

**Lettre d'information du site
dialogue-social.fr**

Éditorial


Cette lettre d'information de l'Institut du travail de Strasbourg est consacrée au thème du télétravail.

Avec l'annonce du nouveau confinement le 28 octobre 2020 et les négociations au niveau national sur ce thème, la question du télétravail redevient un élément clé de l'actualité économique et sociale.

Pour éclairer le débat autour de cette question, nous publions dans cette lettre une contribution de Sabrina Mraouahi, enseignant-chercheur en droit social, issue d'un webinaire organisé par l'Institut du travail de Strasbourg en juillet 2020.

Bonne lecture,

Michèle Forté & Tiphaine Garat

	Institut
du travail	
Université de Strasbourg	

Ont contribué à cette lettre plusieurs membres de l'équipe de l'IDT:

Tiphaine Garat, Evdokia Liakopoulou

Et Sabrina Mraouahi

sous la responsabilité de Michèle Forté et Nicolas Moizard

Cette lettre est réalisée dans le cadre d'une convention d'appui au dialogue social territorial signée avec la DIRECCTE Grand Est

Dans ce numéro

P.2 Les brèves
P.5 Actualité sur le télétravail
Présentation de Sabrina Mraouahi, dans le cadre d'un webinaire organisé par l'Institut du travail en juillet 2020
P.16 Focus : présentation du nouvel Accord National Interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail signé le 26 novembre 2020

Contact

0368858700 /
institut.travail@unistra.fr

Pour retrouver toutes les lettres d'information et l'actualité sociale :
<http://www.dialogue-social.fr>

Les brèves

Télétravail et protocole sanitaire du gouvernement pour accompagner les entreprises dans la lutte contre le coronavirus

Le protocole mis en place pour accompagner les entreprises dans la lutte contre le coronavirus est publié sur le site du Ministère du travail depuis plusieurs mois. Ce dernier a été actualisé au moment du déconfinement en mai, puis le 16 octobre avec la mise en œuvre du couvre-feu dans certaines zones et enfin le 29 octobre, à la veille du reconfinement. Il stipule depuis que *« le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise qui participe activement à la démarche de prévention du risque d'infection au SARS-CoV-2 et permet de limiter les interactions sociales aux abords des lieux de travail et sur les trajets domicile travail »*. *« Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l'épidémie, il doit être la règle pour l'ensemble des activités qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100% pour les salariés qui peuvent effectuer l'ensemble de leurs tâches à distance »*.

Dans les autres cas, le protocole stipule que : *« l'organisation du travail doit permettre de réduire les déplacements domicile-travail et d'aménager le temps de présence en entreprise pour l'exécution des tâches qui ne peuvent être réalisées en télétravail, pour réduire les interactions sociales »*.

En cas de télétravail, les employeurs doivent fixer les *« règles applicables dans le cadre du dialogue social de proximité, en veillant au maintien des liens au sein du collectif de travail et à la prévention des risques liés à l'isolement des salariés en télétravail »*. Dans le cas contraire, ils doivent organiser *« systématiquement un lissage des horaires de départ et d'arrivée du salarié afin de limiter l'affluence aux heures de pointe »*.

Télétravail : Quels risques ? Quelles pistes de prévention ?

De plus en plus d'entreprises recourent au télétravail, facilité par le développement des technologies de l'information et de la communication. Cette organisation du travail présente de nombreux avantages pour les entreprises et pour les salariés, mais peut aussi générer des risques en matière de santé et de sécurité au travail. Une brochure en PDF de l'INRS a pour objectif d'attirer l'attention des entreprises sur la nécessité d'accompagner la mise en place et la pratique du télétravail, et propose des préconisations pour réduire les risques liés à la santé et la sécurité.

La démarche proposée concerne le télétravail organisé, elle n'est pas spécifique au télétravail en situation de crise.

<https://www.inrs.fr/media.html?refINRS=ED%206384>

Télétravail et fonction publique

Le décret sur les nouvelles modalités d'exercice du télétravail dans la fonction publique, pris en application des dispositions de l'article 49 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, a été publié au Journal officiel du 6 mai 2020, apportant son lot de modifications au décret du 11 février 2016 relatif aux conditions et modalités de mise en œuvre du télétravail dans la fonction publique et la magistrature.

Voici les principales adaptations apportées par ce décret :

- Le télétravail devait être uniquement « régulier » ou encore porter sur des jours fixes. Le nouveau décret supprime ainsi cette notion de « régularité » de la définition du télétravail, s'alignant ainsi sur la

réglementation en vigueur dans le secteur privé. Le décret peut « prévoir l'attribution de jours de télétravail fixes au cours de la semaine ou du mois ainsi que l'attribution d'un volume de jours flottants de télétravail par semaine, par mois ou par an ».

- Le décret permet, en cas de situation exceptionnelle perturbant l'accès au site ou le travail sur site, de déroger à la limitation de la règle imposant aujourd'hui un maximum de trois jours de télétravail par semaine. Mais il est également permis de déroger à la règle imposant un temps de présence de deux jours par semaine sur le lieu d'affectation.
- Le décret prévoit également de nouvelles dispositions relatives au lieu d'exercice du télétravail : le télétravail pourra être organisé « dans un ou plusieurs lieux, notamment au domicile de l'agent, dans un autre lieu privé ou dans tout lieu à usage professionnel ».
- Ce décret « facilite » également l'utilisation du matériel informatique personnel de l'agent travaillant à distance. « Lorsqu'un agent demande l'utilisation des jours flottants de télétravail ou l'autorisation temporaire de télétravail, l'administration peut autoriser l'utilisation de l'équipement informatique personnel de l'agent », y est-il ainsi indiqué. Attention, « l'employeur n'est pas tenu de prendre en charge le coût de la location d'un espace destiné au télétravail ».
- De nouvelles garanties sont aussi apportées aux agents quant à l'examen de leur demande de télétravail, avec la mise en place, notamment, d'un délai d'un mois maximum pour apporter la réponse à une demande de télétravail.
- L'autorisation peut prévoir une période d'essai de trois mois maximum.

Le télétravail

Présentation de Sabrina Mraouahi, enseignant-chercheur, Institut du travail et Faculté de droit de Strasbourg, Université de Strasbourg

L'Institut du travail de Strasbourg, avec le soutien de la DIRECCTE Grand Est, a organisé à Strasbourg en juin et juillet 2020 un webinaire intitulé « Actualité sur le télétravail ».

Nous vous proposons ci-dessous une synthèse de la version écrite de la conférence.

Cette publication s'inscrit dans un contexte marqué d'une part par l'inscription dans une version actualisée du protocole sanitaire en entreprise de la règle du télétravail pour les postes compatibles et d'autre part par la négociation d'un accord national interprofessionnel sur ce thème (voir focus ci-après).

Elle permet d'une part de faire le point sur ce que prévoit précisément le Code du travail et d'autre part de se rappeler du positionnement des employeurs, des salariés et des partenaires sociaux vis-à-vis de cette pratique au moment de la sortie du premier confinement.

Quelques informations liminaires...

- *Avant la crise sanitaire, le télétravail était une pratique assez marginale.*
- *Selon la DARES, en 2017, 3% des salariés pratiquaient le télétravail régulièrement (c'est-à-dire de manière hebdomadaire). Le plus souvent, il s'agissait d'un jour par semaine essentiellement réservé aux cadres¹.*
- *Depuis le 17 mars, le gouvernement a demandé aux employeurs de privilégier systématiquement le télétravail lorsqu'il était possible, lui conférant un caractère quasi-impératif.*
- *Dans la pratique, selon des chiffres énoncés par le gouvernement, 45% des salariés du privé étaient en télétravail la semaine du 2 novembre. Près d'un quart (23%) d'entre eux ont télétravaillé 5 jours sur 5. La moyenne est de 3,7 jours de télétravail par semaine. Le télétravail a aussi été adopté dans le secteur public, où près de 40% des agents de l'État, hors éducation nationale, police et gendarmerie, étaient en télétravail lors de la première semaine complète de confinement.*
- *Selon une récente enquête réalisée par l'ANDRH, 85 % des entreprises interrogées considèrent « souhaitable » le développement pérenne de ce mode de travail dans leur entreprise. 60%*

¹ Dares Analyses, Quels sont les salariés concernés par le télétravail ?, n°051, novembre 2019.

envisagent d'avoir plus d'un quart de leurs salariés en télétravail avec une moyenne de deux jours par semaine².

- *Des négociations se sont engagées sur ce sujet entre les partenaires sociaux le 3 novembre dernier. Elles ont abouti le 26 novembre à un projet d'accord national interprofessionnel sur le télétravail³.*

Les pouvoirs publics entendent soutenir depuis longtemps le développement du travail à distance tout en cherchant à en encadrer la pratique. Mais cet encadrement a été progressif et l'intervention du législateur, assez tardive. Car si des discussions sur ce point sont nées depuis le début des années 80, le télétravail n'a fait son entrée dans le Code du travail⁴ qu'en 2012.

Pour autant, jusqu'à cette date, le télétravail n'était pas sans cadre juridique. Un accord national interprofessionnel (ANI) avait été conclu le 19 juillet 2005, sur la base d'un accord conclu à l'échelle européenne. Cet ANI, toujours en vigueur, a fait l'objet d'un arrêté d'extension en 2006, qui l'a rendu applicable à tous les secteurs d'activité, à l'exception de ceux non représentés par les organisations patronales signataires (MEDEF, UPA, CGPME), à savoir notamment le secteur agricole, les professions libérales et le secteur social (aussi : presse, audiovisuel, spectacle vivant...).

Il a fallu pourtant attendre la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 dite loi « Warsmann » pour que le télétravail soit légalisé. Ce texte, fortement inspiré des dispositions conventionnelles, a eu pour principal mérite de définir le télétravail et de poser les principes essentiels des droits et devoirs des employeurs et des télétravailleurs.

Une seconde étape a été franchie en 2017, à la suite d'un rapport des partenaires sociaux relevant le développement du télétravail informel tout en soulignant les difficultés de son déploiement en pratique. C'est ainsi que l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail et sa loi de ratification du 29 mars 2018 sont venues redéfinir le télétravail et ses modalités de mise en œuvre. L'objectif poursuivi ayant été d'assouplir le cadre juridique afin de « *favoriser son recours* » et trouver une solution au télétravail informel.

À cette fin, la définition légale du télétravail a été modifiée. Aujourd'hui, l'article L.1222-9 du Code du travail le définit comme « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* ». Alors que n'est plus seulement visé le télétravail régulier, mais aussi le télétravail occasionnel, la loi ne contraint plus les parties à passer par le contrat de travail pour formaliser le passage au télétravail (hors circonstances exceptionnelles).

Le télétravailleur, quant à lui, est entendu comme « *tout salarié de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche, soit ultérieurement, du télétravail* » dans les conditions précédemment définies. Ce qui appelle deux remarques :

² Cette étude, réalisée en partenariat avec le Boston consulting group, a interrogé 450 DRH au mois de juin 2020, <https://www.andrh.fr/actualites/1093/le-teletravail-post-covid-vu-par-les-drh-resultats-enquete-andrh-bcg>.

³ Voir le focus ci-après.

⁴ Les articles visés dans ce propos sont ceux du Code du travail.

- Le télétravailleur n'est pas une catégorie autonome de travailleurs. Le télétravail n'est ni un statut, ni un contrat de travail spécifique, mais seulement une forme particulière d'exécution du contrat de travail. Selon le texte, d'ailleurs, le télétravailleur demeure un salarié bénéficiant des mêmes droits que les salariés travaillant sur site.

- Si la loi consacre une définition unique du télétravail, différentes pratiques sont identifiées :
 - Télétravail à domicile.
 - Télétravail pendulaire (ou alterné), pratique suivant laquelle le salarié alterne les périodes en entreprise et les périodes de travail dans un autre lieu (généralement le domicile) de manière à conserver un lien plus important avec son environnement de travail.
 - Télétravail en centre de proximité, c'est-à-dire dans des locaux équipés autres que le domicile, type espace de co-working.
 - Télétravail nomade : le salarié exécute son contrat de travail à l'extérieur de l'entreprise, mais conserve un bureau dans son entreprise (car la nécessité que le travail ou une partie du travail du salarié puisse être normalement exécuté dans les locaux de l'entreprise est une exigence légale).

L'on peut s'interroger sur la volonté des pouvoirs publics de libérer le télétravail, voire même de le « démocratiser » (pour reprendre la terminologie empruntée par le Ministère du travail sur son site Internet), au-delà du soutien que la loi entendrait apporter à la transformation numérique. Il est évident que le contexte actuel offre un élément de réponse : celui de pouvoir adapter à des événements exceptionnels l'organisation de l'activité des entreprises et du travail.

Mais ce n'est certainement pas dans ces circonstances exceptionnelles – par nature temporaires – que l'on trouve la justification de la mise en place du télétravail et celle de son cadre juridique.

En réalité, les objectifs généralement associés au télétravail sont divers. Sont parfois avancés :

- des enjeux propres à l'entreprise (flexibiliser l'organisation du travail, améliorer la productivité des travailleurs, fidéliser le personnel ou encore limiter l'absentéisme) ;
- des enjeux liés à la situation du salarié (meilleure conciliation vie personnelle / vie professionnelle, bien-être au travail et épanouissement personnel)⁵ ;
- des enjeux d'intérêt général (lutte pour l'environnement, aménagement des territoires).

Face à la diversité de ces enjeux, comment appréhender le télétravail ? Doit-on y voir un outil dont la mise en œuvre est laissée au pouvoir de l'employeur ? Ou, à l'inverse, un droit dont le salarié pourrait se prévaloir ? Les réponses ne sont pas sans conséquences sur les défis qu'implique une banalisation du télétravail.

⁵ Ce qui explique que la question du télétravail soit souvent envisagée dans le cadre des négociations sur la qualité de vie au travail.

I. Quel pouvoir de l'employeur face au télétravail ?

Un pouvoir de l'employeur...

Le télétravail se présente comme un mode d'organisation du travail relevant du pouvoir de l'employeur⁶. Il est un moyen d'organiser de nouvelles formes de travail dans l'entreprise.

Si, avant les ordonnances dites « Macron », le télétravail ressortait du champ contractuel (une clause insérée au contrat de travail ou un avenant à celui-ci était suffisant⁷), l'ordonnance du 22 septembre 2017 et sa loi de ratification du 29 mars 2018 ont offert à l'employeur les instruments juridiques lui permettant d'organiser collectivement le travail à distance.

Suivant l'article L.1222-9 du Code du travail, le télétravail peut être mis en place par accord collectif, ou, à défaut de négociation collective, par une charte soumise à l'avis du comité social et économique (CSE)⁸. Leur contenu minimum est défini par la loi.

Si le recours aux normes collectives est désormais promu, leur absence ne fait pas obstacle au télétravail. En tel cas, la loi autorise son déploiement dans des conditions plus souples encore, notamment pour répondre à des besoins individuels. Négociée individuellement entre l'employeur et le salarié, la mise en place du travail à distance peut être formalisée « par tout moyen », y compris donc en dehors du champ du contrat de travail.

Assurément, cette incitation à la négociation collective a eu un effet pratique car depuis le 1^{er} janvier 2018, sur le site www.legifrance.gouv.fr, sont recensés 2 326 accords d'entreprise ou avenants conclus sur ce thème (souvent dans le cadre des négociations sur la qualité de vie au travail ou le temps de travail).

Mais ces accords et chartes doivent s'articuler avec l'ANI de 2005 qui est toujours en vigueur, tout du moins pour le télétravail régulier (qui est seul visé par ce texte conventionnel). Or, l'ANI est plus restrictif sur certains aspects et offre des garanties supplémentaires aux salariés concernés telles que l'indemnisation du salarié qui effectue son travail à domicile. Avant la réforme de 2017, le Code du travail prévoyait également l'obligation pour l'employeur de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci (art. L.1222-10 ancien). Écartée du texte légal en vigueur, cette exigence est toujours imposée par l'ANI (art. 7). Elle s'applique donc

⁶ En ce sens également, B. Géniaut, « Covid-19 et télétravail », *Dr. soc.*, 2020, p.607.

⁷ La Cour de cassation y voyant d'ailleurs une modification du contrat de travail (Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23051 : car loin de modifier seulement le lieu d'exécution de la prestation de travail, le télétravail constitue un véritable mode d'organisation du travail).

⁸ Cette charte, en ce qu'elle impose des obligations supplémentaires, devra être annexée, s'il existe, au règlement intérieur pour être opposable aux salariés. Le recours à la charte peut être favorable au développement du télétravail dans les entreprises de moins de cinquante salariés ou encore dans celles qui, actuellement, n'ont ni représentation syndicale, ni représentation du personnel et où la négociation d'un accord collectif sur le télétravail avec des salariés mandatés n'apparaît pas comme pertinente ou possible.

en raison du principe de faveur, sauf si un accord collectif d'entreprise l'écarte en application des règles d'articulation entre les accords collectifs issues des ordonnances du 22 septembre 2017 (art. L. 2253-1 et s.).

Mais, même en ce dernier cas, la question demeure en débat puisque la jurisprudence de la Cour de cassation sur les frais professionnels impose que l'employeur prenne en charge les frais exposés pour les besoins de l'activité professionnelle et dans l'intérêt de l'entreprise⁹, de même qu'elle prévoit le versement au salarié d'une indemnité d'occupation du domicile lorsqu'aucun local professionnel n'est pas mis à sa disposition¹⁰...

... dépendant de la volonté du salarié...

Le pouvoir de l'employeur dans l'organisation du travail à distance trouve sa limite dans le principe du volontariat, qui est au fondement du télétravail. En effet, le télétravail ne peut être imposé unilatéralement au salarié, qui doit l'accepter, soit au moment de l'embauche, soit au cours de l'exécution du contrat¹¹.

En ce sens, la loi précise que l'accord collectif ou la charte doivent fixer les modalités d'acceptation du salarié, et rappelle que le refus du télétravail ne peut constituer une cause de rupture du contrat de travail.

Ajoutons que le télétravailleur dispose d'une forme de « droit au retour » dans l'entreprise (art. L.1222-10). Il s'agit, en réalité, d'un droit de priorité à retrouver un poste sur site.

... sauf circonstances exceptionnelles ou cas de force majeure.

Si l'employeur ne peut en principe contraindre le salarié à travailler à distance, le contexte sanitaire de ces derniers mois a mis en évidence une facette bien particulière du télétravail : le télétravail « forcé ».

Suivant les directives du Ministère du travail, le télétravail est devenu, sur un temps limité, la norme.

La période de confinement a conduit à mettre en place, parfois dans l'urgence, le télétravail pour une grande partie des travailleurs, salariés du secteur privé ou travailleurs – fonctionnaires et agents contractuels – dans le secteur public.

⁹ La chambre sociale considère en effet qu'il revient à l'employeur de supporter les frais professionnels (Cass. soc., 19 sept. 2013, n° 12-15.137). À titre d'exemples, peuvent être pris en charge :

- le loyer ou la valeur locative (au prorata de la superficie affectée à l'usage professionnel), la taxe d'habitation, la taxe foncière, les charges de copropriété, l'assurance multirisque habitation ;
- le chauffage, la climatisation, l'électricité ;
- les dépenses d'acquisition du mobilier (bureau, fauteuil, meubles de rangement, lampe de bureau) ;
- les frais liés à l'adaptation du local (diagnostic de conformité électrique, installation de prises téléphoniques et électriques, modifications liées à la mise en conformité avec la législation du travail) ;
- les matériels informatiques, périphériques ;
- les consommables ;
- les frais de connexion au réseau téléphonique, frais d'abonnement, etc. (Circ. DSS/SDFSS/5B n° 2005-376 du 4 août 2005).

¹⁰ Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.865 – Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502 – Cass. soc., 8 nov. 2017, n° 16-18.499.

¹¹ Le télétravail imposé pourrait d'ailleurs s'analyser en une intrusion dans le domicile du salarié (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, Bull. civ. V, n° 292 : « Le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »).

Ce télétravail occasionnel est apparu comme le moyen de maintenir une activité de l'entreprise et une activité professionnelle pour de nombreux travailleurs, tout en assurant leur protection.

Envisagées par l'article L.1222-11 du Code du travail qui autorise l'employeur à mettre en place le télétravail en cas de « *circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou de force majeure* », ces situations ne visent pas seulement les menaces sanitaires (mais aussi sécuritaires, telles que les catastrophes naturelles ou menaces d'attentats).

Cette décision « peut » alors constituer un aménagement de poste, autrement dit, un simple changement des conditions de travail. Devenu un devoir pour le salarié, il prend également les atours d'un devoir pour l'employeur. En effet, lorsque sont en cause des considérations sanitaires et donc la protection de la santé et de la sécurité, l'opposition de l'employeur à un passage au télétravail (dès lors que l'activité du salarié peut être exercée à distance) pourrait, selon les cas, s'analyser en un manquement à son obligation de sécurité¹².

Ce télétravail imposé laisse place à des incertitudes :

- Quelles conséquences en cas de refus du salarié ? Le texte est silencieux et le contentieux du télétravail étant pour l'instant peu fourni, il n'existe pas de solution jurisprudentielle claire. Mais une sanction pourrait être envisageable si, au regard des circonstances, le refus du salarié peut s'analyser en un manquement à son obligation de sécurité ou en un manquement à son obligation de loyauté¹³.
- Incertitudes souvent liées à l'absence de formalisation du télétravail, dans un contexte d'urgence comme celui que nous avons connu. En l'absence d'accord collectif et de charte, se pose la question de l'étendue des droits et des obligations de l'employeur et du salarié (par exemple, sur les moyens mis à la disposition du salarié ou sur le suivi et le contrôle du temps de travail). Pour faire face à ces incertitudes, des accords collectifs ont été conclus ou modifiés pour adapter le télétravail aux circonstances particulières de l'épidémie et du confinement (par exemple, l'accord Matmut ou l'accord du Groupe Thalès).

II. Quels droits pour le salarié face au télétravail ?

Le télétravail ne répond pas toujours à des considérations propres à l'entreprise. Sont parfois mises en avant la situation personnelle du salarié ou la recherche d'une meilleure qualité de vie au travail, de sorte que l'on peut s'interroger sur l'existence d'un droit reconnu au salarié à bénéficier du télétravail.

¹² Né dans le contexte de l'épidémie de grippe aviaire H1N1 (Circ. DGT n° 2009/16, 3 juill. 2009 ; Circ. DGT n° 2007/18, 18 déc. 2007), le texte permet à l'employeur de faire travailler ses salariés en dehors de l'entreprise lorsque la libre circulation est menacée ou impossible. Érigé en mesure de protection de la santé des travailleurs, le télétravail « forcé » se justifie par une situation de nécessité.

¹³ Sauf réserve que le refus ne soit pas légitime ; on peut penser notamment à certaines circonstances qui rendraient le refus légitime :

- Cas d'un employeur qui ne fournirait par le matériel nécessaire pour l'exécution du travail ;
- Refus du salarié fondé sur la nécessité de garder ses enfants, sachant que l'État avait mis en place un dispositif pour rémunérer les parents placés dans cette situation lors du premier confinement.

Au lendemain de la publication des ordonnances du 22 septembre 2017, il a été parfois annoncé que le texte avait consacré un droit au télétravail. Il est vrai que le gouvernement lui-même l'avait évoqué. Dans le Rapport au Président de la République de l'ordonnance, on peut en effet lire qu'« *Est instauré un droit au télétravail sécurisé, souple, permettant une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle* ».

Cette affirmation n'est pourtant pas confirmée par l'analyse du droit positif. La réforme n'a pas créé un « droit au télétravail ». D'une part, l'accès au télétravail est directement dépendant des critères d'éligibilité définis par l'accord collectif ou par la charte. D'autre part, lorsque le salarié souhaite bénéficier du télétravail, il doit en faire la demande à l'employeur qui peut la refuser.

Tout au plus, dans le cas où le salarié remplit les conditions fixées par la charte ou l'accord collectif ou lorsque la demande est faite par un travailleur en situation de handicap ou un salarié proche aidant¹⁴, l'employeur doit motiver sa réponse.

Cette motivation, qui doit être objective¹⁵, est susceptible de faire l'objet d'un contrôle, pour vérifier l'absence de discrimination (par exemple, fonder sa décision de refus sur la situation de famille du salarié tomberait sous la sanction de la discrimination) ou de tout abus de l'employeur (par exemple s'il s'agissait d'une sanction disciplinaire déguisée).

La définition des critères d'éligibilité au télétravail (postes concernés, conditions objectives liées à la personne du salarié apte à exercer son activité en télétravail) est donc d'importance : plus les conditions de passage en télétravail seront bien définies en amont, moins l'employeur sera contraint de motiver ses éventuels refus.

Ceci apparaît d'autant plus nécessaire après cette période de télétravail contraint, où il est apparu que de nombreuses tâches pouvaient être réalisées à distance.

Ce « droit au télétravail » peut trouver une autre expression lorsqu'il s'agit d'assurer le maintien dans l'emploi du travailleur. En effet, le télétravail peut faire partie des aménagements de poste que l'employeur doit étudier lorsqu'il doit rechercher un reclassement pour un salarié par exemple déclaré inapte¹⁶ ou pour assurer le maintien en emploi d'un salarié en situation de handicap¹⁷.

III. Pérenniser le télétravail : quels défis ?

Le contexte sanitaire a imposé la mise en place du télétravail de manière précipitée, sans anticipation. Si des enseignements peuvent être tirés de cette expérimentation forcée, et que les avantages sont apparus nombreux,

¹⁴ Au sens de l'article L.113-1-3 du Code de l'action sociale et des familles

¹⁵ Par exemple : autonomie insuffisante du salarié, absence de maîtrise de l'outil informatique, nécessité de maintenir le bon fonctionnement d'une équipe.

¹⁶ Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 11-28898, D. ; v. égal. CA Limoges, ch. soc., 22 sept. 2014, n° 13/00732 : « Si la société [X] considère que l'organisation du travail sous forme de télétravail n'est qu'une faculté pour l'employeur au regard de l'accord interprofessionnel du 19 juillet 2005, il en est différemment lorsque cette modalité est préconisée par le médecin du travail en cas d'inaptitude physique. Dans ce cas en effet, l'employeur se doit de prendre en considération cette modalité d'aménagement du travail ».

¹⁷ La loi prévoit que l'employeur doit s'assurer que les postes de ces salariés soient accessibles au télétravail (art. L.5213-6) ; de même, le refus doit être spécialement motivé (art. L.1222-9).

il faut également admettre que ce mode d'organisation du travail présente un certain nombre de risques et soulève de nombreux défis qu'il convient d'identifier à une période où les discours sur la banalisation du télétravail se multiplient.

Ces discours ont eu une certaine consistance puisque, depuis le début du confinement, 81 accords d'entreprise ou avenants ont été publiés sur le site www.legifrance.gouv.fr, dont plus d'1/3 visent des aménagements temporaires ou exceptionnels en raison de la crise sanitaire.

Le Code du travail définit certes le contenu de l'accord collectif ou de la charte mettant en place le télétravail pour tenter d'appréhender certains des risques. Mais, quelle(s) que soit(ent) la ou les justifications qui motivent ou motiveront la mise en place du télétravail, ces réflexions nouvelles impliquent une anticipation. Un dialogue social de qualité s'avérera nécessaire.

Les risques – ou plutôt, les défis – ont pour la plupart été identifiés par les différentes études et les retours d'expérience. Il ne s'agit pas ici d'en faire un état des lieux exhaustif (v. sur ces risques, le site de Yves Lafargue « ergostressie »).

Parmi eux, et au-delà de celui essentiel de la sécurité informatique et de la protection des données personnelles (qui impose une mise en conformité avec le RGPD ; la CNIL a d'ailleurs élaboré des fiches techniques pour la période de crise), trois méritent attention.

La santé physique et mentale du télétravailleur

À l'égard des télétravailleurs, l'employeur est tenu des obligations de droit commun, et donc de l'obligation de sécurité dans les mêmes conditions que pour les salariés travaillant dans les locaux.

Mais l'éloignement du salarié soulève d'importantes difficultés en la matière. Les règles issues du Code du travail, conçues sur un modèle d'unité de temps, de lieu et d'action¹⁸, ne peuvent être transposées sans difficultés. Sans doute, le problème se posera en des termes différents lorsque le travail est exécuté dans un télé-centre ou en espace de *coworking*. S'agissant du télétravail à domicile, nombreuses des prescriptions de la quatrième Partie du Code du travail apparaissent inadaptées¹⁹. Il est évident que l'employeur, n'ayant pas la maîtrise de la conception, de la construction et de l'aménagement de l'espace de travail, pourra difficilement le conformer aux exigences de nombreuses règles techniques. L'exemple, souvent repris, de l'obligation de mise en place de sorties de secours²⁰ est particulièrement édifiant.

Plus généralement, c'est la question de l'identification et de l'évaluation des risques, clef de voûte de la démarche de prévention²¹, qui se pose avec une acuité particulière. En effet, prévenir, c'est avant tout connaître. À cet égard, l'ANI de 2005 avait pris soin d'attirer l'attention des acteurs sur certains risques potentiels intéressant les télétravailleurs²². Au-delà des risques traditionnels (électrocution, malaise, chute de plain-pied...), les « risques

¹⁸ J.-E. Ray, « Légaliser le télétravail, une bonne idée ? », *Dr. soc.* 2012, p. 443, n° 2.

¹⁹ L. Fourcade, « Repenser la sécurité du télétravailleur », *JCP S* 2016, 1401 ; Ray J.-E., *op. cit.*

²⁰ C. tr., art. R. 4216-2.

²¹ C. tr., art. L. 4121-3.

²² ANI, 19 juill. 2005, art. 8.

physiques » du télétravail s'incarnent essentiellement dans ceux liés au travail sur écran, que le Code du travail encadre précisément²³ (troubles musculo-squelettiques liés à l'absence d'ergonomie du poste de travail, fatigue visuelle, etc.), auxquels il faut ajouter le risque électrique lié aux installations²⁴ et le risque incendie²⁵. L'employeur doit donc veiller à la conformité des locaux du télétravailleur à l'exercice d'une activité professionnelle. Or, comment procéder à une telle évaluation des risques si l'employeur n'a pas librement accès à cet environnement externalisé ? Sur ce point, l'ANI de 2005 reconnaît à l'employeur, aux représentants du personnel et aux autorités administratives un droit d'accès au lieu du télétravail, sous réserve bien sûr du respect de la protection attachée au domicile familial. L'accord du salarié est nécessaire²⁶. Pour éviter cela, de nombreux accords collectifs préconisent de faire signer au salarié une attestation sur l'honneur sur la conformité de son logement ou de réclamer une attestation de son assureur pour couvrir l'utilisation du domicile à des fins personnelles²⁷. D'autres retiennent une solution plus radicale : la réalisation d'une visite d'inspection par les préventeurs de l'entreprise ou un tiers agréé devient une condition d'éligibilité au télétravail²⁸.

Au-delà des risques physiques, c'est évidemment la question des risques psychosociaux qui doit être appréhendée.

Les environnements de travail marqués par les technologies de l'information et de communication sont plus propices à ce type de risques²⁹, dont la gravité s'accroît avec l'éloignement géographique (intensification du travail, renforcement du contrôle de l'activité, contrainte excessive de réactivité, isolement...). Des suivis devront être mis en place, dans le respect du droit à la vie privée. La loi prévoit que l'accord collectif ou la charte organisant le télétravail précisent « *les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail* »³⁰, notamment pour s'assurer de l'effectivité des temps de repos.

L'employeur doit également organiser un entretien annuel portant, entre autres, sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail³¹. Des solutions complémentaires ont pu être explorées. Le risque d'isolement, par exemple, peut être aisément combattu en écartant le télétravail à temps complet³² ou en prescrivant des mesures

²³ C. tr., art. R. 4542-1 à R. 4542-19.

²⁴ C. tr., art. R. 4215-1 et s.

²⁵ C. tr., art. R. 4216-1 et s.

²⁶ ANI, 19 juill. 2005, art. 8. Le salarié peut, par ailleurs, lui-même solliciter une visite d'inspection.

²⁷ V. nota. Accord du groupe TF1 relatif au télétravail, 20 déc. 2017 (Liaisons. soc. 2 mars 2018, n° 17522) ; Accord Carrefour Partenariat International, 19 déc. 2017, art. 7.1 et 7.2 ; Accord sur le télétravail au sein des sociétés Airbus SAS et Airbus Operations SAS, 13 janv. 2017.

²⁸ Rapport « Transformation numérique et vie au travail », 2015, Mettling B., p. 16 ; Des accords ont intégré cette exigence en érigeant le diagnostic électrique en obligation, avec parfois une prise en charge des frais ((nota. Accord-cadre groupe Thales du 23 mars 2018 relatif au télétravail (Liaisons. soc. 25 avr. 2018, n° 17559) ; Accord Altran Technologies du 19 mai 2014, art. 5 ; Accord relatif au télétravail à La Poste du 25 juin 2013)).

²⁹ Rapp. B. Mettling, préc., p. 35.

³⁰ C. tr., art. L. 1222-9, II, 3°.

³¹ C. tr., art. L. 1222-10, 3°.

³² Des accords fixent un nombre minimum de jours de présence en entreprise ou un nombre maximal de jours en télétravail. Par ex., Accord relatif à la mise en place du travail à distance au sein d'Enedis, 12 déc. 2017 (Liaisons. soc. 13 avr. 2018, n° 17551) ; Accord en faveur du développement de nouveaux modes de travail au sein d'Harmonie Mutuelle, 5 déc. 2017 (Liaisons. soc. 19 avr. 2018, n° 17555) ; Accord relatif au télétravail SPIE Ouest-Centre, 23 févr. 2018, art. 10.

visant le maintien du lien social (entretiens réguliers avec la hiérarchie, réunions en présentiel³³, etc.). Immanquablement, la réflexion doit aussi intégrer le droit à la déconnexion³⁴ dont la promotion permet de lutter contre la surcharge d'information et de garantir les temps de repos.

Cependant, poser la question de la santé, c'est aussi soulever celle de la qualification de l'accident subi à domicile. Les difficultés à dessiner les frontières entre vie privée et vie professionnelle dans le cadre du télétravail à domicile pouvaient faire douter de l'applicabilité de la présomption légale d'accident du travail. L'ordonnance de 2017 a levé le doute et posé une présomption (simple, susceptible d'être renversée) d'accident du travail « pendant l'exercice de l'activité professionnelle ». La formule semble renvoyer, non aux seules plages horaires, mais plus largement aux temps productifs (pour prendre en compte la flexibilité des horaires). Du reste, la preuve de la matérialité de l'accident sera toujours délicate à apporter (sauf si l'accident se réalise pendant les plages horaires où le télétravailleur doit être joignable, alors qu'il serait en communication avec son employeur ou en présence de personnes tierces).

La protection de la vie privée du télétravailleur

Le développement du numérique menace le droit fondamental au respect de la vie privée. Le télétravail ne fait pas exception.

Le télétravail pose deux types de risque :

- Celui de la confusion des temps et lieux entre la vie privée et la vie professionnelle. Le lieu de travail se confondant avec le domicile là où le salarié peut en principe vaquer librement à ses occupations personnelles.

Le Code du travail n'offre que peu de garanties à cet égard. On relèvera toutefois que l'accord collectif ou la charte d'entreprise mettant en place le télétravail doivent préciser les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail. Mais aucune précision n'est apportée, par exemple sur le respect des temps de pause ou de repos.

L'ANI de 2005 met davantage en évidence ce lien (art. 6). C'est donc bien en considération du respect à la vie privée, mais également du respect de la législation sur le temps de travail, qu'il convient de définir ces plages horaires.

Sur ce point, le droit à la déconnexion³⁵ doit être également mobilisé (par exemple, le blocage de l'accès au réseau de l'entreprise au-delà de certaines heures ou le week-end ou le respect impératif des plages horaires définies durant lesquelles le salarié peut être contacté).

³³ Accord SPIE Ouest-Centre, préc., art. 5.2.2.

³⁴ G. Loiseau, « La déconnexion », Dr. soc. 2017, p. 463 ; G. Loiseau et A. Martinon, « Le droit à la déconnexion », Cah. soc. juill. 2017, n° 121, p. 38.

³⁵ Issu de la loi Travail de 2016, le droit à la déconnexion tend à répondre aux défis soulevés par la généralisation des TIC. Il est aujourd'hui consacré à l'article L. 2242-17 du Code du travail, qui prévoit que la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte « sur les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. À défaut

- Le second risque tient à l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur. L'employeur dispose, dans le cadre de son pouvoir de direction, du pouvoir de contrôle de l'activité du salarié (qu'il s'agisse de contrôler la réalité de l'activité, la qualité du travail fourni ou le temps de travail). Si le télétravail repose sur l'autonomie et la responsabilisation du télétravailleur, ce pouvoir de contrôle, même atténué, demeure.

Toutefois, son exercice doit être strictement concilié avec le droit au respect de la vie privée (art. L.1121-1). En d'autres termes, si l'employeur met en place des moyens de contrôle (par exemple, mise en place d'un logiciel espion sur l'outil informatique), il ne pourra retenir que des moyens strictement nécessaires et proportionnés au but recherché. Le comité social et économique devra également être consulté. L'article 6 de l'ANI rappelle également ces exigences : « *Si un moyen de surveillance est mis en place, il doit être pertinent et proportionné à l'objectif poursuivi et le télétravailleur doit en être informé* » ; « *leur mise en place doit faire l'objet d'une information et d'une consultation préalable des représentants du personnel* ».

L'exercice des droits collectifs du télétravailleur

Voilà un aspect non envisagé par les dispositions légales propres au télétravail : l'exercice des droits collectifs du télétravailleur. Indiscutablement, cette question se posera sous un jour nouveau dans le cadre d'une banalisation du télétravail.

Éloigné de la collectivité des travailleurs, le télétravailleur n'est évidemment pas privé de ces droits. D'ailleurs, l'ANI de 2005 avait pris soin de le rappeler. Selon la quotité du temps de travail réalisé à distance, la question de l'accès aux représentants du personnel, à l'information syndicale, voire à la participation aux élections professionnelles se posera et devra ici encore être envisagée dans les discussions entourant sa mise en place dans l'entreprise.

Assurément, le contexte de ces derniers mois a réactivé l'intérêt suscité par le télétravail. Il a également mis en évidence ses risques et ses limites. Sa généralisation et sa pérennisation ne s'improvisent pas. Elles supposent une réflexion approfondie, une anticipation des conditions de sa mise en œuvre, qui passe certainement par un dialogue social de qualité. Cela n'est cependant pas suffisant : un renouvellement des réflexions sur les modes de management et sur l'organisation du travail devrait également s'imposer.

d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques ». Rattaché aux situations de télétravail, cet outil semble trouver toute son utilité.

Focus :

Présentation du nouvel Accord National Interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail signé le 26 novembre 2020

À l'issue d'une négociation de moins d'un mois, les partenaires sociaux ont présenté un projet d'ANI définitif sur le télétravail. S'il vient compléter le cadre juridique existant, composé de l'ANI du 19 juillet 2005 relatif au télétravail et des articles L.1222-9 à L.1222-11 du Code du travail, cet accord n'a pas vocation à créer des droits nouveaux, mais répertorie et clarifie les règles applicables existantes. Ce texte n'a pas vocation à affecter les règles issues du Code du travail et ne supprime pas l'ANI de 2005, mais en modifie certaines des dispositions (art. 2, art. 3). Dans le contexte de la pandémie, l'objectif est d'inciter la majorité des entreprises à s'emparer du sujet, en s'appuyant sur le droit positif.

Voici une présentation synthétique de cette « aide à la négociation » :

- Les entreprises sont invitées à réfléchir à l'articulation entre le travail en présentiel et en distanciel dans le cadre du dialogue social et professionnel :
 - Il s'agit de faire entrer les questions liées à l'organisation du travail au cœur du dialogue social ;
 - L'ANI insiste sur l'importance pour l'employeur d'identifier les activités éligibles au télétravail ;
 - L'ANI écarte l'idée d'une généralisation du télétravail ;
- L'ANI réaffirme la règle du double volontariat (salarié et employeur), sauf en cas de circonstances exceptionnelles ou de force majeure. L'avenant au contrat de travail n'est plus présent. En l'absence de dispositions particulières prévues par un accord collectif d'entreprise ou une charte, l'accord peut donc être formalisé par tout moyen, même si le texte précise qu'il est « utile de recourir à un écrit » ;
- Les modalités de sortie du télétravail sont précisées. L'ANI précise que lorsque « le télétravail ne faisait pas partie de ses conditions d'embauche, le salarié doit retrouver son poste dans l'entreprise » : la pleine réversibilité semble donc assurée ;
- Concernant l'organisation du travail, l'ANI rappelle que l'employeur doit contrôler la durée du travail du salarié. Il doit notamment définir avec lui « les plages horaires durant lesquelles il peut le contacter, en cohérence avec les horaires de travail en vigueur dans l'entreprise » ;
- Sans s'opposer au télétravail à temps complet, l'ANI souligne l'importance d'équilibrer le temps de télétravail et le temps de travail sur site pour éviter de rompre le lien social. Cette répartition est déterminée par accord entre les deux parties.
- Sur la prise en charge des frais professionnels, l'accord confirme, comme c'était déjà le cas dans l'ANI de 2005, qu'elle doit être assurée par l'employeur. Il apporte des précisions à ce sujet controversé :
 - Le choix des modalités de prise en charge des frais professionnels « peut être un sujet de dialogue social » : l'ANI ne s'engage donc pas sur un forfait de prise en charge des frais professionnels ;

- Seules « les dépenses qui sont engagées par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'entreprise, après validation de l'employeur » sont couvertes ;
- L'allocation forfaitaire éventuellement versée par l'employeur pour rembourser le salarié est réputée utilisée conformément à son objet et exonérée de cotisations sociales dans la limite des seuils prévus par la loi ;
- Prévues par la loi, la présomption d'imputabilité en matière d'accident du travail continue de s'appliquer. Les rédacteurs ont apporté deux réserves :
 - « Cette présomption occasionne des difficultés de mise en œuvre pratique » ;
 - « Il doit être tenu compte du fait que l'employeur ne peut avoir une complète maîtrise du lieu dans lequel s'exerce le télétravail et de l'environnement qui relève de la sphère privée » ;
- Les risques liés au télétravail doivent être évalués et retranscrits dans le document unique d'évaluation des risques. Les salariés doivent aussi être informés de ces risques.
 - Une attention particulière doit être portée à la prévention du risque d'isolement des salariés ;
 - Le droit à la déconnexion est mentionné ;
- L'adaptation des techniques managériales s'impose et doit être réalisée en tenant compte du cadre fixé par l'ANI encadrement du 28 février 2020 qui repose sur une relation de confiance entre un responsable et chaque télétravailleur et sur deux aptitudes complémentaires : l'autonomie et la responsabilité nécessaires au télétravail.
 - Les managers doivent être formés au management à distance ;
 - Des objectifs clairs doivent être définis pour les salariés ;
 - L'ANI se penche sur une meilleure prise en compte des situations particulières : nouveaux salariés, alternants, salariés en situation de handicap et ceux présentant des problèmes de santé ou atteints d'une maladie chronique évolutive ou invalidante, aidants familiaux, salariés en situation de fragilité.
- L'ANI indique que le développement du télétravail nécessite d'adapter l'organisation du dialogue social d'entreprise, afin qu'il puisse s'exercer dans des conditions efficaces et satisfaisantes pour tous. L'idée est notamment de permettre aux représentants du personnel de garder le contact avec les salariés en télétravail ;
- L'ANI invite à anticiper la mise en place du télétravail pour circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire élaborer un plan de continuité d'activité et identifier en amont les activités éligibles.
 - Ce n'est pas imposé aux entreprises ;
 - Les auteurs rappellent que les salariés placés en télétravail contraint doivent avoir les mêmes droits que les télétravailleurs réguliers.

Vous trouverez une analyse des principaux enseignements du diagnostic paritaire sur le télétravail ainsi que de la négociation nationale interprofessionnelle sur le télétravail sur le site dialogue-social.fr :

<http://www.dialogue-social.fr/fr/dernieres-publications/id-3076/dernieres-publications.html>

<http://www.dialogue-social.fr/fr/publication/id-3090/publication.html>