



HAL
open science

Droit étatique et processus de normalisation : quelles relations possibles en santé et sécurité au travail?

Loïc Lerouge

► **To cite this version:**

Loïc Lerouge. Droit étatique et processus de normalisation : quelles relations possibles en santé et sécurité au travail?. *Communitas*, 2021, La pluralité de normativités en matière de sécurité et de santé du travail, 1 (2). <halshs-03463602>

HAL Id: halshs-03463602

<https://shs.hal.science/halshs-03463602v1>

Submitted on 20 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Droit étatique et processus de normalisation : quelles relations possibles en santé et sécurité au travail?

Loïc Lerouge ¹

RÉSUMÉ

Les sources juridiques du droit de la santé et de la sécurité au travail sont éclatées, notamment entre le droit international, le droit de l'Union européenne, le droit national et le droit conventionnel issu du dialogue social. Aujourd'hui, une autre évolution émerge fortement, résultant de l'apparition d'un processus de normalisation de la gestion de la santé et de la sécurité au travail généré par des organismes privés, qui crée ainsi une norme extrajuridique de plus en plus influente. L'objectif de cette contribution est d'étudier la portée et la nature de ce type de norme, mais aussi de voir s'il existe une articulation avec les normes étatiques de santé et sécurité au travail tant le développement de la normalisation paraît aujourd'hui inéluctable. Le but n'est pas de les opposer, mais au contraire d'y trouver une complémentarité dès lors que cette normalisation se justifie et ne prend pas le pas sur le droit étatique en santé et sécurité au travail.

MOTS-CLÉS : Santé et sécurité au travail, Droit étatique, Normalisation, Articulation des normes

ABSTRACT

The legal sources of occupational health and safety law are divided between international law, European Union law, national law and conventional law resulting from social dialogue. Today, another development is strongly emerging in occupational health and safety management resulting from the emergence of a standardisation process generated by private bodies which are thus creating an increasingly influential extra-legal standard. The aim of this contribution is to study their scope and nature, but also whether there is a link with legal occupational health and safety standards and since the development of standardisation now seems ineluctable. The aim would not be to oppose them, but on the contrary to find a complementarity between them where this is justified and does not take precedence over legal standards in occupational health and safety.

KEYWORDS : Occupational health, State law, Standardisation, Articulation of standards

2 *Droit étatique et processus de normalisation*

¹ Directeur de recherche au CNRS; Porteur de la Chaire internationale d'études comparées de la santé au travail; COMPTRASEC (Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale) UMR5114; CNRS-Université de Bordeaux.

Introduction

Le constat de l'éclatement des sources du droit de la santé et de la sécurité au travail est généralement partagé, que l'on décrive par-là la multiplicité des sources internes ou bien l'importance donnée à des sources internationales, communautaires, nationales et conventionnelles. Cependant, de nos jours, une évolution est en cours en matière de santé et sécurité au travail concernant ses sources normatives. Il devient en effet d'usage de renvoyer de plus en plus fréquemment vers des normes techniques¹ à visée sociale² ou gestionnaire³, établies par un organisme privé de normalisation, ce qui crée une norme extrajuridique susceptible d'entrer en concurrence avec les normes juridiques internationales et nationales⁴ en participant à un processus de délégalisation⁵. Cette évolution peut aboutir à une sorte de « *self-service* normatif⁶ » et à une libéralisation des normes en matière de santé et de sécurité au travail. De nombreuses autorités nationales ont ainsi délégué l'édition de normes techniques à des organismes privés de normalisation au niveau national, mais aussi au niveau international, avec l'Organisation internationale de normalisation (ISO)⁷. Il en résulte ce qui est alors considéré comme une « norme préventive en-dehors du processus classique de création des normes juridiques⁸ », mais qui participe à un mouvement contemporain d'élaboration complexe du droit et de déplacement des sources du droit de la santé et de la sécurité au travail vers les pouvoirs économiques privés⁹. Ainsi, dans le cas de la France, le rôle de l'Association française de normalisation (AFNOR)¹⁰ est d'élaborer des normes techniques de sécurité qui pourront être homologuées par le Directeur général (après instruction) et faire l'objet d'une publication au Journal Officiel¹¹. La norme contribuera alors à l'application de la réglementation technique ou deviendra d'application obligatoire. Des normes peuvent par exemple contribuer à l'application des dispositions du Code du travail¹² et du Code

¹ Isabelle VACARIE, Alain SUPIOT, « Santé, sécurité et libre circulation des marchandises », *Droit Social*, n° 1, janv. 1993, p. 18-28.

² V. par exemple au niveau international la norme ISO 26000.

³ V. par exemple au niveau international la norme ISO 46001 et future 45003.

⁴ Isabelle DAUGAREILH, « Le droit à l'épreuve de la RSE », dans Corinne GENDRON (éd.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, L'école de Montréal, Armand Colin, Paris, 2013, p. 199-214.

⁵ Alain SUPIOT, « Délégalisation, normalisation du droit », *Droit social*, n° 5, mai 1984, p. 296-307.

⁶ Alain SUPIOT, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », dans Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, *Analyses juridiques et valeurs en droit social*, 2004, Paris, p. 541-558.

⁷ <https://www.iso.org/fr/about-us.html>

⁸ Bertrand SALMON, *Le droit de la santé et de la sécurité du salarié, vers un droit au travail sûr*, thèse droit, Nantes, 2000, p. 249.

⁹ Isabelle DAUGAREILH, « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'inter normativité », dans Michel CAPRON, Françoise QUAIREL-LANOIZELÉE, Marie-France TURCOTTE (dir.), *ISO 26000 : une norme 'hors norme' ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, éd. Economica, 2010, p. 147-163.

¹⁰ <https://www.afnor.org/>

¹¹ Anne PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1988, Paris, p.112.

¹² V. la synthèse de la réglementation dans le Code du travail sur les chutes de hauteur réalisée par l'INRS : <https://www.inrs.fr/risques/chutes-hauteur/reglementation-travail-hauteur.html>.

de la construction relatives à la prévention du risque de chute dans le cadre des travaux en hauteur¹³.

Toutefois, si l'objet de cette étude est de s'arrêter plus précisément sur la « normalisation », elle ne doit pas être confondue avec la « standardisation » ou la « certification ». La standardisation concerne la production de modèles types (standards) en série, tandis que la « certification » renvoie à l'évaluation de la conformité d'un produit à un référentiel déterminé selon un organisme indépendant qui délivre alors un certificat¹⁴. Cette étape intervient après la phase de normalisation afin d'évaluer et d'attester par un organisme tiers la conformité d'un produit, d'un service ou d'un procédé à une norme prédéfinie¹⁵.

Selon l'article 1^{er} du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation¹⁶, celle-ci « est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable ». Elle s'inscrit dans un processus d'élaboration et de production de documents de références, appelés des normes, issus des travaux collectifs qui ont réuni les parties prenantes d'un secteur donné¹⁷ (partenaires sociaux, représentants de gouvernements, agences de conseil, personnalités du monde de la recherche, etc.¹⁸). La normalisation peut être conçue comme à la fois un processus, un résultat et un moyen d'action¹⁹. Ses origines modernes sont liées aux progrès techniques et au développement des relations internationales au XX^e siècle qui ont contraint un certain nombre de pays à rationaliser la production industrielle. Ainsi, dès 1910, l'Union des syndicats de l'électricité et le Comité électronique français ont par

¹³ Article L. 134-12 du Code de la construction.

¹⁴ Magali LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime? », *Revue française de droit administratif*, 2005, n° 4, p. 738-752; v. aussi, Franck GAMBELLI, « Définitions et typologie des normes techniques », *Les Petites Affiches*, n° 18, 11 février 1998, p. 5-11; Jacques IGALENS, Hervé PENAN, *La normalisation*, PUF, Coll. Que sais-je?, 1994, Paris, 127 p.

¹⁵ Alice TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, Connaissances et Savoirs, Coll. Droit civil et procédures, 2018, Paris, p. 18 ; v. aussi Agnès GRECARD, « Normalisation, certification : quelques éléments de définition », *Revue d'économie industrielle*, n° 75, 1996, p. 45-60.

¹⁶ JORF du 17 juin 2009.

¹⁷ Alice TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, et Agnès GRECARD « Normalisation, certification : quelques éléments de définition », *op. cit.*

¹⁸ Jacques IGALENS, « Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26000 », *op. cit.*; les parties-prenantes étaient largement représentées particulièrement concernant l'élaboration de la norme ISO 26000, qui était une norme sociale. Concernant les normes techniques, les parties-prenantes sont moins représentées, notamment les acteurs sociaux et les représentants des pouvoirs publics.

¹⁹ Alice TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, *op. cit.*, p. 18 et suiv.

exemple émis « des règles relatives aux machines et aux transformateurs, aux douilles et aux culots de lampe, aux prises de courant, etc.²⁰ ».

Par ailleurs, d'autres normes existent. Par exemple, en sus des dispositions du Code du travail relatives à la prévention des atteintes à la santé au travail et aux normes techniques préventives, l'employeur doit édicter dans l'entreprise des normes de prévention via le règlement intérieur²¹ qui engage sa responsabilité et s'impose à l'ensemble de la collectivité de travail²². Le pouvoir de l'employeur devient réglementaire en édictant des règles qui s'appliqueront dans le domaine de la protection de la santé des travailleurs et qui s'intégreront dans l'ordre juridique étatique. L'effet impératif de cette réglementation fait que l'employeur se trouve lié par des règles qu'il a édictées lui-même, invocables devant un juge à l'occasion d'un litige²³. En revanche, tel n'est pas le cas des « codes de conduite » ou des « chartes éthiques » adoptées par les entreprises et qui abordent le plus souvent les questions de conditions de travail et de gestion de l'environnement. Sans valeur contraignante, ils énoncent des règles générales de comportement ou rappellent simplement des normes préexistantes et souffrent ainsi souvent du défaut de moyens, de dispositifs de contrôle et de sanctions. Si une certaine légitimité et crédibilité peut y être trouvée²⁴, le développement de ces codes et chartes ne saurait se substituer à la négociation collective.

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit du travail du 22 septembre 2017²⁵, le droit du travail s'élabore principalement par la négociation collective, la loi étant rendue à certains égards supplétive et n'offrant qu'un cadre normatif minimal et impératif. Ainsi, une partie du droit de la santé et de la sécurité au travail, notamment celui relatif au bien-être au travail et au fonctionnement de la représentation en santé au travail, est principalement le fruit des négociations entre partenaires sociaux sur les conditions de travail et la qualité de vie au travail à l'échelle de la branche professionnelle ou de l'entreprise.

²⁰ Claude J. BERR, « Normalisation », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2011, p. 4.

²¹ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JORF* du 6 août 1982, p. 2 518.

²² Dans un arrêt en date du 12 novembre 1990 « Société Atochem », n° 95823 et 95856, le Conseil d'État admet que le règlement intérieur s'impose « à toutes les personnes qui exécutent un travail dans l'entreprise ou l'établissement, que ces personnes soient liées ou non par un contrat de travail avec l'employeur qui a établi le règlement ».

²³ Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Coll. Connaissances du droit, 2^{ème} édition, 2015, Paris, p. 53-54 ; Alain SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Droit Social*, n° 3, mars 1992, p. 215-226.

²⁴ V. Isabelle DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 9, 26 Février 2003, doct. 112.

²⁵ V. les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 portant sur la réforme du droit du travail, notamment les ordonnances n° 2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective, n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales et n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective.

Le phénomène de la normalisation interroge également le respect des droits fondamentaux de la personne. En effet, le « droit à la santé » ne s'arrête pas à la frontière du travail²⁶. Il s'étend au-delà du respect des normes techniques et de la mise en œuvre de la normalisation et de l'organe de protection de la santé au travail. Un des enjeux forts est alors d'intégrer dans les politiques d'organisations du travail, mais aussi dans les logiques économiques, les problématiques de santé et de sécurité au travail²⁷.

L'essor de la normalisation interroge et envahit de nouveaux horizons tels que la relation « entreprise-salariés²⁸ ». Or, en prenant la forme du droit, la normalisation ne viendrait-elle pas en prendre la place²⁹? L'objectif de parcourir de nombreux travaux sur la normalisation et les normes techniques est de rechercher s'il existe un mouvement de libéralisation des normes de santé et de sécurité au travail à travers la normalisation face aux normes juridiques étatiques (1). Or, « dans un monde de plus en plus interdépendant et interconnecté, le contenu et la diffusion des normes sont devenus des enjeux de pouvoir et d'influence entre entreprises, entre pays et entre parties prenantes³⁰ ». Ce mouvement ne doit pas se faire au détriment du respect des droits fondamentaux et de l'application des normes étatiques en faisant du processus de normalisation les nouvelles normes de référence. Les appliquer ne permet pas nécessairement d'atteindre les objectifs de prévention définis par le législateur³¹. En conséquence, le but n'est pas de les opposer, mais d'y trouver une complémentarité dès lors que celle-ci se justifie (2).

²⁶ La nature de « droit fondamental » de la santé au travail reste cependant très discutée, comme le montre l'absence dans les politiques de l'OIT de la question des conditions de travail sûres et salubres dans le cadre des principes et droits fondamentaux au travail. La proposition visant à déclarer la santé et la sécurité au travail « principe et droit fondamental au travail » n'a ainsi pas été examinée à la 304^{ème} session du Conseil d'administration de l'OIT malgré les effets de la pandémie qui ont rendu la santé et la sécurité au travail « plus pertinente que jamais », déplore ainsi le porte-parole du groupe des travailleurs; v. point 7 du projet de procès-verbaux de la Section du programme, du budget et de l'administration à la 304^e session du Conseil d'administration de l'OIT (octobre-novembre 2020), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_762520.pdf. La question devrait être à nouveau mise en débat à l'occasion de la prochaine Conférence internationale du travail, en juin 2021.

²⁷ V. la Conférence « Towards a Feasible New Economy of Innovative and Healthy Work », organisée à l'Université de Bordeaux les 28 et 29 avril 2016 par Robert KARASEK et Loïc LEROUGE, <https://healthywork2016.sciencesconf.org/resource/page/id/1.html>.

²⁸ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, Lexinexis, Paris, 2015, p. 263.

²⁹ Magali LANORD FARINELLI, *op. cit.* et analogie faite avec la réflexion de Marie-Anne FRISON-ROCHE sur les normes techniques dans son article « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *Revue trimestrielle de droit civil.*, 1998, p. 43-57.

³⁰ Marie-Josèphe CARRIEU-COSTA, Alan BRYDEN, « Éditorial. La normalisation : principes, histoire, évolutions et perspectives », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, 2012/3 (N° 67), p. 5-6.

³¹ Francis MEYER, « Les valeurs d'exposition aux risques : outils ou obstacle à la prévention? », *Droit Ouvrier*, n° 553, janv. 1995, p. 12-13.

1. La libéralisation des normes de santé et de sécurité au travail

Le foisonnement et l'enchevêtrement de textes portant sur la santé et la sécurité au travail peuvent laisser le juriste perplexe – sans doute plus encore les préventeurs – tant il faut démêler les textes qui s'appliquent de ceux qui ne s'appliquent pas, ainsi que les textes contraignants des textes non contraignants. Pour y voir plus clair, il serait utile de confronter les normes, notamment ISO, aux sources du droit de la santé au travail en entamant une réflexion sur leur nature : « sont-elles du droit? » (1.1). Quoi qu'il advienne de la réponse qui sera formulée, l'expansion de la normalisation dans les politiques de santé au travail et la place qu'elle occupe désormais nous amènent à nous interroger sur une corégulation de la santé et la sécurité au travail avec les normes de droit étatique (1.2).

1.1. La normalisation : une source du droit de la santé au travail ?

En santé au travail, la normalisation au niveau national comme la référence aux normes de l'OIT sont une source d'inspiration pour les normes ISO. Ainsi en est-il de la norme ISO45001, élaborée pour la gestion de la santé et de la sécurité au travail, qui découle notamment de la norme du *British Standard Institution* (BSI) BS OHSAS 18001 pour « *British Standard Occupational Health and Safety Assessment Series* ». La norme de l'Organisation internationale du Travail ILO-OSH 2001 pour la sécurité et la santé au travail a aussi été un facteur d'inspiration.

Ces normes³² offrent un cadre de référence et des lignes directrices concernant les politiques de gestion de la santé et de la sécurité au travail. Toutefois, compte tenu de leur influence, de la puissance de la communication et de la politique de diffusion qui les accompagne, mais aussi au regard de la réponse en souplesse qu'elles apportent par rapport au droit étatique souvent jugé trop prescriptif et contraignant³³, ces normes ne deviendraient-elles pas elles-mêmes une source du droit de la santé et de la sécurité au travail?

La normalisation se déplace de la réalisation de normes techniques vers un processus de normalisation de sujets de société, par exemple à travers la responsabilité sociale des entreprises, l'environnement et la santé et la sécurité au travail. Sa finalité se rapproche ainsi de celle des normes juridiques. L'évolution des normes techniques montre un certain

³² Peut aussi s'ajouter la norme québécoise du Bureau de Normalisation du Québec (BNQ) CAN/CSA-Z1003-13/BNQ 9700-803/2013 sur la santé et la sécurité psychologiques en milieu de travail.

³³ Boris BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 2016-4, n° 164, p. 1499-1536.

alignement avec les normes juridiques en visant « un comportement individuel et collectif dans un domaine déterminé³⁴ ». Ces normes ont également en commun d'instaurer des limites au-delà desquelles un comportement sera considéré comme antisocial, antiécologique et illicite³⁵.

En conséquence, afin de mieux maîtriser les risques prévisibles pour la santé, la société a développé des règles prescriptives destinées à éviter leur réalisation. Des normes techniques ont alors été élaborées pour assurer la protection et la sécurité des personnes. Néanmoins, le champ d'action de ces normes dépasse désormais le champ des produits et des services. Il investit aussi celui de la « sécurité sociétale », tel qu'appelé par Anne Penneau, qui se développe en dehors du domaine généralement considéré par les juristes³⁶ et qui concerne la préservation de valeurs centrales caractérisant notre société³⁷. Les juristes se sont détournés de ce champ en s'inquiétant que la technicité des objets traités par les normes techniques ne vienne dénaturer les questions juridiques qui en découlent³⁸.

Toutefois, la norme juridique se distingue de la normalisation en signifiant la prescription d'un acte de volonté qui est accepté et dont on est dépendant, qui résulte aussi de la qualité des autorités publiques dont elle émane. À la lecture des travaux d'Antoine Jeammaud, la norme juridique peut être interprétée comme « une espèce de modèle » dont la vocation est de servir de référence permettant de déterminer comment les choses doivent être pour qu'un énoncé puisse tirer sa signification normative³⁹. La règle est générale (formulée en termes abstraits et impersonnels) et permanente. En outre, le processus démocratique d'élaboration de la norme juridique et le besoin de règles de droit pertinentes permettent de demander des explications à travers des procédures de consultation ou de négociations instituées par la loi ou le droit conventionnel. L'espérance de ce processus démocratique est d'obtenir des inflexions des décisions⁴⁰. Le caractère prescriptif de la norme juridique implique qu'elle contient des obligations, des interdictions, des permissions, des sanctions, etc. La contrainte est considérée comme « un élément structurel du droit lui-même tel qu'il est

³⁴ Simon CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, 1983, p. 283.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ V. Anne PENNEAU, « Sécurité des personnes : réglementation ou normalisation? Quelles évolutions, quelles limites? », in *Liber amicorum Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 763-782.

³⁷ B. Buzan, « Societal security, state security and internationalisation », O. Waever, B. Buzan, M. Kelstrup and P. Lemaitre (ed.), *Identity, Migration and the New Security Agenda in Europe*, London, 1993, p. 57 cité par G. Arcudi, « La sécurité entre permanence et changement », *Relations internationales*, 2006/1, n° 125, p. 97-109.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199-238.

⁴⁰ Antoine JEAMMAUD, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit Ouvrier*, n° 598, juin 1998, p. 240-248.

édicte et mis à l'œuvre dans les sociétés humaines⁴¹ ». La norme juridique s'inscrit également dans un processus de validité au regard de sa conformité à d'autre(s) norme(s) du système auquel elle correspond. Ce processus est relatif, car celle-ci est juridiquement valide par rapport au système dans lequel elle est énoncée⁴². Or, les normes découlant de la normalisation en santé et sécurité au travail ne sont pas juridiques, car elles appartiennent à un système normatif non juridique et ne se fondent pas sur une « norme unique qui fonderait leur validité commune » et qui lui conférerait sa validité juridique⁴³.

Les normes juridiques, notamment internationales, ou les normes issues d'un processus de normalisation reposent néanmoins sur un consensus, mais qui n'a pas la même portée⁴⁴. Celui-ci est néanmoins indispensable pour la validité de la norme, mais est cependant possiblement exposé à l'influence de groupes de pression (les lobbies). Ainsi, la garantie de la légitimité de la norme et la limitation de l'influence des lobbies dépendent du mode de gouvernance de la norme qui régule les rapports de force en présence et diffère selon le caractère juridique ou non juridique de la norme. Or, ce sont les pouvoirs publics et non les agences de normalisation qui ont pour mission d'assurer et d'arbitrer la satisfaction de l'intérêt général dans le cadre d'un discours et d'un processus public et démocratique.

La normalisation envahit cependant l'espace juridique et le met à l'épreuve, car elle prend d'une certaine manière le contrepied de l'étatisme juridique en offrant un recours à une libéralisation des modes de production de normes et répondant à une « approche pragmatique des sources formelles du droit⁴⁵ ». Ce pragmatisme permettrait de raisonner « en fonction de ce qui doit être et non de ce qui est⁴⁶ », ce qui conduirait à « se pencher sur les sources matérielles et non plus sur les sources formelles⁴⁷ ». En suivant cette approche, les normes en santé et sécurité au travail seraient alors susceptibles de constituer des normes

⁴¹ Paul AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 4.

⁴² Eric MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/881/pdf>.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Par exemple, le consensus requis par l'OIT pour adopter une convention internationale est beaucoup plus large que celui requis par l'ISO puisqu'il nécessite l'accord de tous les États membres tout en respectant le tripartisme pour chacun d'eux, v. la résiliation de l'accord entre OIT et ISO de 2013 par l'OIT, DAUGAREILH, « La Déclaration du centenaire de l'OIT : tout un programme ! », *Droit social*, n° 1, janv. 2020, p. 5-16. Concernant les normes étatiques, elles sont issues d'un processus démocratique, mais ne requièrent pas en tout état de cause un consensus car elles sont adoptées par la majorité politique au pouvoir.

⁴⁵ Boris BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 2016-4, n° 164, p. 1499-1536.

⁴⁶ Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, Paris, p. 5.

⁴⁷ Boris BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *op. cit.* qui prend aussi comme exemple Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit » dans Danièle BOURCIER, Pierre MACKAY (dir.), *Lire le droit – Langue, texte, cognition*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1992, Paris, p. 121.

auxquelles se référer. Elles tireraient leur force normative à l'instar d'une source du droit en servant de guide à côté des sources formelles dans l'interprétation du droit, en s'imposant comme une « force d'influence » ou une « force de référence⁴⁸ ». Il peut aussi être fait référence aux normes de santé et de sécurité au travail issues de la normalisation pour démontrer que l'employeur a pris les mesures de prévention nécessaires pour éviter le risque de qualifier l'exécution de son obligation de sécurité et éviter que sa responsabilité ne soit engagée devant le juge⁴⁹. Par ailleurs, la proposition de loi en cours d'examen par le Parlement français pour renforcer la prévention en santé au travail prévoit que l'employeur fixe annuellement un programme de prévention qui, théoriquement, est susceptible d'intégrer des références aux normes de santé et de sécurité au travail résultant d'un processus de normalisation.

Cette approche rejoint à certains égards celle de Pierre Amselek qui, à propos des normes techniques et de l'immixtion de la science dans la norme juridique⁵⁰, estimait qu'elles servent, « dans l'ordre des faits d'activité humaine, d'outils de référence destinés à guider l'action des hommes dans la conduite d'eux-mêmes, c'est-à-dire dans la création d'eux-mêmes, dans la confection de leurs propres comportements, dans la fabrication d'une histoire humaine sur mesure, ce qui implique que cette histoire humaine n'est pas déjà entièrement préconfectionnée, qu'il y a place pour une certaine liberté créatrice⁵¹ ».

À l'instar de la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociale, la normalisation sur la gestion de la santé et de la sécurité au travail brouille les relations entre normes techniques et normes juridiques⁵². En effet, le contenu de ces normes emprunte de manière troublante le langage du droit, mais en même temps, les auteurs de ces normes ne cessent de s'y référer, de s'en démarquer, de s'en rapprocher ou de s'en écarter⁵³. La

⁴⁸ Catherine THIBIERGE (dir.), « Synthèse » dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 792 citée par Boris BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *op. cit.*; et comme peut l'être une Directive européenne non transposée qui n'a pas d'effet impératif immédiat, mais qui est dotée d'une force de référence en servant de guide au juge dans l'interprétation du droit national. Romain BOFFA, « La force normative des directives non transposées » dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 323-334 cité par Boris BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *op. cit.* Voir aussi CJCE, 18 déc. 1997, Inter-Environnement Wallonie aff. C-129/96, rec., p. I-7411 et l'arrêt du Conseil d'État du 10 janvier 2001, n° 217237, qui se fonde sur cet arrêt de la CJCE pour accueillir la demande d'annulation d'un arrêté pour excès de pouvoir qui ne respectait pas les délais prévus par la Directive Euratom non encore transposée en matière d'effluents radioactifs.

⁴⁹ Cela est théorique, il n'existe pas à notre connaissance de référence par exemple aux normes ISO et AFNOR de santé au travail dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité de l'employeur en matière de santé et de sécurité au travail ou pour sa défense. Concernant la norme ISO 45001, celle-ci est encore trop récente pour tirer des conclusions en la matière.

⁵⁰ V. aussi Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 208.

⁵¹ Paul AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, Tome. 25, p. 99-100

⁵² Isabelle DAUGAREILH, « Le droit à l'épreuve de la RSE », dans Corinne Gendron éd., *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, L'école de Montréal, Armand Colin, 2013, p. 199-214.

<https://www.cairn.info/repenser-la-responsabilite-sociale-de-l-entreprise--9782200280499-page-199.htm>.

⁵³ *Ibid.*

normalisation s'insère là où le droit étatique et le droit international n'ont pas été assez actifs ou efficaces, lui permettant ainsi de participer au mouvement contemporain d'élaboration complexe du droit et de déplacer cette élaboration vers des pouvoirs privés et économiques⁵⁴. Ce déplacement fait échapper la mise en œuvre des normes de santé et de sécurité au travail issues du processus de normalisation aux mécanismes habituels de contrôle et de sanction. En conséquence, en faire une source du droit de la santé et de la sécurité au travail pose le problème du contrôle démocratique du droit⁵⁵ et de la sanction par la puissance publique du non-respect de la règle de droit.

1.2. La normalisation et le droit : une corégulation de la santé au travail?

La normalisation a aujourd'hui envahi l'espace juridique par le jeu du partage de la production de normes entre l'État et les pouvoirs privés économiques, ébranlant de ce fait la conception pyramidale issue de l'approche de KELSEN de la hiérarchie des normes juridiques étatiques⁵⁶. Laurence Boy suggère ainsi que les rapports entre les normes techniques et les normes juridiques reposeraient sur une corégulation définie comme « l'association de mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés, en mettant à leur profit leur expérience pratique⁵⁷ ». En outre, en proposant un cadre de référence, voire un modèle à appliquer, la normalisation relève du « devoir-être » issu de connaissances scientifiques et techniques, de l'expérience pratique et d'un consensus d'acteurs privés, à l'instar du droit dont le devoir-être découle d'un consensus social et d'une norme qui, pour être valide, ne doit pas résulter d'un fait, mais avoir pour origine une autre norme.

Malgré ce rapprochement possible, la normalisation et les normes juridiques se distinguent toujours. Pierre Amselek⁵⁸ suggère une distinction. Ainsi, par nature, les normes juridiques ne sont ni vraies ni fausses, ce qui n'est pas le cas des normes techniques et d'exposition. En effet, en partant du principe qu'elles soient élaborées à partir de travaux scientifiques qui peuvent être vrais ou faux, valides ou invalides ou encore

⁵⁴ Laurence BOY, « Normes », *Revue internationale de droit international économique*, 1998, p. 115; Jacques CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, p. 679 cités par Isabelle DAUGAREILH, *ibid.*

⁵⁵ V. également Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁶ Hans KELSEN, *Théorie du droit pur*, traduit par Charles EISENMANN, Bruylant LGDJ, Coll. La Pensée juridique, Paris, 2004, 367 p.

⁵⁷ Laurence BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2982/pdf>, Laurence BOY se réfère également à l'ouvrage de François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 120.

⁵⁸ Pierre AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, Tome 25, p. 99-100 cité et repris par Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 208.

efficaces ou inefficaces, les normes techniques se distinguent alors des normes juridiques. Toutefois, dans le cadre notamment de la santé et de la sécurité au travail, et des liens avec la santé publique et la santé environnementale, il ne faut pas non plus nier que les normes juridiques sont aussi de plus en plus influencées par les normes scientifiques⁵⁹, mais dans quel sens? Celui-ci se détermine au regard de l'objectif et de l'objet de la norme technique, mais aussi de ce qui est du ressort du principal et de l'accessoire. En d'autres mots, ce qui prévaut en matière d'encadrement et de normalisation technique d'un outil ou d'une substance est-il destiné à préserver la santé de celui ou celle qui l'utilise ou bien à obtenir une meilleure performance ou un meilleur rendement⁶⁰? Qui est le principal (le travailleur ou l'outil?) et qui est l'accessoire (l'outil ou le travailleur)? Sous cet angle et du point de vue de l'objet de la norme, la normalisation produit des normes pour une meilleure performance économique, alors que la norme juridique devrait garantir des préoccupations d'ordre public comme la protection de l'humain au travail de manière à mettre l'outil au service du travailleur et non l'inverse. Cependant, certaines normes en santé au travail ne sont pas des normes d'exposition, par exemple la norme canadienne CAN/CSA-Z1003-13/BNQ 9700-803/2013, dite « Entreprise en santé⁶¹ », ou encore la norme canadienne en cours de développement sur le retour à l'emploi.

Or, la corégulation de la santé au travail par le droit et la normalisation se heurte à la déjudiciarisation et la dépolitisation du droit engendrées par la substitution de la légitimité scientifique et économique à la légitimité politique, faisant ainsi perdre au droit de sa substance⁶². Le pouvoir normatif économique, en effet, « ne peut définir ce qui est bon ou mauvais pour la collectivité⁶³ » en raison de l'absence de débat contradictoire et démocratique.

L'avantage de la normalisation est de fournir un cadre technique et fonctionnel commun en santé au travail à toutes les entreprises qui y recourent, mais seulement aux entreprises qui y recourent. Comme le souligne Valérie Lasserre, la normalisation permet de recourir à « des solutions éprouvées mises au point de manière conjointe et consensuelle par les acteurs eux-mêmes⁶⁴ », de plus, la prise en compte des évolutions technologiques et de l'état de l'art est plus facile et la capitalisation du savoir est plus efficace. Or, il ne faut pas négliger le fait qu'à l'origine,

⁵⁹ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, op. cit., p. 208; Simon CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », op. cit.; Georges RIPERT et son ouvrage *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., reprint, Paris, 1994, 430 p.

⁶⁰ Marthe LUCAS, « Quelles réponses jurisprudentielles en cas d'incertitudes scientifiques? Éclairages sur les spécificités du contentieux pesticides », dans Isabelle DAUGAREILH (dir.), *L'accès à la justice sociale : la place du juge et des corps intermédiaires*, Bruylant, 2019, p. 233-275.

⁶¹ <https://www.bnq.qc.ca/fr/normalisation/sante-au-travail/entreprise-en-sante.html>

⁶² Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, op. cit., p. 210.

⁶³ Simon CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », op. cit.

⁶⁴ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, op. cit., p. 210.

découlant de la standardisation, le rôle de la normalisation visait à rendre compatibles les produits avec une production systématique⁶⁵. Ici, la normalisation rend les pratiques de gestion de la santé et de la sécurité au travail adaptables à tous les lieux de travail⁶⁶. Toutefois, leur caractère non contraignant et leur élaboration résultant de la négociation menée par des experts représentant différents groupes socio-économiques (syndicats, organisation d'employeurs, pouvoirs publics, etc.), mais ne représentant pas un consensus tel que celui entendu dans l'élaboration des normes telles que celles de l'OIT, la normalisation n'apparaît pas comme un instrument de régulation des politiques économiques, mais comme un instrument qui alimente ces politiques⁶⁷.

Cette approche se remarque d'autant plus que le processus de normalisation se base sur des débats experts de haut niveau qui pénalisent la prise en considération des besoins spécifiques des pays en voie de développement et émergents. Ces derniers ne sont pour ainsi dire pas représentés lors de l'élaboration de la norme et font les frais d'un rapport de pouvoir qui place les opérateurs économiques les plus forts dans une situation de maîtrise des décisions⁶⁸. Cet état de fait ne permet donc pas rallier l'objectif d'intérêt général que doit servir la norme. Or, au niveau national, cet objectif est garanti et légitimé par l'État. Ce processus conforte alors mécaniquement celui de la déréglementation et de la dérégulation des politiques de santé au travail autrefois légitimées par le droit étatique au profit de la normalisation. Enfin, au contraire du dialogue social, le rapport de force qui s'installe alors ne permet pas d'assurer une représentation des intérêts des travailleurs qui soit efficace alors qu'ils sont les premiers concernés par la protection de la santé au travail et que cela est problématique au regard du respect du droit fondamental à la protection à la santé (au travail, publique, environnementale).

La corégulation de la santé au travail par la normalisation et le droit ne signifierait donc pas une mise en concurrence au profit du processus de normalisation, mais plutôt la mise en place progressive d'un cadre normatif nouveau. Ce cadre permettrait de concevoir la normalisation en plein développement comme un complément du droit étatique, mais qui pourrait, en revanche, être perçu comme une norme alternative conçue comme un moyen d'en éviter le cadre contraignant⁶⁹. Or, plutôt que de mettre en concurrence les normes de santé au travail qui seraient au

⁶⁵ *Ibid.* ; v. aussi Vincent GIARD, « La normalisation technique », *Revue française de gestion*, vol. n° 147, n° 6, 2003, p. 49-65.

⁶⁶ Vincent GIARD, « La normalisation technique », *ibid.*

⁶⁷ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, *op. cit.*, p. 217 et 225.

⁶⁸ Anne PENNEAU, « Quel rôle pour la normalisation », dans Pierre-Yves VERKINDT (dir.), « La santé au travail », *Semaine Sociale Lamy*, n° spécial, 1232, octobre 2005, p. 60-65.

⁶⁹ Karim BENYekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2^e éd., 2015, Montréal, p. 659.

détriment de l'une ou de l'autre et qui pourraient aboutir à la disparition du cadre contraignant nécessaire à la mise en œuvre d'une politique de santé au travail, une avancée pourrait être trouvée, non pas dans une corégulation, mais dans l'articulation des normes étatiques et la normalisation.

2. L'articulation des normes de santé et de sécurité au travail

Aujourd'hui, la normalisation en santé au travail existe, se développe et s'applique : il serait donc nécessaire de l'articuler avec les normes juridiques plutôt que de se contenter d'enchevêtrer et de juxtaposer ces deux sources. Cela passe par l'analyse de l'effet de la normalisation en santé et sécurité au travail (2.1.), mais aussi de sa portée juridique (2.2).

2.1. Effets juridiques et normalisation en santé et sécurité au travail

La densité des normes techniques, des guides de bonnes pratiques et de la normalisation de la gestion de la santé et de la sécurité au travail engendre une pression susceptible de prendre le pas sur le droit de la santé et de la sécurité au travail. Cet effort de normalisation des rapports à la santé au travail ne peut être ignoré par le juriste, même en le considérant comme une production de « droit flou » issu de tentatives d'encadrement des comportements professionnels résultant des acquis de la science et de savoir-faire reconnus⁷⁰. Toutefois, il ne s'agit pas de croire que cet effort accorde davantage de liberté, de sécurisation et de souplesse. Au contraire, la normalisation peut constituer un carcan commun qui bride les initiatives⁷¹ et l'adaptation aux réalités du travail. À travers la normalisation s'enclenche un processus d'harmonisation des pratiques et des normes de gestion en santé et sécurité au travail qui rejoint les ambitions premières des recommandations de l'ISO, sans nécessairement tenir compte des spécificités sociales et culturelles des organismes s'en réclamant. De « la formalisation des savoirs, des règles de l'art et des usages techniques fixés par les corporations de métiers puis par secteurs, dans le but de normaliser les pratiques⁷² » résulte cependant une règle commune et une harmonisation des comportements et des techniques.

La normalisation en santé et sécurité au travail ne peut produire des effets assimilables à ceux d'une norme juridique qu'au travers du

⁷⁰ Pierre SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », *L'Actualité juridique du droit administratif*, 2007, p. 66-73.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Alice TURINETTI, *La normalisation. Étude en droit économique*, *op. cit.* p. 20.

processus d'adhésion volontaire⁷³ tel que défini par l'article 17 alinéa 1^{er} du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation⁷⁴. L'adhésion peut prendre la forme d'un engagement pris par le professionnel de respecter les recommandations d'une charte de bonnes pratiques, mais aussi elle peut résulter « d'une certification volontaire passant par l'adhésion du professionnel à un référentiel élaboré et validé par un organisme certificateur, accrédité à cet effet⁷⁵ ».

Cette adhésion est un consentement à respecter ou à appliquer des normes très techniques. La norme technique n'est pas une règle de droit, mais, en tant que norme, elle renvoie à une fonction directive au sens sociologique, même si elle est souple. Or, ces normes sont parfois mal connues, qualifiées par Pierre Sablière de « documents bavards » qui conduisent à un droit flou, en édictant un « savoir-faire quasi-mécanique supposé gommer les aléas voire les initiatives personnelles » soumis à la domination d'un « système technicien⁷⁶ ». Cette adhésion peut faire craindre une insécurité juridique, car en combinant des approches scientifiques et des approches comportementales, la normalisation tente de canaliser les comportements au sein de normes communes à vocation internationale pouvant se limiter à des exigences essentielles⁷⁷, mais aussi devenir dogmatiques et limiter ainsi le respect du droit étatique et du droit conventionnel en matière de santé et de sécurité au travail, voire à les faire oublier.

La question des effets juridiques de la normalisation se mesure aussi à sa portée. Celle-ci peut s'évaluer au regard de l'importance de l'adhésion aux normes uniformisant les comportements et les savoir-faire en santé et sécurité au travail par la contractualisation avec des agences privées de normalisation et de l'effet sur la concurrence. La contractualisation peut être un obstacle à la concurrence en favorisant une situation de monopole de la gestion de la santé et de la sécurité au travail. La puissance publique est cependant aussi susceptible de conférer aux normes issues du processus de normalisation un caractère juridique. Les pouvoirs publics nationaux ou européens peuvent ainsi donner une portée juridique à ces normes, mais en la conditionnant à leurs choix politiques. Ils peuvent également faire le choix d'adopter eux-mêmes par la voie législative ou réglementaire leurs propres normes techniques⁷⁸. En France, selon l'article 17 alinéa 2 du décret n° 2009-697

⁷³ D'une organisation externe au processus d'élaboration de la norme.

⁷⁴ JORF du 17 juin 2009.

⁷⁵ Pierre SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les "documents référents" », *op. cit.*

⁷⁶ Pierre SABLIERE, *Ibid.*, il fait d'ailleurs référence à l'ouvrage de Jacques ELLUL, *Le système technicien*, Calmann-Lévy, 1977, Paris, 361 p.

⁷⁷ Gérard MARCOU explique à ce sujet que « L'*International Electrotechnical Commission* voit le jour en 1906 et l'*International Standardization Association* en 1926, même si le véritable essor de la normalisation sur le plan international commence après la Seconde Guerre mondiale, avec la création de l'*International Standardization Organization* (ISO) en 1946 ».

⁷⁸ Pierre SABLIERE, *Ibid.*

du 16 juin 2009⁷⁹, si les normes sont d'application volontaire, elles peuvent toutefois « être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés. Les normes rendues d'application obligatoire sont consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation ». La norme devient alors juridiquement opposable par l'effet de la volonté de la puissance publique.

Cette évolution est indéniablement une libéralisation de la législation qui correspond à un retrait de la puissance publique⁸⁰, en l'occurrence concernant les politiques de santé et de sécurité au travail. Toutefois, comme le souligne Philippe Jestaz, cette législation privée ne se développe « qu'avec l'accord au moins implicite, voire avec l'habilitation des pouvoirs publics, lesquels pourraient, en théorie, occuper eux-mêmes le terrain et réduire à peu ce phénomène⁸¹ ». Le législateur devient celui « qui dicte et édicte, avec les moyens du bord qui sont parfois réduits, mais toujours en visant un nombre indéfini de destinataires et surtout en obtenant d'eux une plus ou moins forte adhésion⁸² ».

Catherine Thibierge émet l'hypothèse que si « certaines normes naissent juridiques, d'autres le deviennent par l'émergence progressive de leur fonction de tracé ou de mesure⁸³ ». La norme fournit une ligne de conduite et une direction. Elle peut alors être utilisée par le juge comme un instrument de mesure, mais aussi comme un étalon de la normalité – d'une présomption de normalité d'attitude – au regard des usages d'un groupe donné. Sur le plan juridique, et concernant notre sujet de la santé et de la sécurité au travail, la norme devient un modèle pour agir ou un modèle pour juger⁸⁴. Ainsi, le droit conçoit un modèle à reproduire, à l'idéal de ce qui doit être, selon des principes ou des règles abstraites (le « sollen » selon Danièle Lochak), mais il entretient des rapports avec la norme représentant un « état habituel, conforme à la majorité des cas, à une notion moyenne » (le « sein »), l'un étant susceptible par hypothèse de contaminer l'autre même si droit (la légalité) et norme (la normalité) appartiennent à des univers distincts⁸⁵.

Or, sur les droits sociaux, Jérôme Porta remarque que le droit relatif à la santé et à la sécurité au travail ne tient pas de la même façon ses promesses selon les modes de normativités qui le portent, « la "réalisation"

⁷⁹ JORF du 17 juin 2009

⁸⁰ Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, DALLOZ, Coll. Connaissances du droit, 2^{ème} édition, 2015, Paris, p. 51.

⁸¹ *Ibid.* p. 62.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de Philosophie du droit*, 2008, Tome 51, p. 360.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Danièle LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation », dans CURAPP (dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983, Paris, p. 51-77.

à en attendre n'est pas la même⁸⁶ ». Les valeurs consolidées par le droit et les principes fondamentaux qui sont reconnus et doivent être défendus peuvent alors s'en trouver altérés, tout comme les responsabilités. Les effets juridiques de la normalisation par rapport au droit se mesurent ainsi et aussi au regard de l'appréciation possible des responsabilités civiles et pénales et de l'application volontaire⁸⁷. De la portée de cette appréciation dépendra la juridicité de la normalisation en santé et sécurité au travail, mais aussi sa force juridique.

2.2. Force juridique et normalisation en santé et sécurité au travail

Au-delà des effets juridiques qui portent sur les conséquences de l'application de la norme, nous entendons par force juridique une référence à sa capacité contraignante ou non contraignante et la portée de cette contrainte, notamment en termes d'engagement de la responsabilité. Les normes issues du processus de normalisation sont d'abord le fruit d'initiatives privées dont le but est de certifier la qualité sociale d'un produit ou d'un service afin de restaurer ou de préserver l'image de marque et de rassurer la clientèle à travers, comme l'évoque Alain Supiot, l'« éthique sur l'étiquette⁸⁸ ».

Toutefois, cette approche peut également concerner les rapports entre entreprises en recourant dans les filières ou réseaux de production ou de distribution à des normes de type ISO en matière sociale. L'objectif est de « labelliser des produits complexes, qui font intervenir toute une filière de production et de distribution⁸⁹ » en se référant à des normes de qualité qui ont un impact sur le rapport salarial, car elles sont étrangères au domaine des relations sociales⁹⁰. Aujourd'hui, la qualité s'insinue aussi dans la gestion de la santé et de la sécurité au travail et peut s'avérer un mode de mesure de la bonne mise en œuvre d'une politique de gestion de la santé au travail qui devient alors un indicateur de la qualité sociale de la production d'un produit ou d'un service. De fait, la normalisation régit des activités humaines de plus en plus diversifiées⁹¹, mais accroît-elle pour autant sa force juridique ?

⁸⁶ Jérôme PORTA, « Les transformations des droits sociaux dans la globalisation », dans Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Laurent THÉVENOT, Jérôme PORTA (dir.), *Modes de normativité et transformations normatives. De quelques cas relatifs aux droits et libertés*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Coll. Transition et Justice, 2020, Paris, p. 232.

⁸⁷ Laurence BOY, « Normes techniques et normes juridiques », *op. cit.*

⁸⁸ Alain SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Francis MEYER, « L'impact de la normalisation de la certification et des politiques qualité sur le rapport salarial », *Droit Ouvrier*, n° 599, Juillet 1998, p. 304-312.

⁹¹ Catherine THIBIERGE, « La densification normative », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 834-842.

Or, la qualification du droit produit par la norme tient à son efficacité en tant que support d'une obligation. Le champ concerné n'est plus celui de l'obligation de faire, mais celui de la conduite à tenir et à respecter⁹². La force juridique pourrait aussi se mesurer au regard de la capacité à engager la responsabilité des acteurs concernés de manière à répondre de leurs actes juridiques ou matériels à l'égard d'autrui ou en raison d'une abstention délibérée. La responsabilité existe cependant dès lors que ces actes et abstentions sont imputés à un sujet déterminé. Celui-ci doit en répondre devant les tiers, impliquant ainsi un demandeur dont l'intérêt est affecté par cet acte ou cette abstention, une personne responsable qui est le causal de l'imputation de l'acte et le tiers (juge ou arbitre) devant lequel le responsable doit répondre de son acte ou de son abstention afin d'en réparer les conséquences dommageables. La responsabilité inclut également l'obligation de prévenir ces conséquences et d'apporter la garantie de pouvoir y répondre⁹³. Toutefois, la normalisation ne permet pas d'identifier clairement le sujet du droit à qui sera imputée la responsabilité de la non-application ou de la mauvaise application d'une norme. En outre, l'entreprise doit prendre en compte les intérêts de la société dans laquelle elle évolue et qui prend place dans un cadre juridique et institutionnel l'obligeant à répondre des conséquences dommageables de ses actions⁹⁴. Évoquant la norme ISO 26000, Jacques Igalens remarque néanmoins avec logique qu'une « norme de responsabilité sociétale suppose une responsabilité également sociétale de la norme et donc de l'organisation qui en est à l'origine, qui demain la publiera, la diffusera et en contrôlera le développement⁹⁵ ». Ainsi, l'organisation qui est à l'origine et qui promeut une norme censée montrer la voie à suivre et prôner les bonnes pratiques pour une bonne gestion de la santé et la sécurité au travail – et bientôt les risques psychosociaux au travail – entraîne également une responsabilité afin d'éviter de mettre en question les règles de droit étatique ou de modifier à la baisse les normes juridiques sociales, notamment internationales. Cette responsabilité implique donc un contrôle et, le cas échéant, des sanctions. Il en est de même concernant l'organisme qui s'engage dans un processus de qualité de gestion de la santé et de la sécurité au travail en se réclamant de cette norme par sa certification.

L'engagement de la responsabilité n'est alors pas juridique en tant que tel, mais découle d'une sorte de sanction résultant de la perte de la certification (celle-ci n'est pas forcément une obligation et peut être également volontaire) qui prouvera alors aux yeux des partenaires de

⁹² Emmanuelle MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009, p. 587.

⁹³ Alain SUPIOT, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Jacques IGALENS, « Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26 000 », *Management & Avenir*, vol. 23, n° 3, 2009, p. 91-104.

l'entreprise son incapacité ou son incompétence à mettre en œuvre la qualité de gestion de la santé et de la sécurité au travail prescrite par la norme. L'ambition prescriptive de la normalisation s'avère alors puissante en termes d'image et de contractualisation potentielle. En revanche, elle peut être perdue avec la clientèle ou vis-à-vis de la concurrence dans un univers aussi compétitif tel celui que nous connaissons aujourd'hui, de réponse à des appels d'offres de satisfaction de la clientèle sous contrat⁹⁶. Dit d'une autre manière, ce qui importe le plus dans le rapport à la normalisation au regard de la force juridique réside dans la perception des acteurs de la légitimité et de la valeur de la norme⁹⁷. Or, l'adhésion volontaire, conjuguée à l'accord des parties prenantes⁹⁸ à la conception de la norme, est susceptible de créer une force normative d'autant plus importante⁹⁹.

L'articulation entre normes étatiques et normalisation crée un contexte d'internormativité en matière de santé et de sécurité au travail qui concorde avec l'évolution actuelle liée à la libéralisation croissante des normes. En somme, « La règle de droit ne tire donc pas sa légitimité d'un savoir sur les faits, mais des valeurs auxquelles elle vise à soumettre ces faits. D'où son caractère général et abstrait (la diversité des faits doit pouvoir lui être subsumée), permanent et obligatoire (elle échappe aux critères de la vérité). Sa validité ne dépend pas en effet de son efficacité, mais de son insertion dans un système idéal de normes, i.e. le système juridique »¹⁰⁰. S'y opposent les normes techniques élaborées par l'ISO qui sont d'application volontaire et créées pour répondre à une attente du marché, dont la fonction principale est de faciliter la circulation des marchandises à l'échelle mondiale¹⁰¹. Toutefois, pour concevoir une légitimité démocratique dans cette articulation et répondre aux enjeux contemporains en santé au travail – mais aussi pour respecter et appliquer les droits fondamentaux parmi lesquels figurent le droit à la protection de la santé au travail –, le pluralisme de normes que ce contexte d'internormativité créé doit envisager le droit et son application de manière à répondre à un enjeu d'égalité, tel que conçu au sein des sociétés démocratiques¹⁰², mais aussi d'interaction et de subjectivation qui induit que les travailleurs participent au processus d'élaboration et que la norme rencontre leurs propres attentes. En conséquence, l'égalité

⁹⁶ Catherine THIBIERGE, « La densification normative », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 834-842.

⁹⁷ Jürgen HABERMAS cité par Bertrand LAVOIE, « Avoir conscience de l'internormativité : contribution à l'étude de la conscience du droit en contexte pluraliste », *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 64, n° 3, mars 2019, p. 417-445 ; Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, traduit par Rainer ROCHLITZ et Christian BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, 1997, p. 85.

⁹⁸ D'aucuns parleront de « consensus », mais pas au sens de l'OIT dans le cadre de l'élaboration des normes internationales.

⁹⁹ Catherine THEBIERGE, « La densification normative », *op. cit.*

¹⁰⁰ Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Coll. Quadrige, 2011, Paris, p. 236.

¹⁰¹ Isabelle DAUGAREILH, « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'inter normativité », *op. cit.*

¹⁰² Bertrand LAVOIE, « Avoir conscience de l'internormativité : contribution à l'étude de la conscience du droit en contexte pluraliste », *op. cit.*

se trouve dans la capacité à garantir un même niveau d'application et de protection de ces normes à tous les travailleurs, quel que soit leur statut, la taille de l'entreprise ou leur lieu d'activité. La reconnaissance de la normalisation par les travailleurs nécessite leur participation. L'application du droit à la santé au travail ne connaît pas de frontières et doit être d'égale portée pour toutes et tous.

Conclusion

La normalisation de la santé et de la sécurité au travail constitue indéniablement un mouvement de libéralisation de la régulation dans ce domaine. Le processus de normalisation en lui-même est un instrument d'élaboration de normes qui est de plus en plus considéré comme sensiblement supérieur aux mécanismes juridiques classiques puisqu'il permet de combiner des connaissances auparavant dispersées au sein d'une collectivité étendue d'acteurs socio-économiques, la spontanéité par rapport aux pratiques sociales non définies *a priori* par le législateur et, enfin, l'uniformité¹⁰³.

Ce processus de normalisation ne possède pas la même force juridique que le droit étatique, mais il produit néanmoins des effets à l'instar de la *soft law*. Il peut aussi s'avérer un moyen qui permettrait de contourner le recours à des normes juridiques véritablement contraignantes¹⁰⁴. Cette approche rejoint la position des représentants français, notamment du Conseil d'orientation des conditions de travail (COCT) et la Branche accidents du travail-maladies professionnelles (AT-MP) de la Sécurité sociale, lors des travaux préparatoires de la norme ISO 45001 sur la santé et la sécurité au travail qui s'opposaient « au développement de normes de management sur ces sujets, estimant que cela relevait du dialogue social et d'une réglementation contraignante forte¹⁰⁵ ». L'enjeu est d'éviter que la normalisation ne se substitue à la démocratie sociale et politique et à la norme juridique, qui doit conserver son rôle de référence. Il s'agit de préserver le sens du juste, qui ne revoit pas à la baisse les normes sociales. Les relations entre l'OIT et l'ISO sont d'ailleurs particulièrement révélatrice à ce sujet¹⁰⁶.

En outre, le recours à la normalisation engendre un processus de certification qui est susceptible de constituer une boîte noire pour les travailleuses/eurs et leurs représentants/es qui n'ont pas nécessairement

¹⁰³ Didier DANET, « Entre droit spontané et droit légiféré : la production de droit par la normalisation », *Économie publique/Public economics*, vol. 8, 2001/1, p. 83-101.

¹⁰⁴ Le raisonnement d'Isabelle DAUGAREILH dans son article sur « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », dans Alain SUPIOT éd., *Prendre la responsabilité au sérieux*. Presses Universitaires de France, Paris, 2015, p. 183-199.

¹⁰⁵ <http://www.pic-magazine.fr/actualite/rps-la-france-ne-veut-pas-de-la-norme-45003>

¹⁰⁶ Isabelle DAUGAREILH, « La Déclaration du centenaire de l'OIT : tout un programme ! », *op. cit.*

accès au contenu et aux enjeux de procédure qui en découlent en raison de la persistance à le laisser dans la sphère du pouvoir de gestion de l'employeur¹⁰⁷. Cette approche de la mise en œuvre de la normalisation s'oppose à celle de l'égalité d'application au regard des normes juridiques, mais aussi de la démocratie sociale. La normalisation vient compléter les obligations légales et réglementaires créées par le droit étatique, mais étoffe également le pluralisme de sources existant dans le domaine de la régulation de la santé et de la sécurité au travail qui envisage alors le droit dans une perspective plus large que celle qui l'associe automatiquement à l'État et à la négociation collective.

Ce pluralisme de sources rend alors le droit moins dirigiste dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail, mais, pour certains/autres, plus coordonnateur¹⁰⁸. L'avènement de la normalisation de la santé et de la sécurité au travail, et prochainement des risques psychosociaux, marque un retrait de la puissance publique (mais aussi du dialogue social) dans ce domaine, pourtant garant du respect des droits fondamentaux, mais aussi une approche gestionnaire de la santé et de la sécurité au travail érigée comme un standard international. Cette évolution marque le déclin du droit en santé et sécurité au travail et ses difficultés à codifier tous les comportements sociaux et les exigences contemporaines¹⁰⁹. En d'autres termes, une libéralisation des normes de santé au travail au détriment des normes juridiques entraîne un allègement de la responsabilité de l'employeur et moins de garanties pour les travailleuses/eurs que les normes étatiques contrôlent et sanctionnent quand elles ne sont pas respectées. En revanche, la normalisation en santé et sécurité au travail pourrait constituer le relais d'une action publique dont le pouvoir d'intervention est limité. Elle ne saurait cependant se substituer aux textes juridiques élaborés dans un cadre démocratique international, européen et national¹¹⁰ et compromettre l'évolution des législations nationales notamment vers les standards internationaux de l'OIT¹¹¹ ou issus de la négociation collective¹¹². Le processus de normalisation en matière de santé et de sécurité au travail participe à une densification normative au profit d'une certaine représentation des relations sociales¹¹³ issues de la gestion et des pouvoirs privés économiques, au détriment de l'effectivité des normes

¹⁰⁷ Valérie LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance*, op. cit., p. 268.

¹⁰⁸ Bertrand LAVOIE, « Avoir conscience de l'internormativité : contribution à l'étude de la conscience du droit en contexte pluraliste », *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 64, n° 3, mars 2019, p. 417-445.

¹⁰⁹ Réflexion tirée de la lecture de l'article de Danièle LOCHAK, « Droit, normalité, normalisation », dans CURAPP (dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983, Paris, p. 51-77.

¹¹⁰ Isabelle DESBARATS, « Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes », *Droit Ouvrier*, n° 696, juillet 2006, p. 331-341 ; Isabelle DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », op. cit.

¹¹¹ V. à ce propos, sur « les relations OIT-ISO et la régulation de la santé et la sécurité au travail », Isabelle DAUGAREILH, « La Déclaration du centenaire de l'OIT : tout un programme ! », op. cit.

¹¹² Notamment les accords-cadres européens portant sur les conditions de travail et la santé au travail.

¹¹³ Formule empruntée à Benoit Géniaut, « Densification et juridification. L'exemple des relations du travail », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative – Naissance d'un concept*, Mare & Martin, 2013, p. 516

juridiques censée défendre des relations sociales fondées sur le respect des droits fondamentaux des humains au travail.