

Revue

Lexbase Hebdo édition sociale n°485 du 17 mai 2012

[Rel. individuelles de travail] Événement

Actualités sur le télétravail

N° Lexbase: N1620BT8



par *Grégory Singer, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Depuis quelques années, l'Association pour le développement de l'informatique juridique (ADIJ) se réunit une fois par an afin de traiter de l'actualité du télétravail dans le secteur privé et la fonction publique (1). Une fois n'est pas coutume, l'actualité n'était pas seulement jurisprudentielle, cette réunion intervenant à la suite de la publication de la loi du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (2), codifiant le télétravail, et la loi du 12 mars 2012 (3) prévoyant la mise en œuvre du télétravail dans la fonction publique. Lexbase Hebdo — édition sociale vous propose un compte-rendu de ce mardi de l'ADIJ du 3 avril 2012 animé par Christine Baudoin, Vice-Présidente de l'Adij, Associée du Cabinet Lmt Avocats, Spécialiste en droit social et Nicole Turbé-Suetens, Cabinet Distance Expert, Expert européen et consultante en nouvelles technologies.

En commençant sa présentation, **Jean-Emmanuel Ray, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon— Sorbonne) et à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris** rappelle que le télétravail ne s'arrête pas aux frontières françaises. Aux Pays-Bas, 150 entreprises, beaucoup plus nombreuses qu'en France, ont signé un accord sur le télétravail, caractéristique du *flexitime*. Travaillant sur ces questions depuis de nombreuses années, le Professeur Ray souligne qu'en seulement dix jours, deux lois sont venues légiférer sur le télétravail, apportant en quelque sorte une légitimité accentuée à ce mode de travail. Derrière le télétravail, nous passons de la Révolution industrielle à la Révolution numérique, quittant le carcan classique de "l'unité de temps, de lieu et d'action".

Quelles conséquences peut-on tirer de cette loi se demande Jean-Emmanuel Ray ? Par la définition du télétravail (4), le champ du télétravailleur semble étendu au regard de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005. Notre intervenant insiste ainsi rapidement sur la complexité pour les spécialistes liée à l'application de ces différents textes traitant du télétravail. Il y a désormais une loi de la République qui "*ratifie de façon plus large*" qu'un accord interprofessionnel. Plus aucun salarié ne peut échapper au télétravail s'il correspond à la définition. Il y a un cumul de règles souligné notamment par l'article L. 1222-9, le télétravail s'appliquant "*sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des dispositions du présent code protégeant les travailleurs à domicile*", issue d'une loi de 1957 dont l'application est aujourd'hui assez marginale. Par l'article L. 1222-10 (N° Lexbase : L5723ISR) précisant qu'"*outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés*", l'employeur devra cumuler les règles spécifiques du télétravail ainsi que les règles générales : ce qui pourrait poser problème, par exemple, en matière de temps de travail. En revanche, pour Jean-Emmanuel Ray, il est important de préciser que le comité d'entreprise et le comité d'hygiène et sécurité seront consultés en raison de cette modification des conditions de travail : le rappeler dans les nouvelles dispositions n'était donc pas nécessaire.

Cependant, la plupart des entreprises relevant du champ d'application de l'ANI, selon le mécanisme classique du conflit de normes devront en appliquer ses stipulations lorsque celles-ci sont plus favorables que la loi ; le Professeur Ray citant, par exemple, la prise en charge des frais d'assurance par l'employeur. Il n'y a cependant pas d'obligation de négocier sur le télétravail pour l'employeur.

Concernant plus spécifiquement le temps de travail, notre intervenant aurait souhaité un mécanisme moins compliqué qui n'additionne pas, par exemple, le statut du télétravailleur et le débat actuel sur les forfaits-jours (5).

Jean-Denis Combrexelle, Directeur général du travail, insiste sur la sécurisation apportée par la loi notamment sur les questions de frais d'entretien du matériel, d'entretien individuel, le législateur devant prendre position. La loi occupe une place centrale mais l'enjeu important demeure dans la négociation au sein de chaque entreprise (6). Nous retrouvons ainsi, pour le Directeur général du travail, la problématique classique en droit du travail du partage entre la loi et la négociation, mais également à l'intérieur de la négociation entre accord national interprofessionnel, branche et entreprise, cette problématique se terminant sur l'impact et sur l'articulation avec le contrat de travail. L'enjeu de la mise en place du télétravail revient ainsi aux partenaires sociaux, employeurs et salariés, de se saisir de cette question. La loi de simplification du droit n'est pas un aboutissement mais le début, base d'une négociation indispensable pour Jean-Denis Combrexelle afin d'avoir des accords le plus proches possible de la réalité de l'entreprise.

Reprenant une étude du Conseil d'analyse stratégique et de la DGT (7), Jean-Denis Combrexelle souligne que la vitesse de promotion d'un télétravailleur est moins rapide que celle d'un salarié dit classique, la question de la présence dans l'entreprise, en France, étant un facteur de différenciation des salariés. Pour le Directeur général du travail, la négociation devra prendre en compte ces questions de promotion, de versement de prime. Les technologies de l'information peuvent être ainsi utilisées au service du collectif, la négociation collective devant être toutefois liée à une amélioration des pratiques managériales.

Interrogé sur la publication d'une future circulaire sur le télétravail, Jean-Denis Combrexelle rappelle que les circulaires ne sont plus rédigées par l'administration mais négociées avec les partenaires sociaux. Ainsi, la loi "Larcher" du 31 janvier 2007 (8) qui prévoit à l'article 1er du Code du travail (N° Lexbase : L5724IAA) que *"tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation"* renvoie indirectement la conclusion des circulaires à la négociation. Désormais censurer des circulaires revient indirectement à remettre en cause les partenaires sociaux. Cependant, le Directeur général du travail n'estime pas que la loi appelle à des commentaires, la mise en place au sein de chaque entreprise étant renvoyée à un accord. Ainsi, comme le souligne **Christine Baudoin**, nombre de TPE-PME pourront désormais se référer à cette loi, texte de base, qui n'impose pas d'obligations trop lourdes.

Myriam Bernard, Sous-directrice des carrières et des rémunérations à la Direction générale de l'administration et de la fonction publique souligne que l'administration n'avait pas nécessairement besoin de la loi du 12 mars 2012 pour organiser le télétravail au sein de la fonction publique. Par exemple, il existe déjà de nombreuses collectivités territoriales fonctionnant par le biais d'un télécentre utilisés notamment en cas d'intempéries. Il est cependant important de souligner pour **Nicole Turbé-Suetens**, que ce système de télécentre existe encore peu dans les entreprises. Des études et actions sont actuellement en cours pour tenter de développer des télécentres en Ile-de-France afin de rapprocher le travail du domicile. Un appel à projet a été lancé dans ce sens par le Conseil régional d'Ile-de-France.

La loi du 12 mars 2012 est cependant *"une bonne chose"* pour Myriam Bernard. Elle pose les fondamentaux avec une définition identique à celle existant désormais en droit privé. L'un des principes essentiels est souligné : le volontariat. Il y a ainsi une demande de l'agent étudiée par le chef de service qui examine si cette demande est compatible avec le fonctionnement du service public. Nombres d'emplois dans la fonction publique ne sont néanmoins pas compatibles avec le télétravail (fonction hospitalière, petite enfance, fonction régaliennne,...). Un autre principe important existe dans la loi : la réversibilité. La situation du télétravailleur changeant de poste sera ainsi étudiée afin d'examiner la compatibilité de ces nouvelles fonctions avec le télétravail. Le fonctionnaire télétravailleur bénéficie également de l'intégralité des droits attachés à sa situation d'agent public, des discriminations pouvant exister dans la fonction publique notamment dans le cadre des rémunérations accessoires. Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser, avant la fin de l'année, après négociation avec les partenaires sociaux, la protection de la vie privée, l'équipement des télétravailleurs, l'essentiel de l'organisation du fonctionnement revenant à chaque ministère. Myriam Bernard insiste sur la crainte de la désocialisation du télétravailleur, la fonction publique ayant beaucoup individualisé les salariés. Pour cette dernière, le télétravail ne doit pas dépasser deux jours par semaine,

situation souvent similaire dans les entreprises. *"Le collectif doit sortir renforcé du télétravail"* pour Nicole Turbé-Suetens.

Qu'en est-il des coûts engendrés par le télétravail ? Peut-on soumettre l'expérimentation au télétravail à la possession d'une ligne ADSL comme l'exigent aujourd'hui certaines entreprises ? Le téléphone au domicile n'est-il pas seulement un outil de vie privée, de vie familiale demande Christine Baudoin ? L'ANI obligeait à prendre les coûts engendrés par le télétravail. Il y a désormais une obligation légale 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"*, le juge ayant un fort pouvoir d'appréciation de l'adverbe "notamment" pour le Professeur Ray. Cependant, comme l'indique ce dernier, la Cour de cassation, par un arrêt du 7 avril 2010 (9), estime que l'occupation, à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail. Si le salarié accepte, l'employeur doit alors l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile. Il pourrait y avoir ainsi un conflit entre cette solution et les dispositions prévues par la loi du 22 mars 2012. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 septembre 2011 a indemnisé à hauteur de 3 600 euros un télétravailleur au titre de l'occupation des 12 m² durant un an. Va-t-on devoir systématiquement indemniser l'immixtion dans la vie privée, coût supplémentaire pour les entreprises ? Christine Baudoin souligne que l'arrêt du 7 avril 2010 vise uniquement la sujétion imposée par l'entreprise. Vision confirmée par le Directeur général du travail qui invite à faire la distinction entre un véritable télétravailleur et un télétravailleur occasionnel, nomade. Une réflexion devrait d'ailleurs s'organiser sur le décompte du temps de travail pour Jean-Denis Combrexelle qui précise qu'une censure des forfaits-jours (10) aurait été catastrophique, le forfait-jours pouvant être une amorce de ces discussions. Cette réflexion va au-delà du télétravail et doit être négociée au niveau de l'entreprise. Nicole Turbé-Suetens souligne d'ailleurs que le nomadisme n'est défini nulle part, la principale motivation du télétravail étant une diminution du temps de trajet.

Pour Jean-Emmanuel Ray, *"le temps de travail est l'Himalaya du télétravail"*. Il souligne d'ailleurs que le télétravailleur, étant la plupart du temps un travailleur autonome, sera soumis à un forfait-jours, le contraire pouvant être très problématique pour l'entreprise. Cette soumission impose de la sorte une surveillance de la charge de travail et de l'obligation de repos. Christine Baudoin souligne l'importance du rôle des avocats, conseils des entreprises dans la négociation des avenants contractuels des télétravailleurs.

L'essentiel de la mise en place du temps de travail, notamment par le biais des forfaits, ne sera cependant pas négocié au niveau du contrat de travail mais par le prisme de l'accord collectif (11). La négociation collective évalue le repos, la charge de travail pour Jean-Denis Combrexelle et Jean-Emmanuel Ray, le contrat n'étant qu'un complément de ces négociations. Le Directeur général fait d'ailleurs un rapprochement avec l'article 45 de la loi du 22 mars 2012 (12) qui prévoit que la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.

Par ailleurs, l'article L. 1222-10 énonce que l'employeur doit *"fixer, en concertation avec lui, les plages horaires durant lesquelles il peut habituellement le contacter"*. Jean-Emmanuel Ray estime que l'une des finalités de cette disposition est aussi la présomption d'accident du travail. Si un accident intervient au cours de ces plages horaires, il se verra ainsi appliquer les dispositions liées aux accidents du travail. Jean-Denis Combrexelle a une interprétation différente, la plage horaire étant pour lui une protection pour le télétravailleur. Joindre le télétravailleur peut permettre de l'évaluer, évaluation indispensable pour le versement, par exemple, d'une prime. Le joindre permet de ne pas l'exclure de l'entreprise. Pour Nicole Turbé-Suetens, ces plages de joignabilité correspondent actuellement aux plages fixes obligatoires dans l'entreprise. Pour résumer, le Professeur Ray rappelle que le télétravail ne peut réussir qu'avec *"de l'autonomie et de la confiance"*.

L'article L. 1222-11 du Code du travail (N° Lexbase : L5724ISS) dispose également qu'*"en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés. Les conditions et les modalités d'application du présent article sont définies par décret en Conseil d'Etat"*. Cette précision, absente de la loi du 12 mars 2012 pour les fonctionnaires, est très importante pour le Professeur Ray qui rappelle que dans un arrêt du 31 janvier 2012, la Chambre sociale a énoncé que lorsque l'employeur a imposé à une salariée, qui exerçait ses fonctions dans un laboratoire, de travailler à son domicile pour pallier une difficulté d'organisation interne à l'entreprise, cette modification unilatérale du contrat de travail justifie la prise d'acte de la rupture par la salariée (13).

Chaque année, le télétravailleur devra faire l'objet d'un entretien annuel. Comment cet entretien peut être organisé ? Comment peut-il être coordonné avec l'entretien lié aux forfait-jours ? Pour le Professeur Ray, l'entretien lié à la mise en place du télétravail doit être distingué de celui du forfait-jours. L'obligation de sécurité de résultat étant importante,

un seul entretien ne peut être suffisant. Les entretiens doivent prendre en compte la santé du salarié, notamment, la charge de travail, et non seulement les objectifs du salarié.

En conclusion, Jean-Emmanuel Ray estime que cette loi apporte une visibilité au télétravail et rassure employeurs et salariés. Cette loi n'est cependant qu'un début. La révolution numérique et l'individualisation sont en train de profondément modifier le droit du travail. Nicole Turbé-Suetens considère le télétravail comme une transition pour faire évoluer le droit du travail et les pratiques managériales.

(1) Sur la réunion sur ce thème en 2011, v. les obs. de S. Pillet, *Télétravail — Actualité juridique et jurisprudentielle*, Lexbase Hebdo n° n°438 du 5 mai 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N1355BSY).

(2) Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (N° Lexbase : L5099ISN). V. les obs. de Ch. Radé, *La légalisation du télétravail : tout ça pour ça ? (article 46 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives)*, Lexbase Hebdo n° 479 du 29 mars 2012 — édition sociale (N° Lexbase : N0989BTS).

(3) Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 (N° Lexbase : L3774ISL); v. les obs. de Ch. Mazza, avocat au barreau de Paris, *Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 : dispositions relatives l'encadrement renforcé du recours aux agents contractuels et la recherche accrue d'égalité professionnelle hommes-femmes*, Lexbase Hebdo n° 239 du 22 mars 2012 — édition publique (N° Lexbase : N0958BTN).

(4) C. trav., art. L. 1222-9 (N° Lexbase : L5722ISQ) : "Le télétravail désigne 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 régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci".

(5) V. not., sur cette question récente, les obs. de S. Tournaux, *Conventions de forfait en jours : de l'importance du contenu des accords collectifs*, Lexbase Hebdo n° 473 du 16 février 2012 — édition sociale ([LXB= N0230BTP]) à propos de Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-19.807, FS-P+B+R (N° Lexbase : A8942IBS), *L'impossible mariage entre forfaits-jours et surclassement du salarié*, Lexbase Hebdo n° 462 du 17 novembre 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N8738BSG) et surtout, *Forfaits-jours : compromis à la française !*, Lexbase Hebdo n° 447 du 7 juillet 2011 — édition sociale (N° Lexbase : N6810BSZ), à propos de Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A5499HU9).

(6) Jean-Denis Combrexelle insistait déjà sur l'importance de la négociation collective dans *Le centre de gravité des relations de travail se trouve dans l'accord collectif — Questions à Jean-Denis Combrexelle, Directeur général du travail*, Lexbase Hebdo n° 479 du 29 mars 2012 — édition sociale (N° Lexbase : N1050BT3).

(7) Rapport, *Le développement du télétravail dans la société numérique de demain*.

(8) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007, de modernisation du dialogue social (N° Lexbase : L2479HUD).

(9) Cass. soc., 7 avril 2010, n° 08-44.865, FS-P+B (N° Lexbase : A5814EUU), et v. les obs. de S. Tournaux, *L'utilisation de son domicile à des fins professionnelles par le salarié : une sujétion qui doit faire l'objet d'une indemnisation*, Lexbase Hebdo n° 392 du 22 avril 2010 — édition sociale (N° Lexbase : N9429BNK).

(10) Voir note de bas de page n° 5.

(11) V. not., sur ce point, Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-19.807, FS-P+B+R, préc..

(12) V. sur cette question, les obs. de S. Tournaux, *Modulation du temps de travail et contrat de travail (article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives)*, Lexbase Hebdo n° 479 du 29 mars 2012 — édition sociale (N° Lexbase : N0990BTT) et l'interview précédemment citée de Monsieur Jean-Denis Combrexelle.

(13) Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-25.367, F-D (N° Lexbase : A8934IBI).