ltd* pour préciser que lorsqu'un risque pour la santé est “petit”, il appartient au travailleur de trancher entre le fait de s'exposer au risque ou la perte de son emploi.

Immédiatement après cette citation, Lord Rodger s'est limité à dire : “Je ne m'interromps pas pour considérer dans quelle mesure, si jamais la question se posait, le raisonnement de ce passage est affecté par l'exigence actuelle faite aux employeurs d'entreprendre des évaluations des risques” (paragraphe 30). Apparemment, la directive-cadre n'est qu'une mouche importune...

D'autres décisions reconnaissent l'impact des directives communautaires et proposent des solutions qui s'éloignent de l'interprétation traditionnelle. Les juridictions écossaises ont souvent joué un rôle pionnier en la matière. Dans l'arrêt *English v North Lanarkshire Council*<sup>40</sup>, Lord Reed interprète les dispositions réglementaires britanniques concernant les équipements de travail<sup>41</sup> dans le contexte de la directive-cadre et, en particulier, de la hiérarchie des mesures de prévention. Il considère que la notion d'équipement de travail adéquat doit être comprise en tenant compte de la nécessité d'éliminer prioritairement les risques. L'élimination des risques est prioritaire par rapport à la formation. Cela contribue à rejeter la défense de l'employeur selon laquelle la travailleuse victime de l'accident était suffisamment formée et expérimentée. Sur cette base, l'employeur considèrerait avoir fait tout ce qui était raisonnablement praticable pour éviter l'accident en attirant l'attention de la travailleuse sur la nécessité d'être prudente et concentrée. Lord Reed se réfère explicitement à la jurisprudence de la CJCE, reprise par la Chambre des Lords, qui implique de tenir compte des directives communautaires dans l'interprétation des législations nationales de transposition. Lord Reed relève que la jurisprudence citée par la défense repose sur l'interprétation des *Factories Acts*<sup>42</sup>. “Une approche basée sur les *Factories Acts* est une erreur fondamentale. Elle peut aussi nous égarer puisque les directives européennes sur la santé et la sécurité au travail diffèrent matériellement des *Factories Acts* sur des aspects importants. Par exemple, les obligations des *Factories Acts* tendent à être qualifiées par une référence à ce qui est raisonnablement praticable, tandis que les directives imposent généralement des obligations qui sont exprimées dans des termes inconditionnels ; et la structure des directives tend à suivre une analyse séquentielle de tout facteur de risque et des voies par lesquelles il peut causer un dommage de telle manière que certaines obligations peuvent être secondaires par rapport à d'autres”.

L'arrêt McGhee applique les mêmes principes pour interpréter les *Work (Health, Safety and Welfare) Regulations* 1992 qui transposent la directive communautaire 89/654 sur les lieux de travail. Lord Hamilton se prononce contre une interprétation qui serait fondée sur les “termes (tels qu'ils sont interprétés domestiquement) de dispositions de santé et de sécurité antérieures et abrogées”. Il précise que l'interprétation des nouvelles dispositions transposant les directives communautaires doit être faite sans les “entraves” provenant de législations dépassées et

<sup>36</sup> *Hawkes v London Borough of Southwark* (1998).

<sup>37</sup> *Regina v HTM* (2006).

<sup>38</sup> *Langridge v Howletts & Port Lympne Estates* (1996).

<sup>39</sup> *Barber v Somerset County Council* (2004).

<sup>40</sup> *English v North Lanarkshire Council* (1999).

<sup>41</sup> *Provision and Use of Work Equipment Regulations* 1998.

<sup>42</sup> Les *Factories Acts* sont les différentes législations qui ont précédé le *Health and Safety at Work Act* 1974. Ces deux groupes de législation font largement référence à la clause du “raisonnablement praticable”.



de toute interprétation de celles-ci<sup>43</sup>. L'arrêt Skinner va dans le même sens et écarte toute considération sur le coût des mesures de prévention qui auraient dû être adoptées<sup>44</sup>. Il concerne la réglementation relative aux équipements de travail.

Un arrêt récent de la Chambre des Lords va plus loin. Il aborde en des termes explicites la contradiction entre la directive-cadre et la réglementation britannique concernant les équipements de travail<sup>45</sup>. Dans cette affaire, M. Robb, un travailleur blessé en 1999 à la suite d'une chute sur une plateforme de production *off shore* réclamait des dommages et intérêts sur la base de la violation par son employeur de dispositions concernant la sécurité des équipements de travail. L'invalidité résultant de cet accident avait définitivement empêché M. Robb de reprendre son travail de scaphandrier. Les faits constatés en première instance indiquaient que la chute était due à une échelle mal assurée. Le juge de première instance avait refusé d'accorder des dommages et intérêts au travailleur blessé en considérant que l'employeur n'avait pas pu prévoir raisonnablement que, à la suite d'une erreur commise par un autre travailleur, l'échelle aurait été mal assurée. Il considérait donc qu'il n'était pas raisonnablement praticable pour un employeur d'adopter des mesures de prévention plus efficaces qui ne dépendaient pas de la conduite d'un travailleur. Il constatait cependant que, neuf mois après cet accident, un autre système avait été installé : des échelles avaient été fixées avec des vis de manière à ne pas pouvoir être déplacées. Pendant des années, M. Robb avait intenté différentes actions judiciaires pour obtenir une indemnisation. Il avait perdu ses différents procès. Son avocat, M. Angus Stewart, alla jusqu'à la Chambre des Lords et plaida pour une interprétation des dispositions en vigueur sur la base des directives communautaires. Cette obstination fut payante. Il obtint gain de cause en décembre 2006.

Dans l'arrêt Robb, Lord Clyde exprime des doutes sur la conformité de la réglementation sur les équipements de travail avec les dispositions de la directive-cadre (voir les points 45 à 48 de l'arrêt). Il indique que l'article 5.4 de la directive-cadre est “significativement différent”, qu'il “peut être difficile de construire le texte de la réglementation de manière à correspondre à ce langage” (point 47).

Cet arrêt illustre l'influence potentielle du droit communautaire dans l'évolution de la jurisprudence. Un tel constat ne diminue en rien l'importance du recours en manquement intenté par la Commission. En effet, la jurisprudence est incertaine et divisée. En matière pénale, la conception traditionnelle qui restreint l'obligation de sécurité n'a jamais été remise en question. Le HSE est réticent, pour des raisons politiques, à soulever le problème de la non conformité par rapport au droit communautaire. Dans l'affaire HTM, le HSE qui soutenait les poursuites pénales contre l'employeur a renoncé à invoquer

la directive-cadre. Il s'agissait pourtant d'un cas où la divergence entre le droit du Royaume-Uni et les dispositions communautaires était flagrante. Une question préjudicielle posée à la CJCE aurait pu mettre en évidence cette contradiction. Connaissant l'excellent niveau des avocats contractés par le HSE, l'obstacle est probablement politique. Soulever cette question aurait remis en cause la volonté du gouvernement de minimiser l'impact des directives sur le droit du Royaume-Uni. Le HSE a pu préférer affaiblir sa position dans le procès plutôt que de soulever un argument très dérangeant. En matière administrative, la jurisprudence connaît la même limite pour les mêmes raisons. En matière civile, l'évolution amorcée dans les arrêts English, McGhee, Skinner ou Robb est loin de constituer la tendance dominante. Seule une condamnation en manquement est de nature à permettre une unification de cette jurisprudence sur la base du respect de la directive-cadre.

## Conclusions

La critique la plus impitoyable de la défense britannique et des conclusions de l'avocat général a été exprimée par un juge anglais. Écrites il y a plus de cinquante ans, ces lignes semblent répondre à l'avance et de façon concise à leurs analyses :

“Primo, ce serait une méthode illégitime d'interpréter une loi dont l'objectif principal est de protéger les ouvriers que d'introduire par implication des mots dont l'effet serait de réduire cette protection. “Secundo, s'il avait été estimé désirable d'introduire des mots limitant la portée de la loi, le législateur n'aurait trouvé aucune difficulté à le faire...”<sup>46</sup>”

Ces deux phrases allient une vision éthique de la fonction de juger à la rigueur des principes d'interprétation juridique. L'arrêt que rendra la CJCE avant la fin de cette année nous permettra de savoir dans quelle mesure cette leçon reste une source vivante du droit pour les juges communautaires. ■

<sup>43</sup> McGhee v Strathclyde Fire Brigade (2002).

<sup>44</sup> Skinner v Scottish Ambulance Service (2004).

<sup>45</sup> Robb v Salamis (M & I) Ltd (2007). Pour un exposé détaillé, voir Stewart, 2007.

<sup>46</sup> Summers v Frost (1955).

