



AvoSial
AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL

Soft law : « Il sera difficile de brider le phénomène d'édiction de techno-normes » (S. Bloch, AvoSial)

Paris - Article n°212319 - Publié le 24/03/2021 à 17:50

Le Conseil d'État a rendu une ordonnance de référé le 03/03/2021, dans laquelle il qualifie la recommandation du ministère de la Santé, interdisant les résidents des EHPAD de sortir, de prescription, c'est-à-dire de norme impérative.

Cette décision suit les deux ordonnances déjà rendues le 19/10/2020 et le 17/12/2020 sur les recommandations du ministère du Travail et permet de compléter la jurisprudence du Conseil d'État sur le droit souple.

Une analyse de [Stéphane Bloch](#), avocat associé du Cabinet [Flichy Grangé Avocats](#) et membre du bureau d'[AvoSial](#).

[Poursuivre la lecture sur le site](#)

Que pensez-vous de l'ordonnance de référé rendue par le Conseil d'État le 3 mars 2021 ?

Pour rappel, cette ordonnance a été rendue à la suite de la saisine du Conseil d'État, appelé à se prononcer sur la légalité des recommandations du ministère de la Santé relatives à l'interdiction de sortie des résidents des EHPAD.

Dans cette décision, le Conseil qualifie cette recommandation de prescription, c'est-à-dire de norme impérative. Présentant un caractère général et absolu, elle ne peut pas être regardée, selon le Conseil d'État, comme une mesure proportionnée à l'objectif de prévention de diffusion du virus. Elle porte une atteinte grave à la liberté d'aller et venir et est manifestement illégale.

Cette décision n'est pas à proprement parler un revirement de jurisprudence, par rapport aux ordonnances prononcées le 19/10/2020 et le 17/12/2020 sur les recommandations du ministère du Travail relatives au port du masque et au télétravail.

« Les recommandations des ministères sont bien des actes administratifs »

En effet, dans ces trois ordonnances, le Conseil d'État avait déjà jugé que les recommandations des ministères étaient bien des actes administratifs, faisant grief, dont la légalité pouvait être appréciée par le juge administratif. Pour les recommandations du ministère du Travail, il a toutefois décidé qu'il n'y avait aucun doute sérieux sur la légalité de ces actes, alors que de mon point de vue la question se posait bel et bien. Il a en revanche considéré qu'interdire aux résidents des EHPAD toute sortie constituait une atteinte évidente et grave à la liberté d'aller et venir.

Le Conseil d'État s'est apparemment montré plus sensible au respect de la liberté fondamentale d'aller et venir qu'à la liberté d'entreprendre.

La formation des référés du Conseil d'État n'a peut-être pas pris toute la mesure d'une certaine dérive des administrations. Il serait souhaitable que sa formation de jugement corrige et cantonne cette ambition normative excessive.

Sur les décisions rendues en octobre et en décembre 2020

Ces décisions ne sont pas à l'abri de toute critique.

Le Conseil d'État a jugé que le protocole sanitaire national est « *un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du Code du Travail* »

« Le protocole ne serait qu'une norme relais selon le juge des référés »

Le protocole ne serait, selon le juge des référés, qu'une norme relais, élaborée par le ministère du Travail, pour informer et au besoin conseiller les employeurs sur les mesures à prendre pour le respect de leur obligation de sécurité. La recommandation ne serait qu'une simple déclinaison matérielle de cette obligation.

Cette présentation est contestable car elle minore la force normative de ces recommandations pourtant très prescriptives et justifie en creux un contrôle allégé de leur légalité. Dans le domaine du télétravail par exemple, l'ANI de novembre 2020 énonce expressément que le télétravail peut être considéré comme un aménagement du poste de travail dans le cadre de circonstances exceptionnelles. Dans ce cas, la décision relève du pouvoir de direction de l'employeur dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur.

« Le ministère du Travail nous paraît usurper un pouvoir décisionnaire qui ne relève pas de ses compétences »

Ainsi, d'un côté le protocole du ministère veut imposer la mise en place du télétravail. De l'autre, l'ANI prévoit que le télétravail relève du pouvoir de direction de l'employeur. En se substituant à l'employeur pour lui imposer, sous couvert de mise en œuvre de sa propre obligation de sécurité, le recours au télétravail quand celui-ci est possible, le ministère du Travail nous paraît usurper un pouvoir décisionnaire qui ne relève pas de ses compétences, au mépris de la liberté d'entreprendre des employeurs.

Comment encadrer le droit souple ?

« Il sera difficile d'endiguer le phénomène d'édiction des techno-normes »

La crise sanitaire a été un accélérateur extraordinaire des normes de droit souple. Il s'est avéré pratique pour les ministères, notamment le ministère du Travail, de communiquer de façon pédagogique et d'explicitier les mesures à prendre. Le pli est pris et il sera probablement difficile

d'endiguer ce phénomène d'édiction des « techno-normes », reflet de la technocratie qui les produit.

En revanche, ce qui est fondamental, c'est qu'à partir du moment où ces normes de droit souple présentent un caractère impératif, il est indispensable, dans un État de droit, que la juridiction administrative accepte de les contrôler, comme c'est heureusement le cas désormais.

Le Conseil d'État a semblé assez bienveillant avec l'Administration dans les contentieux du masque en entreprise et du télétravail. Néanmoins, l'ordonnance de mars 2021 montre que certaines limites ne peuvent être franchies dans cette dérive normative.

« Le juge judiciaire a pris le contre-pied de l'Administration »

Le juge judiciaire a également son mot à dire et il s'est d'ailleurs prononcé très récemment en prenant le contre-pied de l'Administration dans une décision rendue par le Tribunal Judiciaire de Nanterre.

En effet, dans les questions-réponses relatif au télétravail, le ministère du Travail a décidé que dès lors que les salariés exerçant leur activité dans les locaux de l'entreprise bénéficient des titres-restaurants, les télétravailleurs doivent aussi en recevoir si leurs conditions de travail sont équivalentes. Le ministère a fondé sa position, formulée en des termes impératifs, sur le principe d'égalité de traitement posé par l'ANI du 19/07/2005.

Dans un jugement prononcé le 10/03/2021, le Tribunal Judiciaire de Nanterre a jugé au contraire que, en l'absence de surcoût lié à la restauration hors de leur domicile, les télétravailleurs à domicile ne pouvaient prétendre à des titres-restaurant, leur situation n'étant pas comparable à celle des salariés travaillant sur site qui n'ont pas accès à un restaurant d'entreprise et auxquels sont remis des titres-restaurant.

Ainsi, tant le juge administratif que le juge judiciaire posent des limites à cette inflation normative un peu débridée et conçue dans l'urgence.

Il est compréhensible qu'en période de crise, l'Administration cède à la tentation du droit souple aisé à mettre en œuvre et doté de vertus didactiques et pédagogiques. Mais il ne faudrait pas que cette pratique perdure sans limites en situation plus normale et se substitue finalement à un mode d'élaboration de la norme plus conforme aux textes en vigueur.

L'administration a-t-elle outrepassé sa compétence en édictant ces normes ?

Il ne faut bien entendu pas généraliser et jeter l'opprobre sur les différents ministères, notamment le ministère du Travail, qui ont du gérer et

continuent à gérer dans l'urgence une crise sans précédent. Mais d'un point de vue strictement juridique, force est de constater que des libertés nous paraissent avoir été prises avec certaines règles qui définissent en particulier le champ du pouvoir réglementaire.

Ainsi, l'article L. 4111-6 du Code du Travail dispose qu'en matière de santé et sécurité au travail, des décrets en Conseil d'État déterminent les prescriptions relatives à certains risques (sans les énumérer). Cet article permet ainsi à l'Administration d'édicter des normes dans le cadre d'une procédure spécifique, propre à son pouvoir réglementaire, grâce à des décrets contrôlés devant le Conseil d'État.

« L'Administration n'a pas utilisé la procédure légale de décrets en Conseil d'État »

L'Administration n'a pas utilisé cette procédure. Or, que sont les mesures édictées par le ministère dans le protocole sanitaire, notamment la généralisation du port du masque en entreprise ou encore le télétravail ? Ne s'agit-il pas précisément des « prescriptions » dont parle l'article L 4111-6 ? La question est permise et il serait heureux que le Conseil d'État puisse la trancher en formation de jugement.

Si le législateur a prévu de confier au pouvoir réglementaire la déclinaison des principes et obligations qu'il détermine, c'est au moyen de décrets en Conseil d'État et non de normes de droit souple produites de façon spontanée sans habilitation législative.

« C'est un débat de juristes qui peut échapper aux chefs d'entreprise »

C'est un débat de juristes, qui peut échapper aux chefs d'entreprise, surtout les plus petites d'entre elles qui ne sont pas dotées d'équipes de juristes internes et qui ne vont pas spontanément mettre en doute la force contraignante ou la portée d'un document produit sous le sceau du ministère du Travail, quelle que soit sa dénomination (protocole, guide pratique, questions-réponses, etc.).

Et c'est précisément l'effet recherché par l'Administration qui veut « imposer » le télétravail par exemple, pour des motifs parfaitement louables, alors qu'il ne peut s'agir, en l'état du droit, que d'une incitation à appliquer une mesure permettant, parmi d'autres mesures, de respecter l'obligation de sécurité mise à la charge de l'employeur par la loi.

Cette production normative se manifeste-t-elle en dehors des préoccupations liées à la crise

sanitaire ?

Oui et les sujets en cause ne répondent pas tous à des besoins impérieux de sécurité.

Pour n'en citer qu'un exemple, le ministère du Travail a publié un questions-réponses mi-juillet 2020, relatif à la rupture du contrat de travail.

Il y est affirmé que lorsque l'employeur précise, à la demande d'un salarié, les motifs de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement, comme le permet l'[ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017](#), le point de départ du délai de contestation du licenciement court à compter de la notification de la lettre précisant les motifs et non de la lettre de licenciement originale.

Or, cette position est tout à fait contestable. En effet, à la lecture de l'[article L.1235-2 du Code du Travail](#), il est possible de penser qu'au contraire, la lettre secondaire fait corps avec la lettre initiale, qui continue à servir de repère au point de départ du délai de prescription.

« Le juge judiciaire n'est pas lié par la lecture faite de l'Administration »

En cas de conflit, le juge judiciaire ne sera bien entendu pas lié par cette « lecture » de l'Administration, comme l'a montré le Tribunal Judiciaire de Nanterre sur les tickets-restaurants.

Ainsi, cet emballage normatif, qui peut s'expliquer et même se justifier en période exceptionnelle où le gouvernement peut préférer l'efficacité immédiate d'un questions-réponses à la mise en œuvre plus lourde de la production d'un décret en Conseil d'État, est en revanche à modérer lorsque la tempête se calme.

Il est source de confusion et d'incertitudes sur la portée et la valeur de la norme, ce qui n'est jamais bon dans un État de droit.

Stéphane Bloch

Avocat associé @ Flichy Grangé Avocats

Parcours

Flichy Grangé Avocats
Avocat associé

Depuis juillet 2018

Cabinet KGA Avocats
Avocat associé

1996 - 2018

Cabinet Frêche-Lombard Avocat	1993 - 1996
Cabinet Levy-Bloch Avocat	1990 - 1993
Cabinet Pierre Sanglade Avocat	1987 - 1990

Établissement & diplôme

Ecole de Formation du Barreau de Paris Élève-Avocat	1986 - 1987
Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne DEA Droit privé général et Droit international privé	1984 - 1987

[Consulter la fiche sur le site](#)

Fiche n° 39315, créée le 24/04/2020 à 16:43 - Màj le 29/04/2020 à 15:44



AvoSial

- **Syndicat d'avocats spécialistes dans le domaine du social**
- **Mission** : être force de réflexion, de proposition et d'action dans le domaine du droit social des affaires
- **Membres** : 500 revendiqués à travers la France.
- **Président** : Nicolas de Sevin
- **Contact** : [Cécile de Bentzmann](#) - Agence Droit Devant
- **Tél.** : 01 39 53 53 33

Catégorie : Cabinets d'Avocats

[Consulter la fiche sur le site](#)

Fiche n° 5043, créée le 17/05/2017 à 07:12 - Màj le 28/04/2020 à 11:03

À télécharger

 **Conseil d'État, ordonnance de référé, n° 449759, 03/03/2021**

PDF - 250,03 Ko

À lire aussi

À lire aussi

Essentiels



Soft law : le droit à l'épreuve du Covid en 2020 (Jean-Pierre Willems) 2/2

Si la prolifération de la « soft law » caractérise l'année 2020, elle est également marquée par la multiplication du recours aux ordonnances. Cert...



Soft law : le droit à l'épreuve de la Covid-19 en 2020 (Jean-Pierre Willems) 1/2

Dans bien des domaines le diagnostic est porté que la Covid ne crée pas les évolutions mais qu'il les accélère. Comme par exemple pour le développemen...



« Il n'existe pas de doute sérieux sur la légalité du protocole sanitaire » (Conseil d'État)

- Le protocole sanitaire constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur, dans le c...



« Le protocole sanitaire constitue un ensemble de recommandations » (Référé, Conseil d'État)

- Le protocole sanitaire constitue un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le ca...

Actualité(s)



Les salariés en télétravail ne peuvent pas prétendre aux tickets restaurant (TJ Nanterre)

- L'objectif poursuivi par l'employeur, qui finance des tickets restaurant, est de permettre à ses salariés de faire face au surcoût lié à la restaura...

À lire aussi

En vignette : Stéphane Bloch, avocat associé du Cabinet Flichy Grangé Avocats et membre du bureau d'Avosial - © DR.

Accéder au site > [Accueil](#) [News](#) [Tank](#) [Think](#) [Data](#) [Annuaire](#)

Accéder au site > [Paramétrer](#) [Changer identifiants](#) [Suspendre](#)

Accéder au site > [Rédaction](#) [Commercial](#) [Webmestre](#)

© News Tank RH - 2021 - Reproduction et rediffusion interdites sans autorisation.



Code de la propriété intellectuelle : « La contrefaçon (...) est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Est (...) un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur. »