

// le dossier juridique

La santé au travail, le droit mou et la Covid-19

Compte rendu de la conférence de l'AFDT du 6 mai 2021

Protocoles sanitaires, fiches conseils, etc. L'essor du droit mou, qui a régi le droit de la santé au travail pendant la pandémie, a fait l'objet d'un débat nourri à l'occasion d'une conférence organisée par l'AFDT (Association française de droit du travail et de la sécurité sociale) sur « comment la Covid-19 réinterroge la santé au travail » de mai dernier.

Compte-rendu.

*Dossier réalisé
par la rédaction
de la Semaine sociale Lamy*

Le 6 mai, l'AFDT a organisé une séance intitulée « Comment la Covid-19 réinterroge la santé au travail ». Au menu notamment, l'essor du « droit mou » dénommé encore *soft law* ou comment des fiches conseils ou encore des protocoles sanitaires actualisés au fil de l'eau ont régi le droit de la santé au travail pendant la pandémie. Christine Maugüe, présidente adjointe de la section du contentieux du Conseil d'État, Grégoire Loiseau, professeur à l'École de droit de la Sorbonne et Hervé Lanouzière, directeur de l'INTEFP ont débattu de cette question d'actualité dont les enjeux dépassent le champ de la santé au travail.

1 La nature juridique du protocole sanitaire

Christine Maugüe a rappelé que pendant la pandémie, le ministère du Travail a publié dans un premier temps un certain nombre de fiches conseils métiers puis dans un second temps, le 3 mai 2020, un protocole dit de « déconfinement », dénommé depuis le 31 août 2020 « protocole pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 ». Plusieurs versions du protocole ont été publiées afin de tenir compte de l'évolution de la situation sanitaire, en dernier lieu, le 8 avril, le 18 mai et 9 août 2021.

PLUSIEURS RECOURS D'INDUSTRIELS

Ces fiches métiers et protocoles ont fait l'objet de recours d'industriels. Le premier d'entre eux était particulièrement ciblé

et concernait les fontaines à eau. Dans le cadre d'un référé suspension, l'**Affiae** (Association française de l'industrie des fontaines à eau) **demandait** au juge des référés du Conseil d'État d'ordonner la **suspension** de l'exécution de 19 **fiches conseils** établies par le ministère du Travail pour la mise en œuvre des mesures de protection contre la Covid-19 sur les lieux de travail et la continuité de l'activité économique, **en tant qu'elles préconisent l'interdiction**, la suppression ou la suspension des **fontaines à eau**. Le 29 mai 2020, le **Conseil d'État rejetait le référé suspension** (CE, 29 mai 2020, n° 440452). Le 21 avril 2021, la plus haute juridiction administrative rejetait également le recours au fond (CE, 21 avril 2021, n° 440451).

Le protocole sanitaire a lui aussi fait l'objet de contestations, cette fois par le **syndicat national de la plasturgie** qui a **contesté le port du masque** sur les lieux de travail. Dans une ordonnance du 19 octobre 2020, le **Conseil d'État a rejeté le référé suspension** (CE, 19 octobre 2020, n° 444809, *Semaine sociale Lamy* n° 1926, p. 5). Le protocole a également été contesté sur le volet télétravail. Là encore, le Conseil d'État a rejeté le référé suspension (CE, 17 décembre 2020, n° 446797, O. Dutheillet de Lamotte, *Semaine sociale Lamy* n° 1946, p. 11). Les recours au fond sont toujours pendants.

UNE DÉCLINAISON DE L'OBLIGATION DE SÉCURITÉ INCOMBANT À L'EMPLOYEUR

À l'occasion de ces recours, le Conseil d'État a eu l'occasion de s'exprimer sur la nature juridique du **protocole** qui n'est **pas un acte réglementaire à caractère contraignant** mais relève de « recomman-

datations» susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits des salariés et la situation des employeurs. Pourquoi cette analyse ? Dans la formulation utilisée par le ministère du Travail, le protocole est présenté comme édictant de simples « **recommandations** ». Le Conseil d'État a relevé que le législateur n'avait pas habilité le gouvernement à imposer des mesures aux employeurs, alors qu'il n'a pas hésité à le faire dans d'autres domaines. Le **Code du travail offre en effet tous les outils**. Les employeurs disposent d'un cadre juridique. Une **obligation légale de sécurité** pèse sur eux (*C. trav., art. L. 4121-1*). De ce point de vue, le **protocole** constitue une « **déclinaison** » de cette **obligation de sécurité** en temps de Covid.

Nous **sommes** donc bien dans le « **droit souple** », au départ identifié pour s'appliquer aux autorités de régulation (les autorités administratives indépendantes) qui publient des recommandations et qui a été ensuite étendu aux actes pris par des administrations depuis le célèbre arrêt Gisti (*CE, 12 juin 2020, n° 418142, Semaine sociale Lamy n° 1926, p. 5*). Cette **décision a consacré la justiciabilité du droit souple** : « Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ».

S'agissant de simples recommandations, les recours contre les fiches métiers et le protocole ont été systématiquement rejetés. Le **premier référé suspension** contre le protocole a été **rejeté pour absence d'urgence** car la suspension du protocole n'aurait eu aucune incidence sur la mise en œuvre des obligations inhérentes aux employeurs. Le **second référé suspension** contre le protocole a été **rejeté pour défaut de moyen** de nature à créer un **doute sérieux** sur la **légalité du protocole**.

2 Un droit impératif qui ne dit pas son nom

La tonalité de l'intervention de Grégoire Loiseau était très différente et très critique.

Pour le Professeur de droit, les **vertus** de la *soft law* sont connues : **adaptabilité, flexibilité, rapidité**. Ce sont des qualités dont on avait besoin lorsque les mesures (fiches métiers, protocole) ont été prises pour accompagner les entreprises et les salariés pendant la pandémie. Mais là où on croyait voir du « droit mou », on a découvert les **vices** d'un **droit impératif qui ne dit pas son nom**.

Ce droit a été qualifié par Grégoire Loiseau d'« infraréglementaire », **inconnu** dans notre **appareil normatif**. La méthode utilisée est une « dérive normative », voire une « dérive normativiste ». Le **ministère** du Travail s'est **arrogé un pouvoir** qui n'est **pas le sien**. Il n'y a d'ailleurs pas eu d'habilitation par le Parlement pour pouvoir adopter ces mesures par voie réglementaire. Ce n'est donc pas *a fortiori* par voie infraréglementaire qu'il était fondé à le faire.

On peut jouer sur le sens du mot « recommandation ». Mais lorsqu'il est énoncé que « le port du masque est systématique » que « le recours au télétravail doit être la règle », ou encore qu'il « faut établir un plan d'action », le terme de « recommandation » n'est **pas** franchement **adapté**. Grégoire Loiseau a rappelé la formule du doyen Carbonnier : « L'indicatif présent est plus impératif que l'impératif. » Le doute n'est pas permis. Nous sommes ici dans l'impérativité et il faut l'assumer. C'est une impérativité simulée.

Le **raisonnement contourne les règles de droit**, le Code du travail (*C. trav., art. L. 4121-1*) sur l'obligation de sécurité et surtout l'article L. 4111-6 du Code du travail selon lequel les **décrets en Conseil d'État déterminent les prescriptions particulières** relatives à certains risques, ce qui vise assurément les risques liés à la Covid-19. Le Conseil d'État explique qu'il ne s'agit pas d'actes réglementaires mais une déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur. Certes, mais ce faisant, l'article L. 4111-6 du Code du travail susvisé est contourné.

En ce concerne le **télétravail**, le protocole indique qu'il « doit être la règle ». L'**ANI** (accord national interprofessionnel) du 26 novembre 2020 « pour une mise en œuvre réussie du télétravail » prévoit, quant à lui, des dispositions en cas de « circonstances exceptionnelles ». Dans cette hypothèse, la décision de **recourir** ou non au **télétravail** « relève du **pouvoir de direction** de l'**employeur** dans le respect des dispositions des dispositions légales et réglementaires en vigueur ». Cet accord national interprofessionnel a été **étendu** par le ministère du Travail le 22 avril 2021. Or, les recommandations du protocole ne sont pas des **dispositions réglementaires**. Il y a un hiatus entre l'accord national interprofessionnel étendu par le ministère du Travail et le protocole qui impose de recourir au télétravail.

L'**instruction** du 3 février 2021 de la DGT (Direction générale du travail) dispose que lorsque les **tâches** sont **télétravaillables**, elles **doivent être télétravaillées**. **Où est le pouvoir de direction** de l'employeur ? Il y a ici une dérive certaine, qui n'est pas dangereuse si elle est temporaire. Il n'est pas impossible toutefois, déplore Grégoire Loiseau, que cette dérive se poursuive après la pandémie. On prend goût à « normer », à adopter des règles en dehors du cadre législatif et réglementaire.

Le Professeur de droit revendique d'être un juriste traditionnel qui apprécie la réglementation assumée, ce qui suppose que les normes adoptées peuvent être contestées en justice. Certes, le Conseil d'État n'a rejeté aucun recours ; il a considéré que conformément à la jurisprudence Gisti sur les documents à portée générale, le protocole est bien une norme faisant grief et est donc susceptible de recours recevable devant le Conseil d'État. Mais les ordonnances précitées d'octobre et de décembre montrent que le degré de contrôle est peu élevé. Le **Conseil n'a pas recherché si la mesure** était proportionnée au but recherché (lutte contre la pandémie). Aussi, les **réponses du Conseil d'État** ne sont **pas satisfaisantes**.

En conclusion, la *soft law* peut être utile à condition de s'inscrire réellement dans notre appareil normatif, dans notre hiérarchie des normes. À ce stade, nous sommes dans la dissimulation des normes de droit dur à travers des normes de droit mou et ce, afin d'éviter une justiciabilité, certes reconnue par le Conseil d'État mais qui s'est traduit par des rejets et une motivation surprenante. Grégoire Loiseau a formé le vœu que le droit de la Covid-19 ne perdure pas au sein du ministère du Travail.

3 Le droit souple : une fatalité

Hervé Lanouzière, Directeur de l'Intefp, a dirigé la task force qui a rédigé au début de la pandémie les différentes fiches conseil et le protocole sanitaire. Il a d'abord tenu à faire un rappel historique.

UNE LECTURE HISTORIQUE

En matière de santé-sécurité au travail, au début du XX^e siècle et jusqu'à la fin des années soixante-dix, les entreprises ont vécu avec les obligations de moyen assorties de décrets techniques, très précis qui laissaient très peu de marge à l'improvisation (les caractéristiques des lisses, sous lisses et plinthes des garde-corps, les dimensions des marches d'escaliers, etc.). Les employeurs se plaignaient de subir des textes qu'ils qualifiaient d'« inappropriés » et d'« inapplicables ». Ils plaidaient pour des obligations générales, des objectifs à atteindre et la liberté des moyens pour y parvenir. L'obligation de moyen avait aussi ses limites : un employeur qui respectait son obligation de moyen n'était pas à l'abri d'un accident. On est alors parvenu à un palier. On a eu du mal à faire progresser la prévention et obtenir des résultats plus satisfaisants. **Aucun texte** en matière de travail ne **peut prévoir toutes les situations**. Il faut savoir s'adapter à des situations réelles. À partir des années quatre-vingt-dix, suite à la directive-cadre n°89-391 du 12 juin 1989, de nouveaux décrets vont se substituer aux décrets techniques. Ces textes n'ont pas la même nature, ils ne sont pas rédigés de la même façon. Les termes employés ont même été déstabilisants pour les employeurs et les inspecteurs du travail : les moyens de protection doivent être « adaptés », « suffisants », « appropriés », « nécessaires ». L'obligation de résultat est aussi née de cette évolution. Les employeurs ne savaient pas comment mettre en œuvre les principes généraux de prévention. Ces principes sont tellement généraux qu'appliqués aux situations opérationnelles des entreprises, les employeurs ne savaient plus comment concrètement les mettre en œuvre.

Pour qu'ils soient compris et correctement appliqués, il fallait « **exemplifier** » les neuf **principes généraux de prévention**. Ce n'était d'ailleurs **pas nouveau**. La **Sécurité sociale** a toujours émis des **recommandations**,

l'Institut national de recherche et de sécurité (INRS), l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (Anact), l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) aussi. C'est ce qu'on dénomme les « **règles de l'art en prévention** ». Elles illustrent un moyen de satisfaire les principes généraux de prévention qui sont, eux, irréductibles. Il est toujours possible de faire mieux ou autrement que ce qui est recommandé dès lors que la démonstration d'une efficacité équivalente a été faite. Aujourd'hui, un employeur n'est pas obligé d'appliquer les conseils des différents organismes dès lors qu'il atteint l'objectif assigné par les principes généraux de prévention. De ce point de vue, les fiches et le protocole n'étaient qu'un moyen d'atteindre le respect de ces principes. De plus en plus de supports qui ne sont pas des supports juridiques illustrent les principes généraux de prévention.

UN PRINCIPE DE RÉALITÉ

Dans le contexte de la **pandémie**, nous avons été confrontés à un **risque nouveau** qui s'invitait dans l'entreprise. Les **routines bien connues** en matière de prévention **ne suffisaient plus**. Nous avions très peu de connaissances sur le virus mais il **fallait éclairer** les entreprises sur la façon de travailler, **en particulier** pour les **activités essentielles**. Dans ce contexte, faire paraître un texte était inadapté car à peine le texte paru, il aurait été démenti par les faits. Nous aurions été dans une insécurité juridique permanente. Les fiches conseils ont été un moyen de répondre à la crise sanitaire. Dans l'urgence, les partenaires sociaux n'étaient pas en mesure de faire paraître les mêmes documents. C'était très compliqué car, d'un côté, certaines organisations syndicales étaient très désireuses de faire valoir le droit de retrait des salariés et, de l'autre, les employeurs ne voulaient pas prendre le risque d'indiquer comment procéder de peur de voir leur responsabilité engagée. La task force mobilisait et réunissait les meilleurs spécialistes français en la matière. Les fiches conseils ont montré la robustesse des principes généraux de prévention. Dans l'urgence, nous n'avions pas d'autres supports pertinents (v. aussi H. Lanouzière, *Les principes généraux à l'épreuve de l'urgence sanitaire ou le paradoxe (apparent) de la rampe d'escalier*, *Semaine sociale Lamy* n° 1930, p. 3).



LAMYLINE, c'est être PRÊTS pour gagner en efficacité !

© shapecharge

Des contenus juridiques actualisés 100% en ligne :

- 16 domaines du droit couverts
- 12 000 modèles d'actes et formules prêts à l'emploi
- La documentation officielle la plus complète du marché
- Une veille juridique en continu issue d'Actualités du droit



© GlobalStock



Un moteur de recherche pertinent et des fonctionnalités qui répondent à vos pratiques :

- La recherche intuitive grâce à l'**auto-suggestion**
- Le **versionning** de la législation et suivi de l'affaire
- L'**analyse prédictive**
- Un système de **veille personnalisable**

A_PRÊTS_N_210x297_05-21 [PB]



Pour en savoir plus et tester
gratuitement Lamyline