

## La crise sanitaire à l'épreuve du droit souple

Tout au long de la crise sanitaire, les pouvoirs publics ont abondamment communiqué sur les mesures à suivre en matière de santé et de sécurité des salariés. Foires aux questions, recommandations, guides de bonnes pratiques et fiches thématiques n'ont pas manqué de susciter des interrogations sur leur valeur et leur caractère contraignant. Quelle a été l'importance de cette montée en puissance de ce droit dit « souple » au cours de la crise sanitaire ? Comment ce contexte a-t-il généré une évolution de sa valeur normative ? Stéphane Bloch, membre d'AvoSial et avocat en droit social associé chez Flichy Grangé Avocats, décrypte la question.

### 3 QUESTIONS À...



*Stéphane Bloch  
Membre d'AvoSial  
et avocat en droit social  
chez Flichy Grangé Avocat*

### **Pourquoi le droit souple a-t-il revêtu une telle importance stratégique pour les entreprises pendant la crise sanitaire ?**

Il est indéniable que la crise sanitaire a donné lieu à un renforcement du droit souple. La nécessité, pour les pouvoirs publics, de fixer en urgence des orientations, sur des sujets très concrets et conjoncturels (ne relevant pas nécessairement du domaine de la loi) et dans un contexte où, en tout état de cause, le fonctionnement parlementaire était un peu grippé, a conduit à une prolifération de ces actes, surtout en droit du travail. Le protocole national de déconfinement pour les entreprises du 3 mai 2020, puis le protocole sanitaire du 31 août, en ont été des illustrations très significatives.

Vu l'importance stratégique de ces protocoles, de nombreuses interrogations ont rapidement émergé sur leur valeur normative. Les chefs d'entreprises se sont demandé dans quelle mesure ils étaient liés par le protocole de déconfinement, par exemple en ce qui concernait l'interdiction des tests en entreprise : la version initiale du protocole indiquait que « les campagnes de dépistage organisées par les entreprises pour leurs salariés ne sont pas autorisées ». La question était d'autant plus pertinente que, dans un même acte de droit souple, les différentes parties peuvent être plus ou moins impératives.

### **En quoi ce contexte a-t-il donné lieu à une évolution de la valeur normative du droit souple ?**

Pour mémoire, le « droit souple » est la traduction française du concept de « soft law » du droit international. Il s'est progressivement développé en France à partir des années 1970 avec la création d'Autorités administratives indépendantes (AAI) édictant des avis et recommandations. Le Conseil d'Etat l'a défini comme l'ensemble des actes de droit qui ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion, sans créer par eux-mêmes des droits ou des obligations pour leurs destinataires, mais présentant, par leur contenu

et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit<sup>1</sup>.

Au cours des dernières années, la position du Conseil d'Etat a évolué progressivement pour accompagner le développement de ce type d'actes. Après avoir retenu, à propos des circulaires, que leurs dispositions pouvaient être déférées devant le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'elles ont un caractère impératif (CE, 18 déc. 2002, Duvignères), il a accepté d'assimiler les recommandations à des actes décisives susceptibles de faire l'objet d'un recours (CE, 21 mars 2016, NC Numéricable).

Au cours de la crise sanitaire, ces jurisprudences ont été revisitées. Dans une ordonnance de référé du 29 mai 2020 (Afifae), le Conseil d'Etat a validé les recommandations du ministère du Travail sur l'usage des fontaines à eaux sur les lieux de travail publiées dans plusieurs « fiches conseils métiers », leur conférant ainsi une portée normative. Le Palais Royal a refusé en revanche de se prononcer sur la légalité des guides de bonnes pratiques élaborés en ce domaine par les branches professionnelles, considérant qu'elles ne présentaient qu'un but informatif, quand bien même le ministère aurait pris la décision de les publier. Quelques jours plus tard, le Conseil d'Etat décidait à quelles conditions les « documents de portée générale », nouvelle catégorie d'actes administratifs, pouvaient subir un contrôle de légalité : ils doivent émaner d'autorités publiques et être 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.

## Quelles sont les conséquences de ces décisions pour les entreprises ?

Ces jurisprudences ont permis de lever des ambiguïtés sur la valeur juridique du droit souple, même si une incertitude demeure quant à la définition d'un « effet notable ». Les entreprises se savent maintenant contraintes par des dispositions telles que l'obligation du port du masque en entreprise, qui figure dans le protocole sanitaire. Elles sont donc poussées à analyser finement les dispositions de tous les guides de bonnes pratiques et autres foires aux questions publiés par le ministère du travail, pour y déceler les obligations ayant sur elles des « effets notables ». Dans ce contexte, on peut anticiper une augmentation des contentieux qui verront le juge administratif donner son interprétation de ce « droit souple endurci » et/ou prendre position, sur le fond, sur la légalité de ce nouveau type de dispositions.

Du côté de l'administration, on peut prévoir que la publication d'actes de droit souple sera davantage encadrée. Leur rédaction sera vraisemblablement plus concentrée, plus proche des actes réglementaires. Ce n'est pas la fin du droit souple, mais c'est une étape importante vers son durcissement.

---

<sup>1</sup>Conseil d'Etat, 1993, « Le droit souple »

### Retrouvez-nous :

[www.avosial.fr](http://www.avosial.fr)

[@AvoSial](#)

[LinkedIn](#)

### Contact presse :

Eugénie Boullenois, Agence Droit Devant

Tel.: 06 03 18 42 67

[boullenois@droitdevant.fr](mailto:boullenois@droitdevant.fr)

### À propos d'AvoSial

Fondé en 2004, AvoSial est un syndicat d'avocats d'entreprises en droit social qui rassemble plus de 500 membres à travers la France.

AvoSial met au cœur de ses travaux et de ses priorités la simplification et la sécurisation du droit du travail. Le syndicat se donne pour mission de valoriser le savoir-faire de ses adhérents sur l'évolution du droit social et d'élaborer une doctrine de référence. Réunis en commissions thématiques, les adhérents d'AvoSial travaillent sur des sujets d'actualité afin d'émettre des propositions concrètes, issues de leur pratique professionnelle au service des entreprises.