

Université de Lille
Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales



L'impact de la crise sanitaire sur le régime juridique du télétravail

Mémoire de Master 2 Droit Social, Parcours Droit du travail

Présenté par Coraline Guérin

Sous la direction de Madame la professeure Dominique Everaert-Dumont

Année Universitaire 2020-2021

Remerciements

La réalisation de ce mémoire a été rendue possible grâce à l'aide de plusieurs personnes à qui je souhaite témoigner toute ma gratitude.

J'adresse tout d'abord mes remerciements à Monsieur Bernard Bossu, professeur et directeur du Master Droit Social de l'Université de Lille. Il a été l'une des premières personnes à encourager la réalisation de mon mémoire sur le thème du télétravail.

Je remercie Madame Dominique Everaert-Dumont, professeur dans cette même université. En tant que Directrice de mémoire, elle a su me guider dans mon travail et me conseiller dans l'orientation de ma réflexion.

Je remercie Monsieur Pierre Bidault de L'Isle, mon tuteur lors de mon alternance, pour m'avoir apporté son avis professionnel sur mon sujet de mémoire et sur les réflexions que j'ai pu élaborer.

Je souhaite, enfin, particulièrement remercier ma mère et mon amie pour leur aide précieuse à la relecture et à la correction de mon mémoire. Leurs retours extérieurs m'ont été bénéfiques et m'ont permis de d'améliorer mon mémoire.

Sommaire

Introduction

Partie 1 : Télétravail et crise sanitaire : la révélation d'un mécanisme inusité à la réglementation inappropriée

Chapitre 1 : L'apparition d'incertitudes autour de la réglementation du télétravail

- I) La discordance réglementaire selon le mode de mise en place du télétravail
- II) La présence relative de la négociation collective dans la mise en place du télétravail

Chapitre 2 : La confusion entre la pratique du télétravail et la théorie de sa réglementation

- I) L'incohérence du contenu de l'obligation de sécurité au regard des spécificités du télétravail
- II) L'importance épineuse du maintien des droits individuels et collectifs des travailleurs

Partie 2 : Télétravail et crise sanitaire : la promotion d'un mécanisme profitable mais nécessairement réformable

Chapitre 1 : Le télétravail évocateur d'une opportunité controversée pour la santé des travailleurs

- I) Une organisation du travail bénéfique mais inhabituelle permettant le maintien dans l'emploi
- II) Une organisation du travail protectrice mais forcée entraînant des risques psychosociaux

Chapitre 2 : L'accueil favorable du télétravail révélateur de la nécessaire réforme d'un régime juridique obsolète

- I) Une obsolescence issue de la naissance d'enjeux économiques et sociaux méconnus
- II) Une arborescente réflexion autour d'une utilisation pérenne et sécurisée

Conclusion

Index des abréviations

ANI : Accord National Interprofessionnel

BOSS : Bulletin Officiel de la Sécurité Sociale

CA : Cour d'Appel

Cass. : Cour de Cassation

CE : Conseil d'Etat

CFDT : Confédération Française Démocratique du Travail

CGPME : Confédération des Petites et Moyennes Entreprises

CSE : Comité Social et Economique

DUERP : Document Unique d'Evaluation des Risques Professionnels

MEDEF : Mouvement des Entreprises De France

NP : Non Publié

NTIC : Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication

P : Publié

RPS : Risques Psychosociaux

Soc. : chambre sociale (de la Cour de cassation)

TJ : Tribunal Judiciaire

U2P : Union des Entreprises de Proximité

Introduction

Elsa Cuisinier, présidente d'une entreprise de gestion des affaires (Colombus Consulting) disait qu'« *Il y a une chose que l'on peut reconnaître à toute crise : c'est toujours un accélérateur de tendances* »¹. Et en effet, la crise sanitaire actuelle a accéléré le développement du télétravail.

Avant 2020, le télétravail était rarement mis en place, seules quelques entreprises y recouraient. Ce mode d'organisation était une solution applicable dans quelques évènements, notamment en cas d'épisode de forte pollution ou encore, pour préserver ou maintenir les salariés dans l'emploi. Mais, outre, ces hypothèses « exceptionnelles », le travail en entreprise, dans un bureau, avec des collègues et un supérieur hiérarchique à proximité était la norme.

L'arrivée du coronavirus sur le territoire a complètement bouleversé cette vision du monde du travail. L'état de crise sanitaire décrété a induit une modification drastique des conditions dans lesquelles doivent se dérouler les prestations de travail, en enjoignant aux entreprises de respecter un protocole sanitaire strict², et notamment en appliquant autant que faire ce peu le télétravail.

Mais pourquoi un tel mode d'organisation du travail n'était-il pas davantage répandu avant la crise sanitaire ? Peut-être l'hésitation à y recourir résultait des effets incertains qu'il pourrait produire. En effet, aux côtés des avantages certains tels que l'amélioration qualitative de la vie privée des salariés ou encore le gain réalisé par certaines entreprises en décidant de réduire leurs surfaces de travail³, de nombreuses zones d'ombre étaient - et sont toujours - à déplorer. L'on pense notamment au régime juridique, qui diffère selon le mode de mise en place du télétravail⁴, de quoi donner des difficultés d'application selon la norme à appliquer, ou encore aux risques psychosociaux qu'il peut engendrer.

Les avantages et les inconvénients du télétravail commencent à s'affirmer. Bien que certains d'entre eux aient déjà été soulevés auparavant, l'utilisation élargie du télétravail les a consolidés, ouvrant

¹ Elsa Cuisinier, « Après la crise, quelle place pour le télétravail », revue pratique de la prospective et de l'innovation, n°2, Octobre 2020.

² Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole National pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », actualisé au 8 avril 2021.

³ Institut de l'épargne immobilière et foncière, « Crise de la Covid-19 : l'IEIF évalue pour la première fois l'impact potentiel du télétravail sur le parc de la demande de bureaux en Ile-de-France », communiqué de presse du 11 janvier 2021.

⁴ Gilles DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Travail à domicile et télétravail », Répertoire de droit du travail – Octobre 2013 (actualisation : Juin 2018), p.191 à 206.

les discussions sur la manière de les concilier. Il s'agit donc d'analyser les impacts révélés par la crise sanitaire sur le régime juridique du télétravail.

En plein essor de par la pandémie du coronavirus, le télétravail a été recommandé de manière systématique en période de confinement, puis de manière moins stricte mais toujours recommandée, en dehors des périodes de forte restriction. En effet, la crise sanitaire, événement touchant réellement ou potentiellement un grand nombre de personnes, affecte la santé de tous, y compris des salariés, et peut éventuellement augmenter le facteur significatif de mortalité ou surmortalité. L'état d'urgence sanitaire a alors été décrété, permettant la mise en place de mesures exceptionnelles pouvant être décidées en conseil des ministres en cas de catastrophe sanitaire, notamment d'épidémie, mettant en péril la santé de la population. Ainsi, le confinement, le couvre-feu, la fermeture des commerces font partie de ces mesures exceptionnelles mises en place dans le cadre de l'état d'urgence du fait de la crise sanitaire. Le télétravail fait partie des recommandations pour pallier à cette crise⁵.

Le télétravail bénéficie d'un régime juridique afin de prévoir ses conditions, ses formalités et le suivi de sa mise en place. Le régime juridique est donc un ensemble de règles de droit applicables à une activité, à une personne ou à une institution. Ce régime est inscrit à la fois dans le code du travail mais également dans deux accords nationaux interprofessionnels (ANI) de 2005 et 2020, sources exposant plusieurs définitions du télétravail relativement similaires.

Premièrement, l'ANI de 2005⁶ définit le télétravail de la manière suivante « *Le **télétravail** est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière* »⁷.

De son côté, le code du travail, en mars 2012⁸, définissait le télétravail comme étant « *Toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en*

⁵ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », actualisé au 8 avril 2021, p.5.

⁶ Accord national interprofessionnel, 19 juillet 2005, relatif au télétravail.

⁷ ANI, 19 juillet 2005, article 1er.

⁸ Article L. 1222-9 du code du travail, version applicable après la loi du 18 mars 2012.

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 ».

Initialement, la définition de l'ANI et du Code du travail étaient sensiblement les mêmes, à ceci près que le caractère régulier et, par conséquent, l'accord du salarié, étaient des critères de la définition du code du travail. Ce caractère régulier s'avérait complexe pour les entreprises qui souhaitaient recourir au télétravail de manière occasionnelle et pour un temps court. Pour y pallier, elles ne déclaraient alors pas leurs salariés, évitant ainsi toute la procédure qui devait s'y appliquer. De véritables « zones grises » du télétravail apparaissaient alors, aussi appelé « télétravail noir »⁹

Par conséquent, une ordonnance du 22 septembre 2017¹⁰ est venue assouplir les règles organisant le télétravail, pour en faciliter la mise en œuvre. Désormais, le code du travail définit le télétravail comme suit « *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 ses locaux, de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* »¹¹.

Le caractère régulier a été retiré. Dès lors, le télétravail peut parfaitement être occasionnel et non uniquement mis en place de manière régulière, permettant ainsi de télétravailler certains jours non prévus initialement (enfant malade, problèmes de transport...). L'objectif de cette ordonnance était de libéraliser le télétravail, d'encourager ce mode d'organisation et de retirer les obstacles en permettant sa reconnaissance même s'il n'est qu'occasionnel. Cette modification du caractère régulier est donc un moyen de légaliser les zones grises¹², les employeurs n'ayant plus à s'empêcher de déclarer le télétravail occasionnel puisqu'il a été légalisé par le droit français.

Le salarié qui va télétravailler est alors appelé le télétravailleur. Encore selon le code du travail, « *Est qualifié de télétravailleur (...) tout salarié de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche,*

⁹ Yves Lafargue et Pierre-Yves Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Rev. Trav., 2013, p.9.

¹⁰ Ordonnance n°2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations professionnelles, 22 septembre 2017.

¹¹ Articles L. 1222-9, L. 1222-10 et L. 1222-11 du code du travail.

¹² Claire Blanchereau, « Télétravail : signer un accord pour sortir des zones grises », éditions législatives, 21 septembre 2016.

soit ultérieurement, du télétravail »¹³. La définition est assez succincte et précise à nouveau que le télétravailleur est nécessairement un salarié de l'entreprise.

De son côté, l'ANI définit également le télétravailleur comme « *toute personne salariée de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche, soit ultérieurement, du télétravail tel que défini ci-dessus ou dans des conditions adaptées par un accord de branche ou d'entreprise en fonction de la réalité de leur champ et précisant les catégories de salariés concernés* »¹⁴. Ici, l'ANI reprend la même définition que le code du travail tout en ajoutant que la négociation collective, si elle existe, se chargera de fixer les conditions supplémentaires adaptées aux branches ou aux entreprises concernées.

Pour être considéré comme télétravailleur, quatre conditions doivent être réunies. La personne concernée doit avoir le statut de salarié et doit impérativement travailler grâce à des technologies de l'information et de la communication. Les modalités d'exécution du travail doivent être régulières et le travail, effectué par le salarié à son domicile (ou dans des espaces de coworking), doit également pouvoir être exécuté en interne, dans les locaux de l'entreprise¹⁵.

Le télétravail est à distinguer du travail à domicile. En effet, est considéré comme travailleur à domicile le salarié qui, en contrepartie d'une rémunération forfaitaire, exécute pour le compte d'un ou plusieurs établissements appelés donneurs d'ouvrage, un travail confié soit directement par le donneur d'ouvrage, soit par son intermédiaire. Ce travail est effectué en dehors des locaux appartenant au donneur d'ouvrage ou à son intermédiaire et la tâche confiée est préalablement définie par le donneur d'ouvrage, qui doit donner des directives très précises au travailleur à domicile. Le travailleur à domicile est une sorte d'auto-entrepreneur qui va réaliser une tâche depuis son domicile en répondant à la demande d'un donneur d'ouvrage¹⁶. En cela, il est nécessaire de distinguer le télétravailleur du travailleur à domicile, leur statut ne répondant pas aux mêmes règles.

Il semble logique que le télétravail soit exercé par un salarié de l'entreprise, ceci puisque qu'il doit être placé sous la subordination de l'employeur¹⁷. Ces deux parties au contrat de travail ont des

¹³ Article L. 1222-9 du code du travail.

¹⁴ ANI du 19 juillet 2005, article 1er.

¹⁵ Article L. 1222-9 du code du travail.

¹⁶ Articles L. 7412-1 à L. 7412-3 du code du travail.

¹⁷ Gilles Dedessus-le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », Répertoire de droit du travail, octobre 2013, actualisation juin 2018, p.38 à 41.

droits et des devoirs applicables en cas d'application du télétravail. Il est possible de citer l'obligation de sécurité de l'employeur¹⁸, mais aussi l'obligation de loyauté du salarié, ou encore le droit à l'égalité de traitement¹⁹ entre les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise et les télétravailleurs. Tous ces droits et ces obligations ont une importance particulière en matière de télétravail, notamment en ce qui concerne leur conciliation (par exemple : application du pouvoir de direction sans créer un harcèlement moral).

Actuellement, le télétravail est utilisé de manière « massive » et « forcée », ce qui conduit à de véritables bouleversements au regard des spécificités afférentes à ce mode d'organisation du travail. L'insécurité découlant du régime juridique du télétravail conduit à de nombreux questionnements, notamment du fait des nombreuses réglementations contradictoires que doivent respecter les parties au contrat de travail²⁰.

La réglementation du télétravail telle que prévue par le code du travail et les accords nationaux interprofessionnels expose de nombreuses règles permettant de régir les relations de travail lorsqu'une telle méthode de travail est utilisée. Toutefois, de par les multiples sources et possibilités offertes quant au mécanisme de mise en oeuvre, une contradiction apparaît, créant ainsi un climat d'insécurité juridique autour de ce mode d'organisation du travail²¹. Effectivement, si les entreprises ont recours à un accord collectif pour mettre en place le télétravail, les règles applicables ne seront pas les mêmes que les entreprises ayant élaboré une charte ou par décision unilatérale de l'employeur à cette fin. Le croisement des règles juridiques conduit à des incompréhensions qu'il faudra nécessairement clarifier si le télétravail venait à être utilisé de manière plus habituelle.

Au-delà du régime juridique, les résultats, les effets du télétravail sur la vie des salariés et la vie de l'entreprise sont controversés. Les salariés sont-ils davantage sujets à des risques psychosociaux ? Ou au contraire, le télétravail favorise-t-il une amélioration qualitative de leur vie ? Les salariés sont-ils plus efficaces en travaillant depuis leur domicile ? Leur disponibilité sur la journée aurait-elle été la même s'ils travaillaient en entreprise ? Comment équilibrer le travail en

¹⁸ Article L. 4121-1 du Code du travail.

¹⁹ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, article 4.

²⁰ Boris Sourbès – Audrey Probst, « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », *Revue de droit du travail*, 2020, 514.

²¹ Boris Sourbès, « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », *Revue de droit du travail*, 2020, p.514.

fonction des exigences de l'entreprise et celles de la vie quotidienne individuelle en adoptant cette nouvelle organisation du travail²² ?

L'idée d'user du télétravail est largement controversée pour les salariés. D'une part, le télétravail est rapproché de l'idée de bien-être au travail, et est présenté comme un « *moyen pour les salariés de concilier vie professionnelle et vie sociale et de leur donner une plus grande autonomie dans l'accomplissement de leurs tâches* » et, plus généralement, d'accroître « *la qualité des emplois* »²³. Le télétravail est alors perçu comme un mode d'organisation du travail en accord avec la volonté grandissante des travailleurs de se voir garantir une certaine indépendance dans leur activité professionnelle. Le télétravail permet davantage aux travailleurs d'être « *maîtres* » de l'organisation de leurs missions.

D'autre part, les effets de ce mode d'organisation du travail s'avèrent paradoxaux puisque « *le télétravailleur paraît également plus sensible aux risques psychosociaux* »²⁴. En effet, en appliquant le télétravail sur le long terme, et d'autant plus de manière forcée, notamment en cette période de crise sanitaire, nombre de salariés ont eu l'impression de voir disparaître leur communauté de travail, le lien social et n'ont pas été et ne sont toujours pas en mesure de gérer la situation de solitude²⁵ induite par cette organisation du travail. Le télétravail « *imposé* » a donc soulevé de nouvelles problématiques, notamment en lien avec les risques psychosociaux qu'il pourrait engendrer. C'est d'ailleurs ce qu'affirment E. Pastor et S. Artieres, « *Les risques psychosociaux induits par le contexte anxiogène, ainsi que les changements liés à l'organisation du travail (...), la peur de la maladie, le stress lié à la reprise du travail, la solitude susceptible d'être ressentie lorsqu'on pratique le télétravail (subi), doivent également être intégrés à cette démarche* »²⁶.

De même, de leur côté, les employeurs conservent un avis mitigé sur l'utilisation du télétravail à long terme. Il permet, par exemple, d'avoir des salariés plus impliqués de par la preuve de confiance qui leur est accordée (autonomie, responsabilité dans leurs tâches) mais la culture d'entreprise est bien moins présente (valeur, image, ambiance que l'entreprise souhaite véhiculer),

²² Benoît Géniaut, « Covid-19 et télétravail », Droit social 2020, p.607.

²³ Accord National Interprofessionnel, 19 juillet 2005, préambule.

²⁴ Sabrina Mraouahi, « Le télétravail, c'est la santé... ? », Cah. soc., juin 2018, n°123h1, p.321.

²⁵ Arthur Lampert, « Le télétravail, outil de gestion de crise. Et après ? », la semaine juridique social, 22 septembre 2020, n°38,.

²⁶ Elodie Pastor, Séverine Artieres, « Reprise de l'activité : l'heure de la négociation d'entreprise a sonné ! », Droit social 2020, p.623.

le contrôle des managers sur les télétravailleurs est moins facile à mettre en place et la communication est plus limitée. Ainsi, nombreux ont été ceux qui se sont demandés si le télétravail, bien que nécessaire en cas de circonstances exceptionnelles, avait vocation à perdurer ou si, au contraire, il ne devrait rester qu'exceptionnel²⁷.

S'il n'y avait pas de confinement ou de couvre-feu combiné au télétravail, ce dernier aurait-il toujours un impact sur le sentiment de solitude du télétravailleur ? Le sentiment d'isolement, ou même tout autre type d'inconvénient lié au télétravail, ne serait-il pas exacerbé par les mesures sanitaires annoncées aux côtés du télétravail ? Si le confinement ou le couvre-feu n'étaient pas mis en place, et que les télétravailleurs avaient la faculté d'avoir une vie sociale après leur journée de travail, que leurs enfants allaient à l'école, ce mode d'organisation ne serait-il pas moins sujet à critiques ?

Finalement, cela reviendrait à se demander si le télétravail ne serait pas victime d'éléments externes à son organisation, ce qui pousserait les juristes et les travailleurs à mettre le « holà » sur l'éventuelle pérennisation de son utilisation généralisée²⁸.

Aussi, la crise sanitaire amène se questionner sur le rôle du droit collectif dans cette mise en place du télétravail forcé. Il est clair que le dialogue social occupe une place importante dans le droit du travail français, et ce depuis les ordonnances dites « Macron »²⁹. Toutefois, le télétravail « forcé » actuel est-il de nature à remettre en cause la place du droit collectif dans le télétravail de demain ? Les partenaires sociaux auront-ils toujours un rôle à jouer si le télétravail venait à être réformé ?

La réglementation du télétravail, qui a été prévue hors circonstances exceptionnelles, amène effectivement à se poser la question du rôle qu'occupe la négociation collective en cette période de crise. En effet, alors que le régime juridique applicable « en temps normal » laisse la possibilité de mettre en place le télétravail par accord collectif, il semble aujourd'hui, opportun de s'interroger sur la place des partenaires sociaux.

Contrairement à l'idée première selon laquelle la réglementation gouvernementale d'urgence connue actuellement ne permettrait pas aux organisations syndicales d'exercer pleinement leur rôle

²⁷ Elsa Cuisinier, « Après la crise, quelle place pour le télétravail », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, octobre 2020, n°2, p.3.

²⁸ Grégoire Loiseau, « Le télétravail au temps d'après », *Bulletin Joly Travail*, 1er juin 2020, n°06, page 1.

²⁹ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

dans les conditions de mise en place du télétravail, certains estiment que le dialogue social a su s'adapter à la situation³⁰ (réunions en visioconférence par exemple). En revanche, d'autres estiment qu'une désyndicalisation du monde du travail pourrait se retrouver accélérée par la crise sanitaire³¹, si les organisations syndicales ne faisaient pas le nécessaire pour s'adapter aux circonstances du télétravail, ce dernier s'inscrivant dans une logique de pérennisation. En effet, le rôle du droit collectif pourrait pourtant être amené à devenir primordial au regard des multiples effets, positifs comme négatifs, du télétravail sur les salariés.

En 2017, peu de salariés avaient recours au télétravail³² et les seuls qui en usaient le faisaient majoritairement de manière informelle et non déclarée. Du fait de cette utilisation auparavant très disparate, peu d'études ont été réalisées sur le télétravail et notamment sur les conséquences positives comme négatives qu'il pourrait avoir³³ et la nécessité d'une modification de ses règles et d'une éventuelle réforme n'ont par conséquent pas été soulevées, ni par le gouvernement, ni par les partenaires sociaux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, de plus en plus, le télétravail, bien qu'apprécié par certains, reste sujet à critiques quant à ses effets, ses conséquences.

Or, depuis la crise et l'utilisation généralisée du télétravail, davantage d'études ont été menées, permettant d'apprécier plus amplement les impacts positifs comme négatifs du télétravail. Ainsi, selon un sondage effectué suite au premier déconfinement en mai 2020, et donc après la première expérimentation massive du télétravail, les salariés et télétravailleurs français pensaient que le télétravail allait se développer (88 %), qu'il était positif pour l'environnement (86 %) et qu'il était efficace (58 %). Plus de 5 millions d'actifs ont pratiqué le télétravail imposé durant plus de deux mois (lors du premier confinement en mars 2020) et, selon une enquête réalisée par Malakoff Humanis³⁴, 89 % des collaborateurs souhaitent poursuivre le télétravail de manière régulière ou ponctuelle. Il y a donc, d'une certaine manière, une remise en cause progressive de l'organisation traditionnelle du travail³⁵ par l'utilisation accrue du télétravail, en lien avec la crise sanitaire actuelle. Cette remise en cause pourrait être la raison de l'octroi d'un rôle important aux partenaires sociaux, ces derniers étant au plus proche des salariés et pouvant ainsi déterminer, en

³⁰ Stéphanie Roujon-Paris, « La négociation collective en période d'urgence sanitaire », Editions Tissot, 9 avril 2020.

³¹ Guillaume Brédon, « Télétravail, distanciel : la nécessaire transformation du dialogue social », Petites affiches, 16 avril 2021, n°076, p.3.

³² « Le télétravail en France - Bilan et perspectives », Malakoff Humanis, étude de septembre 2020.

³³ « Le télétravail en 2018 : quels enjeux ? », Frédérique Chopin, Gazette du Palais, 5 juin 2018, n°20, p.59.

³⁴ « Le télétravail en France, bilan et perspectives », Malakoff Humanis, septembre 2020, page 12.

³⁵ « Le lieu de travail, espace en voie d'évolution », Delphine Catsel, Juris Associations 2020, n°626, p.30.

accord avec les employeurs, des solutions pour améliorer le dispositif du télétravail sur le long terme.

A première vue, le télétravail semble être un phénomène récent. Et pourtant, la « création » de cette méthode de travail remonte à plusieurs décennies en arrière. Par le progrès des technologies de l'information et de la communication, l'idée de moderniser les méthodes de travail a émergé, créant ainsi le concept du télétravail. La notion de télétravail est apparue dans les années 50, grâce aux travaux de Norbert Wiener. Par la suite, à travers le monde, nombreux ont été les théoriciens et chercheurs à prôner le travail à domicile et ce dès les années 70, comme Alvin Toffler dans son ouvrage « *Le choc du futur* » (1970) ou Jack Nilles dans ses réflexions après le choc pétrolier de 1973³⁶. Pourtant, l'époque à laquelle l'idée émergeait ne permettait pas de la mettre en pratique, notamment du fait des coûts engendrés mais également du fait des pratiques managériales non-adaptées ou encore des effets méconnus de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ce n'est qu'au début des années 2000 que l'Union Européenne, et ensuite la France, vont véritablement s'emparer du sujet du télétravail et l'introduire de manière durable dans la législation.

Ainsi, en droit européen, un accord cadre sur le télétravail a été conclu le 16 juillet 2002³⁷ de manière autonome par les partenaires sociaux européens. Cet accord n'avait aucune valeur contraignante et il revenait aux états membres de prendre la décision de le transposer ou non dans leur législation nationale. Cet accord établit un cadre général du télétravail en matière de conditions de travail du télétravailleur, et notamment, il pose le caractère volontaire du télétravail, les conditions d'emploi qui y sont relatives, la nécessaire protection des données, et le respect du domaine de la vie privée³⁸. Cet accord a été repris par la législation française.

La France a pris la décision de transposer l'accord cadre européen par le biais d'un accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005³⁹, l'une des bases textuelles du télétravail sur le territoire national. L'ANI de 2005 a été la première et unique source du télétravail. Par la suite, dans une volonté d'intégrer le télétravail dans les esprits français, l'ANI a fait l'objet d'une procédure

³⁶ Clément Ract, « Les nouvelles pratiques managériales associées au télétravail », mémoire Kedge Business School, février 2020.

³⁷ Accord cadre européen du 16 juillet 2002.

³⁸ Article 9 du Code civil.

³⁹ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail.

d'extension, par un arrêté du 30 mai 2006⁴⁰, c'est-à-dire que désormais, cet accord est obligatoire pour toutes les entreprises qui relèvent des activités représentées par deux syndicats : le MEDEF et la CGPME.

Par ailleurs, récemment, le MEDEF et les syndicats de salariés ont ratifié un nouvel accord national interprofessionnel sur le télétravail⁴¹. Dans ce contexte de crise sanitaire, l'utilisation massive du télétravail a poussé les partenaires sociaux à moderniser l'ANI de 2005, sans toutefois modifier le régime juridique précédemment mis en place. Ce récent ANI a été étendu par arrêté⁴², ses règles étant rendues obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application, c'est-à-dire qu'il est étendu à toutes les entreprises appartenant à un secteur professionnel représenté par les organisations patronales signataires (MEDEF, CPME et U2P).

En parallèle, il existe une autre source du télétravail en droit français : la loi. En effet, la première loi qui régit ce mode de travail est celle du 22 mars 2012⁴³, qui a introduit les articles L. 1222-9 et suivants dans le code du travail. Cette loi a ensuite été profondément remaniée par les ordonnances du 22 septembre 2017⁴⁴ et la loi de ratification du 29 mars 2018⁴⁵. Ces textes législatif du code du travail constituent un minimum, ils ne donnent que très peu de règles régissant le télétravail. En revanche, l'ANI, lui, contient des règles très complètes sur le sujet.

Désormais, le télétravail dispose de deux sources différentes avec lesquelles les acteurs économiques et sociaux doivent « jongler », les réponses n'étant parfois pas les mêmes, ce qui augmente l'insécurité juridique du procédé. Par conséquent, ces acteurs, en mettant en place le télétravail (par le biais d'un accord collectif, d'une charte ou d'un accord entre le salarié et l'employeur), doivent prêter une attention particulière aux règles qui leur seront applicables : soit celles issues de l'ANI soit celles issues du code du travail.

Du fait d'une apparition récente dans le monde du travail, le télétravail n'a fait l'objet d'une jurisprudence que relative suite à son introduction dans la législation française. En effet, puisque le

⁴⁰ Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail.

⁴¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en oeuvre réussie du télétravail.

⁴² Arrêté du 2 avril 2021 portant extension de l'accord national interprofessionnel pour une mise en oeuvre réussie du télétravail.

⁴³ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

⁴⁴ Ordonnance du 22 septembre 2017, n°2017-1386, précitée.

⁴⁵ Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017.

procédé n'était que peu utilisé à cette époque, les contentieux n'en étaient que plus rares. Quelques arrêts concernaient les mesures de reclassement des salariés mais cela n'allait pas plus loin⁴⁶. La crise sanitaire et les encouragements à recourir au télétravail étant encore récents, les juridictions françaises n'ont pas eu l'occasion de s'emparer des contentieux émergents. C'est donc par déduction que certains se sont essayés à apporter des précisions, tel que pour la réglementation applicable à l'accident du travail survenu au domicile du salarié⁴⁷. Ainsi, un essor jurisprudentiel sur le contentieux du télétravail est attendu dans les prochains mois.

D'un point de vue économique, le télétravail est relativement bénéfique, tant pour l'employeur que pour les salariés. En effet, l'employeur économise les loyers qu'il ne doit plus payer s'il résilie ses baux pour les bureaux auparavant occupés par ses salariés et peut observer une amélioration de la qualité de vie de ses salariés. De leur côté, les salariés économisent les frais et le temps de trajet engendrés par les déplacements vers leur lieu de travail. Toutefois, des penchants négatifs peuvent être retrouvés également. L'employeur, même en dehors de toute crise sanitaire, pourrait voir son rendement diminuer si ses salariés se montrent moins efficaces une fois placés en télétravail. Quant aux salariés, l'économie réalisée sur les frais de transports pourra se retrouver concurrencée par les frais engagés pour les charges de leur domicile (électricité, chauffage...)⁴⁸. Ici encore, l'on peut remarquer la controverse économique que suscite l'utilisation du télétravail.

L'insécurité actuelle concernant le télétravail naît peut-être également de l'incertitude issue des mesures gouvernementales⁴⁹. En effet, le télétravail doit s'imposer autant que faire ce peu en cette période exceptionnelle de crise sanitaire. Le Code du travail mentionne que le risque épidémique peut justifier le recours au télétravail sans l'accord du salarié⁵⁰. D'un point de vue sanitaire, le télétravail est la solution préconisée. D'un point de vue juridique, en revanche, aucun texte ne mentionne expressément l'obligation pour l'employeur de recourir au télétravail pour ses salariés. Effectivement, le code du travail accorde à l'employeur la possibilité d'y recourir dans cette situation et le protocole sanitaire actuel n'est qu'une recommandation et n'a donc aucune valeur

⁴⁶ CA, Besançon, chambre sociale, 7 mai 2019, n°18/00807.

⁴⁷ « Quelles sont les obligations de l'employeur à l'égard du télétravailleur ? », La santé et la sécurité au travail, FR 39/20, 24 septembre 2020.

⁴⁸ Anne Aguilera, Virginie Lethiais, Alain Rallet, Laurent Proulhac, « Le télétravail, un objet sans désir ? », Revue d'économie régionale et urbaine, février 2016, n°2016/1, p. 245 à 266.

⁴⁹ Grégoire Loiseau, « Protocole sanitaire national, le Conseil d'Etat dans le déni », Bulletin Joly Travail, 1er janvier 2021, n°01, p.7.

⁵⁰ Article L. 1222-11 du code du travail.

contraignante⁵¹. Il s'agit simplement d'une organisation du travail à privilégier en temps de crise épidémique. Or, le gouvernement, dans ses discours, semble imposer le télétravail dans les entreprises (lorsque l'activité réalisée le permet).

Ainsi, la loi permet le télétravail, les mesures sanitaires le préconise et le gouvernement l'impose, d'où l'incertitude manifeste autour du télétravail en cette période de crise sanitaire.

Il s'agira donc d'observer, d'étudier et de comprendre la réglementation du télétravail applicable en France, dans le code du travail et dans les deux ANI. En effet, puisqu'en France, le télétravail a connu un essor sans précédent avec la crise sanitaire, il serait intéressant d'en étudier les tenants et aboutissants au regard de la situation de ce territoire.

De quelle manière la crise sanitaire liée au coronavirus a-t-elle révélé et impacté le régime juridique du télétravail en France ?

Le télétravail semble être majoritairement bénéfique pour les parties au contrat de travail. Les avantages qui en découlent auront-ils vocation à perdurer ? L'obtention d'une conciliation réussie entre les droits des travailleurs et les objectifs de l'employeur pourra-t-elle gagner l'assentiment de l'ensemble des acteurs sociaux et permettre ainsi une évolution pérenne du mode d'organisation du travail ? De ce fait, si une réforme du régime juridique de ce mode d'organisation du travail venait à être instaurée, le télétravail pourrait-il, à terme, devenir la nouvelle norme du monde du travail ? En effet, une mise en place unique du télétravail par accord avec les partenaires sociaux et les salariés permettrait-elle davantage de légitimer l'utilisation de ce mode de travail ?

Toutefois, l'utilisation massive du télétravail liée à la crise sanitaire révèle aussi ses faiblesses à la fois dans son régime juridique mais aussi, pour les principaux concernés : les acteurs au contrat de travail. Les avantages du télétravail pourront-ils atténuer les effets néfastes relevés ? Les risques psychosociaux qui en sont issus pourront-ils être traités et ainsi dépassés afin de permettre une application à plus long terme ? Aussi, les interrogations et contestations issues de l'utilisation généralisée du télétravail seraient-elles de nature à entériner cette nouvelle forme d'organisation du travail ? Au contraire, si une réforme était envisagée, et que le cadre législatif était ainsi clarifié, le télétravail aurait-il vocation à s'appliquer de manière générale ?

⁵¹ Delphine Castel, « Conditions de travail - Télétravail : une obligation... facultative », JT 2020, n°236, p.9.

La crise sanitaire a sans nul doute impacté de bien des manières le régime juridique du télétravail en France. Son arrivée soudaine a permis de mettre en place une utilisation massive du télétravail, révélant un mécanisme auparavant relativement inusité et dont la réglementation prévue à sa création semble inappropriée à l'heure actuelle (Partie 1). Cette période exceptionnelle a permis de promouvoir un mécanisme profitable, tant pour l'employeur que pour le salarié, mécanisme qui aura toutefois nécessairement besoin d'une réforme pour pouvoir être applicable sur le long terme (Partie 2).

Partie 1 : télétravail et crise sanitaire : la révélation d'un mécanisme inusité à la réglementation inappropriée

La crise sanitaire a été l'élément déclencheur de nombreux processus nouveaux pour la population française actuelle (confinement, couvre-feu, port du masque...). Mais, au niveau du droit du travail, c'est certainement la mise en place du télétravail de manière massive qui aura été l'évènement novateur. Alors que ce procédé faisait partie de la réglementation depuis plusieurs années, il n'était finalement que très peu utilisé avant qu'il ne soit préconisé, si ce n'est imposé, dans les entreprises pour faire face à la propagation du virus. Et c'est à cette occasion que sont apparues diverses incertitudes quant aux règles applicables à la mise en place de ce mode d'organisation du travail (Chapitre 1) ou encore face aux règles théoriques qui s'avèrent parfois compliquées à mettre en place en pratique (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'apparition d'incertitudes autour de la réglementation du télétravail

Le télétravail n'a que très peu été mis en place avant la crise sanitaire. Le peu d'entreprise qui y recourait le faisait parfois même de manière « clandestine », c'est-à-dire sans le déclarer. C'est certainement la raison pour laquelle les acteurs du monde de l'entreprise, salariés comme employeurs, n'ont pas décelé, avant l'année dernière, la discordance réglementaire existante (I) ou encore la présence seulement relative de la négociation collective dans la mise en place du télétravail (II).

I) La discordance réglementaire selon le mode de mise en place du télétravail

Le télétravail est défini comme étant toute forme d'organisation du travail dans laquelle un salarié, dénommé le télétravailleur, réalise ses fonctions hors des locaux de l'entreprise, de façon volontaire, par le biais des technologies de l'information et de la communication⁵².

Ce mode d'organisation du travail dispose de plusieurs sources : la loi du 22 mars 2012, l'ordonnance du 22 septembre 2017 et les accord nationaux interprofessionnels (ANI) du 19 juillet 2005 et du 26 novembre 2020. Cette multiplication de sources s'explique par le fait que le télétravail, bien qu'étant une notion utilisée depuis les années 70, n'a connu un essor que dans les

⁵² Gilles Dedssus-Le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », répertoire de droit du travail, Octobre 2013 (actualisation : juin 2018), article 3.

années 2000⁵³, alors qu’aucune base textuelle ne lui avait dédié. Il a donc été nécessaire de créer entièrement son régime, puis de l’adapter, au fil du temps, aux évolutions sociales et technologiques.

L’ANI du 19 juillet 2005 a été la première et unique source du télétravail, reprenant alors les règles de base établies par l’accord cadre européen en 2002, notamment en matière de conditions de travail du télétravailleur, du caractère volontaire du télétravail, les conditions d’emploi qui y sont relatives, la nécessaire protection des données, et le respect du domaine de la vie privée⁵⁴.

Afin de prolonger cette volonté d’intégrer le télétravail dans les esprits français, l’ANI a fait l’objet d’une procédure d’extension, par un arrêté du 30 mai 2006, rendant l’ANI obligatoire pour toutes les entreprises qui relèvent des activités représentées par deux syndicats : le MEDEF et la CGPME.

Pendant les six années qui suivirent, le télétravail fut régenté par l’ANI et son arrêté d’extension. Mais, l’intégration de ces normes en droit français n’a pas eu l’effet escompté par le gouvernement. Très peu d’entreprises recouraient au télétravail, du moins de manière officielle⁵⁵.

Le législateur s’est alors emparé du sujet le 22 mars 2012 et a élaboré la première loi ayant régi ce mode de travail, et a alors été introduite une section relative au « télétravail » dans la première partie du code du travail⁵⁶.

Cette loi, jugée insuffisante⁵⁷ en ce qu’elle n’apportait que très peu de précisions sur le régime déjà en place, a ensuite été profondément remaniée par les ordonnances du 22 septembre 2017 et par la loi de ratification du 29 mars 2018. Les principales évolutions concernaient l’introduction de la présomption d’accident du travail et la motivation du refus de l’employeur du passage en télétravail, deux sujets très importants et non traités par l’ANI de 2005 et la loi de 2012. D’ailleurs, là encore, les dispositions prévues ne semblent pas suffisantes pour certains auteurs⁵⁸.

Pourtant, l’objectif du gouvernement était d’instaurer un droit au télétravail sécurisé, souple, permettant une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle, tout en

⁵³ Clément RACT, « Les nouvelles pratiques managériales associées au télétravail », mémoire, Kedge Business School, p.12.

⁵⁴ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 2, 5 et 6.

⁵⁵ Malakoff Humanis, « Le télétravail en France : Bilan et perspectives », étude réalisée en septembre 2020, p.4.

⁵⁶ Articles L. 1222-9 et suivants du code du travail.

⁵⁷ Yves Lafargue et Pierre-Yves Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Revue de droit du travail 2013, p.9.

⁵⁸ Anne Bariet, « Les ordonnances Macron consolident le droit du travail », Dalloz Actualité, 5 septembre 2017.

accordant une place importante à la négociation collective en priorisant la mise en place du télétravail par accord collectif⁵⁹.

En dernier lieu, en réponse au contexte de crise sanitaire et à l'utilisation massive du télétravail, le MEDEF et les syndicats de salariés ont ratifié un nouvel ANI sur le télétravail le 26 novembre 2020 afin de moderniser l'ANI de 2005, sans toutefois modifier le régime juridique précédemment mis en place. Ce récent ANI a été étendu par arrêté⁶⁰, ses règles étant rendues obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés compris dans son champ d'application, c'est-à-dire qu'il est étendu à toutes les entreprises appartenant à un secteur professionnel représenté par les organisations patronales signataires (MEDEF, CPME et U2P).

L'objectif de ce nouveau texte est, comme il l'indique lui-même, davantage « *d'explicitier l'environnement juridique applicable au télétravail et proposer aux acteurs sociaux dans l'entreprise, et dans les branches professionnelles, un outil d'aide au dialogue social, et un appui à la négociation, leur permettant de favoriser une mise en œuvre réussie du télétravail* »⁶¹, que d'apporter un renouveau aux normes applicables en la matière. Certains diront d'ailleurs de ce texte qu'il n'a pas de véritable valeur, qu'il se contente simplement d'explicitier les mêmes règles que son prédécesseur⁶².

Ces sources donnent un cadre « de base » à la mise en place du télétravail. Elles permettent ainsi de sécuriser la relation de travail, les droits et devoirs de chacun, en imposant certaines règles de fond auxquelles les parties au télétravail ne peuvent déroger tout en garantissant néanmoins une certaine « liberté de mouvement » ⁶³.

De ces différentes sources, découlent plusieurs manières de mettre en place le télétravail. Premièrement, il peut être mis en place par la voie d'un accord collectif d'entreprise⁶⁴. Sur ce point

⁵⁹ Patrick Thiébart, « Le télétravail après les ordonnances Macron », Feuillet Hebdo Revue Fiduciaire, n°3744 du 31 mai 2018.

⁶⁰ Arrêté du 2 avril 2021 portant extension de l'accord national interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail.

⁶¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en œuvre réussie du télétravail, préambule. p.2.

⁶² F. Guimard, « Télétravail : un accord insipide pour un sujet brûlant », Le billet Dalloz, 30 novembre 2020.

⁶³ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Droit social 2021, p.236.

⁶⁴ Article L. 1222-9 du code du travail.

et depuis les ordonnances de 2018, la négociation collective a été mise en avant⁶⁵. De fait, les organisations syndicales représentatives et l'employeur pourront s'accorder sur les modalités organisationnelles du télétravail et le formaliser par un accord. A défaut de conclusion d'un accord collectif, le télétravail peut être mis en place par le biais d'une charte, document permettant de formaliser les conditions dans lesquelles les salariés de l'entreprise pourront recourir au télétravail, après avis du Comité Social et Economique. Enfin, en l'absence d'accord ou de charte, lorsque l'employeur ou le salarié souhaite recourir au télétravail mais qu'aucun cadre n'existe dans l'entreprise, les deux parties pourront mettre en place le télétravail par accord de gré à gré.

Il existe donc une multitude de manières de recourir au télétravail (depuis des ordonnances de 2017), la volonté du gouvernement ayant toutefois été que les accords d'entreprise couvrent la majorité, si ce n'est la totalité des situations de télétravail⁶⁶. L'idée était donc d'en terminer avec les « zones grises » du télétravail ou encore avec le « télétravail noir »⁶⁷.

A priori, les trois modes de mise en place du télétravail semblent clairement se distinguer et permettre à chaque entreprise de pourvoir à ses besoins selon la modalité la plus appropriée.

Néanmoins, une première difficulté apparaît quant aux règles applicables selon le mode de mise en place du télétravail⁶⁸. En effet, si ce dernier est mis en place par accord collectif, alors seules les dispositions du Code du travail doivent être respectées. En revanche, si une charte ou un accord de gré à gré mettent en place le télétravail, alors les dispositions de l'ANI s'appliquent. Donc, en fonction de la modalité choisie, les règles applicables ne sont pas les mêmes puisque ne provenant pas des mêmes sources et n'ayant pas les mêmes ordres⁶⁹. De quoi engendrer des difficultés d'application pour les entreprises.

C'est le cas, par exemple, pour le sujet épineux qu'est la prise en charge des coûts engendrés par le télétravail. Les salariés, lorsqu'ils travaillent depuis leur domicile, subissent des coûts normalement supportés par l'employeur lorsqu'ils réalisent leur activité dans les locaux de l'entreprise, tels que l'utilisation de l'électricité, du matériel informatique, du chauffage... Aujourd'hui, cette prise en

⁶⁵ Sophie Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective », Répertoire de droit du travail, octobre 2019 (actualisé en février 2020).

⁶⁶ Lou Morieux, « Régime juridique du télétravail », Juris associations 2021, n°638, p.18.

⁶⁷ Yves Lafargue, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Revue de droit du travail, 2013, p.9.

⁶⁸ Céline Leborgne-Ingelaere, « Le télétravail : entre simplifications et déceptions », Juris tourisme 2020, n°228, p.26.

⁶⁹ Boris Sourbès et Audrey Probst, « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », Revue de droit du travail 2020, p.514.

charge fait l'objet de nombreuses interrogations⁷⁰. L'employeur doit-il prendre en charge les frais découlant du télétravail ? Si oui, dans quelle mesure, dans quelle situation, dans quelle limite ? Que comprennent ces coûts ? Autant de questions qui aujourd'hui demeurent sans réponse claire.

Pourtant, la loi du 22 mars 2012 avait introduit une nouvelle disposition (par rapport à l'ANI de 2005) qui exigeait de l'employeur qu'il prenne 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* »⁷¹. Le principe était donc clair, l'employeur prenait en charge les frais engendrés par le télétravail.

Toutefois, cette disposition a été abrogée par l'ordonnance du 22 septembre 2017⁷² et, étrangement mais certainement par souci de simplification, le principe découlant de cet article n'a été repris dans aucun autre texte. Le flou est alors de mise depuis lors et d'autant plus aujourd'hui avec l'utilisation massive et imposée du télétravail en période de circonstances exceptionnelles.

Certains auteurs s'accordent à dire que cette absence de précision sur la prise en charge des coûts laisserait entendre que l'employeur est dispensé de prendre en charge ces frais⁷³, ce qui reviendrait à appliquer une logique binaire selon laquelle lorsqu'il n'y a pas de texte, il n'y a pas d'obligation. Pourtant, au nom du principe de bonne foi contractuelle issue de l'article L. 1222-1 du Code du travail et d'une jurisprudence constante⁷⁴, si le télétravail est mis en place par accord des deux parties, une contrepartie financière est obligatoire, servant à indemniser l'immixtion dans la vie privée du salarié — puisqu'il y a une atteinte à son droit à la vie privée —, ceci au nom du principe de proportionnalité découlant du Code du travail⁷⁵. Voici encore une preuve du manque de clarté des dispositions applicables au télétravail.

Enfin, il pourrait être apporté un autre exemple de cette discordance réglementaire — et non des moindres —, à savoir la valeur conférée au protocole sanitaire national et, notamment, son passage relatif à la mise en place du télétravail : « *Le télétravail est un mode d'organisation de l'entreprise*

⁷⁰ Charlotte Michaud, « Télétravail, frais, quelles obligations pour l'employeur ? », Bulletin Joly Travail, n°09, 1er septembre 2020, p.50.

⁷¹ Article L. 1222-10 du code du travail, version en vigueur du 24 mars 2012 au 24 septembre 2017.

⁷² Ordonnance N°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

⁷³ Boris Sourbès et Audrey Probst, « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », Revue de droit du travail 2020, p.514.

⁷⁴ Cass, Soc, 7 avril 2010, n°08-44.865, n°08-44.866, n°08-44.867, n°08-44.868 et n°08-44.869, PB.

⁷⁵ Article L. 1221-1 du code du travail.

*qui participe 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 »*⁷⁶. S'agit-il d'une obligation pour l'employeur de mettre en place le télétravail dans son entreprise pendant l'épisode de crise sanitaire ? Ou s'agit-il seulement d'une recommandation ?

De son côté, le gouvernement prône la valeur « réglementaire » de ce protocole. Il estime que les règles applicables s'imposent aux entreprises, dans le but de préserver au maximum la santé de tous, et plus particulièrement des salariés. Le télétravail serait un moyen d'éviter les contacts humains et donc la propagation du virus. Or, le Conseil d'Etat n'a pas donné un avis en ce sens, jugeant que ces dispositions ont une valeur non-contraignante. De fait, il explique que les mesures sanitaires s'analysent en « *un ensemble de recommandations pour la déclinaison matérielle de l'obligation de sécurité de l'employeur dans le cadre de l'épidémie de covid-19 en rappelant les obligations qui existent en vertu du code du travail* »⁷⁷. Cette solution a été rendue au grand désespoir de certains auteurs, qui attendaient une véritable obligation de recourir aux préconisations du protocole sanitaire, et notamment au télétravail, pour cadrer plus précisément, nous le verrons, l'obligation de sécurité incombant à l'employeur⁷⁸.

Le protocole sanitaire n'est donc, a priori, pas obligatoire. Mais, d'après la ministre du travail⁷⁹, des contrôles vont et sont opérés pour observer si les entreprises répondent correctement aux dispositions de ce protocole. Des sanctions pourraient même être octroyées si les employeurs ne veillent pas suffisamment à la santé et la sécurité des travailleurs. Alors, si une sanction peut découler d'un rapport qu'effectuera l'inspecteur du travail, cela signifie-t-il que le protocole a finalement valeur d'une norme juridique ? Ou bien une amende pourra-t-elle être donnée à l'entreprise pour non-respect des mesures sanitaires seulement « recommandées » ?

Au regard de toutes ces incohérences réglementaires, qui n'ont pas toutes été énumérées qui plus est, il est logique et même certain que bon nombre d'entreprises se retrouvent perdues parmi la myriade de textes applicables ou non en fonction de leur choix dans la modalité de formalisation du télétravail. Finalement, la solution la plus simple et la plus sécurisée serait de recourir au télétravail par la voie de l'accord collectif. En effet, seules les dispositions légales sont obligatoires, laissant à

⁷⁶ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole National pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour à compter du 9 juin 2021, p.5.

⁷⁷ CE, 17 déc. 2020, n° 446797.

⁷⁸ G. Loiseau, « Protocole sanitaire national : le Conseil d'Etat dans le déni », BJT janv. 2021, n°114s0, p.7.

⁷⁹ Antoine Lyon-Caen, « Le télétravail comme règle », Revue de droit du travail 2020, p.645.

la négociation collective le soin de prendre les mesures nécessaires au plus proche des entreprises. Mais, en cette période de crise sanitaire, la question se pose de savoir si la négociation collective dispose réellement de l'importance qui lui a été consacrée par l'ordonnance de 2017.

II) La présence relative de la négociation collective dans la mise en place du télétravail

En cette période de crise sanitaire exceptionnelle, le gouvernement a prôné le télétravail comme étant l'une des mesures les plus efficaces pour permettre de lutter contre la propagation du coronavirus en entreprise tout en maintenant l'activité et l'économie à flot. Toutefois, le télétravail, par définition, signifie que les salariés réalisent leurs fonctions non plus dans les locaux de l'entreprise mais depuis un autre espace : leur domicile, un espace de coworking... Ce mode d'organisation du travail éloigne physiquement les salariés de leur entreprise et pourrait, par conséquent, amenuiser le rôle des membres élus pour les représenter en son sein.

En effet, le rôle premier des institutions représentatives du personnel est de défendre les intérêts des salariés, des collaborateurs d'une entreprise⁸⁰. Ainsi, les membres du Comité Social et Economique (CSE), les délégués syndicaux et les représentants syndicaux au CSE ont pour mission de « porter » la parole des salariés face à celle de l'entreprise, notamment en négociant le contenu des accords proposés par l'entreprise ou encore en faisant remonter les revendications qui leur seraient parvenues.

Bien que la promotion de la négociation collective dans l'entreprise ait été amorcée des années auparavant⁸¹, l'une des ordonnances Macron⁸² s'est chargée d'achever le processus de renforcement du dialogue social en entreprise. Elle réforme le droit du travail « *en plaçant au coeur des nouveaux modes de régulation des relations professionnelles l'ordre conventionnel construit par les partenaires sociaux* »⁸³. L'idée est donc bien de favoriser la négociation collective en entreprise et d'octroyer un rôle plus important aux institutions représentatives du personnel. D'ailleurs, l'une des principales mesures de cette ordonnance est de faire primer la convention d'entreprise sur la

⁸⁰ « Institutions représentatives du personnel », Fiches d'orientation Dalloz, Septembre 2020.

⁸¹ Loi « Auroux » n° 82-957, 13 novembre 1982, JO 14 novembre, Loi n°2004-391, 4 mai 2004, JO 5 mai.

⁸² Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

⁸³ Ministère du travail, Questions-réponses sur la négociation collective, juillet 2020, introduction.

convention de branche sur divers domaines non dévolus à cette dernière⁸⁴. Une véritable inversion de la hiérarchie des normes est alors instituée.

Cette évolution législative a permis, par conséquent, de renforcer le rôle des institutions représentatives du personnel. Et cela peut s'observer, notamment, par la priorisation qui est donnée à la négociation collective lors de la mise en place du télétravail⁸⁵. En effet, une priorité est donnée à cette dernière par le biais d'un accord collectif. Ce n'est qu'à défaut d'un tel accord que la charte ou qu'un simple accord entre le salarié et l'employeur peut être mis en place⁸⁶. De fait, la négociation collective, le dialogue social, détient un rôle fort et important dans ce domaine. Si l'accord est la voie choisie pour mettre en place le télétravail, alors les membres du Comité Social et Economique vont avoir pour rôle de négocier, avec l'employeur, les conditions dans lesquelles va s'établir et se dérouler le télétravail au sein de l'entreprise. C'est cette instance qui va représenter les intérêts du personnel⁸⁷ en demandant à ce que telle ou telle mesure soit prise pour garantir, par exemple, le respect de leurs droits, de leur santé ou de leur sécurité.

Autrement dit, cette primauté instituée en 2017 permettrait aux institutions représentatives du personnel de ne pas se retrouver reléguées au second plan lors de l'élaboration du cadre du télétravail, ceci puisqu'elles détiennent une place primordiale dans la négociation pour assurer le respect des droits des salariés. En effet, une plus grande liberté est accordée dans l'élaboration de l'accord collectif, étant donné que les règles applicables sont celles prévues par la loi, exception faite de quelques dispositions résultant des ANI⁸⁸. Or, ces dernières sont relativement larges dans leur contenu, le but étant de pousser les entreprises à négocier en leur donnant une marge de manoeuvre très importante. Ainsi, les entreprises sont libres d'insérer les règles qu'elles souhaitent, après avoir obtenu l'accord des partenaires sociaux suites aux négociations entreprises.

En revanche, les entreprises ayant recours au télétravail par charte ou directement par accord avec le salarié, doivent appliquer la réglementation des ANI⁸⁹, qui se trouve être beaucoup plus stricte et ne laisse pas de place (ou très peu) à la négociation. Cela paraît logique puisque dans le cadre d'une

⁸⁴ Article L. 2253-3 du code du travail.

⁸⁵ Article L. 1222-9 du code du travail.

⁸⁶ Article L. 1222-9 I du code du travail.

⁸⁷ Nadège André, « Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences », Revue Lamy droit des affaires, n°153, 1er novembre 2019.

⁸⁸ Gilles Dedessus-le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », Répertoire de droit du travail, octobre 2013, actualisation juin 2018, p.38 à 41.

⁸⁹ Céline Leborgne-Ingelaere, « Le télétravail : entre simplification et déceptions », Juris Tourisme 2020, n°228, p.26.

charte ou d'un accord « individuel », le rôle de la négociation collective, des partenaires sociaux, est amoindri et par conséquent, la représentation des droits des salariés pourrait se retrouver elle aussi amoindrie également. Les salariés sont, dans ces hypothèses, la partie faible dans la mise en oeuvre de cette organisation du travail. Les règles inscrites dans l'ANI ont donc pour but de protéger au maximum les salariés en réponse à cette diminution du rôle des partenaires sociaux dans la mise en place du télétravail. Alors que, dans l'accord collectif, les partenaires sociaux ont un rôle important puisque le document est négocié en totalité avec leur participation. L'employeur ne peut mettre en place le télétravail sans négocier avec les partenaires sociaux sur le sujet. La négociation est obligatoire et donc l'intérêt des salariés est d'autant plus mis en avant et « protégé ».

Néanmoins, une partie de la doctrine estime qu'un grand pouvoir reste octroyé aux employeurs. En effet, le système selon lequel, en cas d'absence d'accord collectif sur le télétravail, il est possible pour l'employeur de recourir à une charte ou à un accord avec le salarié⁹⁰, semble contrevenir avec la volonté de renforcer la voix des partenaires sociaux. Dans l'hypothèse d'une charte ou d'un accord avec le salarié, il reviendra à l'employeur de « décider » des conditions de mise oeuvre de cette organisation du travail, au détriment de la négociation collective. Certains voient ici un renforcement du pouvoir de direction du chef d'entreprise⁹¹, ne rendant par conséquent plus le dialogue social et la négociation collective un passage « obligatoire » à la mise en place du télétravail. Cela apparaît contradictoire : il y a une volonté, de la part du gouvernement, d'augmenter la puissance de la négociation collective en entreprise en priorisant l'accord collectif mais, dans le même temps, est ouverte la possibilité, pour l'employeur d'user de son pouvoir de décision dès lors que les négociations n'auraient pas abouti. Dans cette hypothèse, qu'est-ce qui empêcherait l'employeur de faire en sorte que les négociations n'aboutissent pas, qu'aucun consensus ne soit trouvé avec les partenaires sociaux ?

Pourtant, une autre partie de la doctrine s'accorde à dire que la place du dialogue social est importante au regard des conflits susceptibles de naître à l'occasion de la mise en oeuvre du télétravail⁹². Par exemple, si les partenaires sociaux ont participé à l'élaboration d'un accord collectif ou d'une charte, ou même à l'élaboration d'un cadre général du télétravail dans l'entreprise (sans accord ni charte), un salarié serait malvenu de s'opposer au télétravail si ses fonctions ont été

⁹⁰ Article L. 1222-9 I du code du travail.

⁹¹ Benoît Géniaut, « Covid-10 et télétravail », Droit social 2020, p.607.

⁹² David Fonteneau, Guillaume Dedieu, « Télétravail : sa mise en place « contrainte » doit passer par le dialogue social », Les Cahiers Lamy du CSE, n°209, 1er décembre 2020.

définies comme télétravaillables. Il en serait de même si le salarié souhaitait être placé en télétravail mais que ses fonctions n'entrent pas dans les postes télétravaillables prévus. En effet, les conditions d'éligibilité peuvent avoir été discutées par les partenaires sociaux lors de leur participation à l'élaboration du cadre du télétravail avec l'employeur⁹³. Par conséquent, leurs intérêts auront été pris en compte lors de l'élaboration des règles. Par conséquent, les partenaires sociaux ont une place prépondérante et utile dans la mise en place du télétravail, qu'il s'agisse de la discussion des conditions d'éligibilité mais aussi des mesures à appliquer pour réguler le contrôle de la charge de travail ou encore pour lutter contre l'isolement.

Ainsi, l'objectif de l'ordonnance de 2017 a certainement été que l'employeur conserve un certain pouvoir de direction et donc sa capacité de choisir⁹⁴, lui seul étant en capacité de « juger » ce qui pourrait être applicable ou non dans son entreprise, tout en permettant aux partenaires sociaux de participer activement aux évolutions connues par l'entreprise. Toutefois, il semble que cette primauté de la négociation collective offerte par l'ordonnance Macron ne soit pas si claire et fondamentale que cela au regard des divergences d'opinions doctrinales, et qu'une précision soit nécessaire pour rendre les dispositions réellement favorables au dialogue social.

Ce manque de précision se démontre d'autant plus en cette période exceptionnelle de crise sanitaire. La négociation collective et le dialogue social semblent avoir été mis à part⁹⁵, le télétravail pouvant être imposé par l'employeur, sans qu'il n'ait à négocier ou même consulter préalablement les institutions représentatives du personnel, ceci afin de répondre aux exigences sanitaires promues par le gouvernement⁹⁶. Le Comité Social et Economique, par principe consulté sur tout projet impactant les conditions de travail⁹⁷, peut n'être consulté qu'après la mise en place du télétravail, en raison des exigences sanitaires de mise en place de ce dernier.

De même, les salariés ne sont plus présents physiquement sur site pour réaliser leur prestation de travail. Ils ne sont donc pas non plus présents pour échanger, directement, avec les représentants du

⁹³ Laurent Gamet, « Télétravail et droit : nihil novum sub sole ! », Communication Commerce électronique n)5, mai 2021, étude 8.

⁹⁴ Sylvain Niel, « Le télétravail après les ordonnances du 22 septembre », Les Cahiers du DRH, n°247, 1er novembre 2017.

⁹⁵ Savine Bernard, « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 ? », Revue de droit du travail, p.440.

⁹⁶ Ministère du travail, « Télétravail en période de Covid-19 », 20 mars 2020, mis à jour le 10 juin 2021.

⁹⁷ Article L. 2312-8 du code du travail.

personnel de leur choix en cas d'éventuelles difficultés rencontrées⁹⁸. Comment les salariés peuvent-ils bénéficier d'un appui par leurs représentants alors qu'ils travaillent à distance ? Est-ce que la prise de contact par les moyens de communication mis à leur disposition (téléphone, mail, messagerie instantanée) est suffisante pour garantir la protection de leurs intérêts, de leur santé et de leur sécurité, au même titre que celle dont ils bénéficiaient en travaillant sur site ?

Les institutions représentatives du personnel ont également un rôle majeur dans l'évaluation des risques psychosociaux. Certes, le code du travail n'impose pas à l'employeur d'associer le Comité Social et Economique à cette évaluation, laissant à l'employeur le soin de rédiger seul le document unique d'évaluation des risques professionnels, qui lui-même sera seulement tenu à disposition de la délégation du personnel⁹⁹. Toutefois, la jurisprudence, elle, n'hésite pas à l'inclure dans cette démarche primordiale¹⁰⁰. Incontestablement, les entreprises devront, si elles souhaitent maintenir l'engagement des salariés au fil de l'utilisation du télétravail (même après la crise sanitaire), prendre en compte ces sujets et engager avec les partenaires sociaux des discussions sur ces thématiques au coeur de l'actualité.

D'un autre point de vue, certains estiment que le dialogue social s'est intensifié pendant la crise malgré le fait que les moyens accordés aux représentants du personnel étaient plus que limités¹⁰¹. En effet, selon un sondage de l'Anact-Arcat, les réunions entre les partenaires sociaux et l'employeur se sont poursuivies pour 98 % des personnes sondées¹⁰². A également été relevée, contrairement à ce qu'il serait logique de penser en cette période de télétravail massif, une augmentation des échanges et de coordination, se traduisant par une augmentation de la charge de travail pour les partenaires sociaux sondés. Cela signifie-t-il que les mentalités ont changé et que les employeurs, alors qu'ils pourraient « mettre de côté » l'avis des institutions représentatives du personnel en arguant la nécessaire rapidité d'action face à la crise, sont davantage enclins à faire participer les partenaires sociaux aux discussions menées dans l'entreprise ? Il est en effet primordial de travailler « *au dépassement des antagonismes existants* » et de veiller à l'existence

⁹⁸ Séverine Baudouin, « Coronavirus : quid du CSE ? », Dictionnaire permanent social Editions législatives, Relations collectives de travail, 19 mars 2020.

⁹⁹ Article R. 4121-4 du code du travail.

¹⁰⁰ Exemples : TJ Le Havre, 7 mai 2020, n° 20/00143 ; CA Versailles, 24 avr. 2020, n° 20/011993.

¹⁰¹ « Le dialogue social s'est intensifié pendant la crise, avec des moyens limités », Liaisons sociales Quotidien, n°18314, 28 mai 2021.

¹⁰² Anact, « Impact de la crise sanitaire sur le dialogue social et les relations sociales », rapport de résultats, 25 mai 2021.

d'un dialogue social de qualité ¹⁰³. Cela signifie-t-il également que, finalement, le télétravail ne serait pas si dangereux pour le dialogue social, la barrière de la communication étant levée par l'utilisation des nouvelles technologies mises à disposition des salariés pour les besoins de leur travail à distance ? La tendance semble relativement positive pour le rôle des institutions représentatives du personnel.

Toutefois, certains critiquent le manque latent de moyens techniques pour que les partenaires sociaux puissent correctement répondre à leur mission (insuffisance du nombre d'heures de délégation accordé, ressources insuffisantes...). Cela a d'ailleurs été démontré : les moyens de communication utilisés par les institutions représentatives du personnel ne sont pas adaptés à la mise en place du télétravail¹⁰⁴. Les organisations syndicales estiment encore plus aisé de négocier et d'échanger lors de réunions physiques qu'au travers de visioconférences. Selon Maître Guillaume Brédon, il est nécessaire que les organisations syndicales s'adaptent et ajustent leur actions en fonction de la nouvelle réalité qu'est le télétravail. Si elles ne venaient pas à évoluer, elles risqueraient de voir diminuer d'autant plus le rôle représentatif dont elles disposent dans les entreprises. L'avocat avance même l'idée d'une « *accélération de la désyndicalisation du monde du travail* », si le décalage entre les collaborateurs et les organisations syndicales ne venait pas à s'amenuiser.

De manière générale, il est clair que la négociation collective a connu un essor sans précédent ces dernières années, suites aux évolutions législatives ayant accordé leur primauté sur certains sujets. Toutefois, certains aspects négatifs ont pu être soulevés, questionnant une fois de plus l'importance de la place qui leur est accordée pour défendre les intérêts des salariés au sein de l'entreprise dans laquelle ils évoluent. C'est notamment le cas en cette période de crise sanitaire, pendant laquelle le télétravail a été imposé par l'employeur sans que les partenaires sociaux ne puissent intervenir. Mais cette incertitude est également apparente dans l'hypothèse d'un télétravail « en période normale » où de nombreuses critiques sont formées quant à la place réduite qu'occupent parfois les partenaires sociaux. Une clarification de leur rôle serait donc utile, certains affirmant même que, si le télétravail venait à se développer à un rythme de plusieurs jours par semaine, des *délégués ad hoc*

¹⁰³ Elodie Pasto et Séverine Artières, « Reprise de l'activité : l'heure de la négociation d'entreprise a sonné ! », Droit social 2020, p.623.

¹⁰⁴ Télétravail, distancier : la nécessaire transformation du dialogue social », Guillaume Brédon, Les Petits affiches, 16 avril 2021, n°160r1, p.3.

devraient être mis en place pour coïncider davantage avec les spécificités de cette organisation du travail¹⁰⁵.

Néanmoins, la confusion ne survient pas seulement en ce qui concerne le régime juridique applicable ou la place des partenaires sociaux. Elle intervient dans de nombreux pans théoriques du télétravail dont la pratique a révélé les lacunes.

¹⁰⁵ « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Jean-Emmanuel Ray, *Droit social* 2021, p.236.

Chapitre 2 : La confusion entre la pratique du télétravail et la théorie de sa réglementation

Mis à part l'incertitude régnant sur la mise en place du télétravail, l'utilisation quasiment généralisée de ce dernier a démontré la confusion existante entre la théorie de sa réglementation et sa mise en oeuvre effective. En effet, se sont révélées plusieurs lacunes et interrogations, toujours sans réponse claire à l'heure actuelle. L'on pense notamment à l'incohérence du contenu de l'obligation de sécurité de l'employeur face aux spécificités du télétravail (I) mais également, à l'importance épineuse de maintenir les droits individuels et collectifs des salariés travaillant depuis leur domicile (II).

I) L'incohérence du contenu de l'obligation de sécurité au regard des spécificités du télétravail

Une autre difficulté est apparue suite à l'utilisation répandue du télétravail en cette période de crise sanitaire : l'application de l'obligation de sécurité incombant à l'employeur. En principe, selon le Code du travail¹⁰⁶, l'employeur doit veiller à la santé et à la sécurité de ses salariés. Il doit assurer l'effectivité de cette obligation¹⁰⁷. Il doit donc mettre en place des actions d'information, de prévention et de formation nécessaires mais également évaluer les risques professionnels (consignés dans le document unique d'évaluation des risques, DUERP) auxquels peuvent être sujets les salariés de son entreprise. Il devra veiller à l'adaptation constante de ces mesures pour tenir compte des changements de circonstances de l'entreprise.

La jurisprudence s'est d'ailleurs essayée à proposer des précisions sur ce qui est attendu des employeurs et, notamment, le dressage d'un inventaire des sources d'exposition au virus dans chaque unité de travail de l'entreprise et formalisation dans le DUERP¹⁰⁸. En effet, de nombreuses entreprises se sont vues condamnées pour insuffisance ou absence de mesures de prévention en cette période épidémique,¹⁰⁹ les juges allant parfois jusqu'à suspendre l'activité des entreprises. Certains considèrent que les juges des référés s'identifient comme « les juges de la prévention », remplaçant le chef d'entreprise dans ce rôle pourtant normalement issu de sa décision unilatérale¹¹⁰. Il semble donc plus que nécessaire, au regard de ces décisions, que les partenaires sociaux soient

¹⁰⁶ Articles L. 4121-1 et L. 4121-5 du Code du travail.

¹⁰⁷ Cass, soc, 28 février 2006, n°05-41.555, FS - P+B+R+I.

¹⁰⁸ TJ Paris, 9 avril 2020, n°20/52223, La Poste.

¹⁰⁹ Morane Keim-Bagot et Nicolas Moizard, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », Revue de droit du travail 2021, p.25.

¹¹⁰ F. Guiomard, « Les référés, juges de la prévention », Revue de droit du travail 2020, p.351.

associés à la démarche de prévention des risques professionnels, même si cela n'est pas exigé par la législation applicable¹¹¹. Le ministère du travail s'est d'ailleurs prononcé en ce sens¹¹², démontrant alors d'autant plus l'importance du rôle des partenaires sociaux dans la prévention des risques professionnels, et donc dans la réponse, pour l'employeur, à son obligation de sécurité.

Il s'agit d'une obligation générale de santé et de sécurité, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les domaines liés à la protection de la santé et de la sécurité des salariés et non pas seulement aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, comme cela était précisé en premier lieu par les juges dans les arrêts dits « Amiante »¹¹³. Elle englobe également la prévention des risques professionnels, risques très présents et sujets d'actualité dans le cadre du télétravail.

Ce mode d'organisation du travail, et notamment les risques qu'il peut engendrer, n'est pas anodin pour les salariés. Beaucoup d'avantages peuvent être tirés d'une telle organisation : meilleure conciliation entre vie privée et vie professionnelle, moins de stress, moins de fatigue...¹¹⁴. Toutefois, les risques, tant pour la santé physique que mentale, sont également présents et l'employeur doit tout mettre en oeuvre pour les prévenir ou les réparer.

En mars 2020, à l'heure où la pandémie du coronavirus a pris une ampleur importante, l'obligation de sécurité de l'employeur a fait l'objet de nombreux questionnements. Est-ce que l'employeur peut se retrouver responsable en cas de contamination de ses salariés au coronavirus ? La loi est claire : même si le risque de contamination n'est pas lié à l'exécution du contrat de travail, puisque le salarié est susceptible d'être exposé au virus durant son activité professionnelle, toute décharge de responsabilité de l'employeur est nulle¹¹⁵. Toutefois, le gouvernement est venu tempérer cette affirmation en expliquant que « *il n'incombe pas à l'employeur de garantir l'absence de toute exposition des salariés à des risques mais de les éviter le plus possible et, s'ils ne peuvent être évités, de les évaluer régulièrement, en fonction notamment des recommandations du gouvernement, afin de prendre ensuite toutes les mesures utiles pour protéger les travailleurs exposés* »¹¹⁶.

¹¹¹ P.E. Berthier, « La participation des représentants du personnel à l'évaluation des risques professionnels : les enseignements de l'arrêt Amazon France Logistique », *Revue de droit du travail* 2020, p. 482.

¹¹² Ministère du travail, « Protocole national pour assurer santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour du 30 juin 2021, p.3.

¹¹³ Par exemple, Cass, Soc, 28 février 2002, n°00-10.051, P.

¹¹⁴ Delphine Castel, « Le lieu de travail, espace en voie d'évolution », *Juris associations* 2020, n°626, p.30.

¹¹⁵ Article L. 482-4 du Code de la sécurité sociale.

¹¹⁶ FAQ du ministère du travail, version du 20 avril 2020, mise à jour le 1er mai 2020.

D'ailleurs, le gouvernement a estimé que le télétravail était une mesure utile destinée à protéger les salariés contre le risque d'être contaminés sur leur lieu de travail. De fait, les employeurs ont été dans l'obligation de suivre cette mesure et d'appliquer le télétravail autant que faire ce peu dans leur entreprise. Toutefois, bien que cette action ait effectivement permis de réduire la propagation du virus dans les entreprises, elle a également fait émerger de nombreuses interrogations quant à la portée de l'obligation de sécurité de l'employeur. En effet, le salarié, qu'il travaille dans les locaux de l'entreprise ou depuis son domicile, doit disposer d'un environnement de travail sécurisé et de conditions de travail correctes pour réaliser son activité.

Toutefois, certains se posent encore la question de savoir si le respect des recommandations issues du protocole sanitaire peut permettre aux employeurs de répondre à leur obligation de prévention¹¹⁷ ou même si elles durcissent l'obligation de sécurité leur incombant¹¹⁸. En effet, le flou reste de mise entre les préconisations du gouvernement, l'appréciation de l'employeur et des partenaires sociaux, ainsi que sur les différents avis sur la portée des règles applicables et donc sur la mise en place obligatoire ou non du télétravail.

Les rédacteurs de l'ANI de 2005, déjà conscients à l'époque de l'importance de la prise en compte des risques inhérents au télétravail, ont prévu qu'au titre de son obligation générale de sécurité, l'employeur doit s'assurer de la conformité du domicile du salarié à l'exercice du télétravail. Autrement dit, l'employeur reste tenu de son obligation de sécurité à l'égard du salarié placé en télétravail¹¹⁹. D'autre part, dans sa section réservée au télétravail, le Code du travail¹²⁰ dispose que l'employeur reste tenu à l'égard des salariés placés en télétravail de « *ses obligations de droit commun* ». Enfin, aucun texte n'exclut le télétravailleur du champ de la quatrième partie du Code du travail relative à la santé et à la sécurité¹²¹. Il s'agit donc d'une question de principe puisqu'il apparaît évident que l'employeur dispose généralement d'une meilleure maîtrise des risques psychosociaux dont peut être victime le salarié, que le salarié lui-même. Pourtant, ces textes ne semblent pas prendre en compte les spécificités liés à l'environnement du télétravail.

¹¹⁷ L. Bachelot et P. Coursier, « Covid-19 : la phase trois du déconfinement dans les entreprises », JCP S 2020, 30 juin 2020, p.1.

¹¹⁸ Morane Keim-Bagot et Nicolas Moizard, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », Revue de droit du travail 2021, p.25.

¹¹⁹ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 8.

¹²⁰ Article L. 1222-10 du Code du travail.

¹²¹ Articles L. 4111-1 et L. 4111-5 du Code du travail.

Dans les locaux de l'entreprise, l'employeur est pleinement responsable des installations mises en place pour réaliser le travail¹²². Il est obligé, de fait, de s'assurer de la conformité des machines utilisées, des conditions de travail des salariés (température, espace de travail). Il met à disposition l'équipement nécessaire tels que des bureaux, des chaises, des installations conformes aux normes de sécurité...

Le Code du travail donne une explication de ce que doit recouvrir la notion de lieu de travail : les locaux doivent être « *aménagés de manière à ce que leur utilisation garantisse la sécurité des travailleurs (...) être tenus dans un état constant de propreté (...) présenter les conditions d'hygiène et de salubrité propres à assurer la santé des intéressés* »¹²³. La réponse à ces exigences posées par la loi pose déjà de nombreux problèmes au regard de l'obligation de sécurité de l'employeur et la jurisprudence¹²⁴ s'est emparée du sujet à de nombreuses reprises pour déterminer si l'employeur avait réellement répondu à son obligation de moyen renforcée en mettant en place toutes les mesures nécessaires pour éviter le risque, ou le dommage dont a été victime le salarié. Pourtant, l'employeur est en principe « maître » du lieu dans lequel les salariés exercent leur travail, puisqu'il est propriétaire des locaux et des équipements mis en place. Pour autant, les juges continuent d'appuyer fortement sur leur appréciation du respect ou non par l'employeur de son obligation de sécurité, notamment en ce qui concerne la prévention des risques¹²⁵.

En revanche, lorsque le salarié exerce sa mission en télétravail, depuis son domicile (en règle générale), le lieu de travail n'est plus la propriété de l'employeur, il n'a donc aucune prise dessus. Il ne peut pas y installer les équipements nécessaires à la réalisation du travail ni vérifier la conformité des installations dans le logement. Etant un lieu privé, l'employeur ne semble pas non plus pouvoir y pénétrer, sans l'autorisation expresse du propriétaire¹²⁶, pour vérifier les conditions dans lesquelles le salarié exerce son travail. Il ne peut donc pas mettre en place les mesures nécessaires pour garantir la santé et la sécurité des salariés en télétravail. Or, ce n'est pas pour autant que l'employeur ne sera pas tenu responsable en cas d'incident, même s'il n'a pas pu contrôler légalement les conditions de travail du salarié¹²⁷. Dès lors, comment appliquer de la même manière

¹²² Articles R. 4222-1 et suivants du code du travail.

¹²³ Art. L. 4221-1 du Code du travail.

¹²⁴ Par exemple, Cass, soc, 22 septembre 2016, n°15-14.005, Inédit.

¹²⁵ Cass, soc, 25 novembre 2015, n°14-24.444, P.

¹²⁶ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 8.

¹²⁷ Mathieu Babin, « Télétravail et santé : le risque à distance ? », JCP / la Semaine Juridique - édition sociale, n°38, septembre 2020.

que dans les locaux de l'entreprise l'obligation de sécurité de l'employeur ? Quelle est la portée de l'obligation de sécurité de l'employeur lorsque son salarié exerce son activité depuis son domicile ? N'y aurait-il pas un risque que l'employeur refuse le télétravail par peur des conséquences issues de son incapacité à respecter son obligation de sécurité ?

Aucune véritable précision n'est apportée par les textes régissant le télétravail ¹²⁸. Il n'y a pas de préconisation quant à la marche à suivre pour permettre à l'employeur de garantir la santé et la sécurité des télétravailleurs et ainsi respecter son obligation de sécurité de résultat, tant en cas de télétravail en période « normale », qu'en période exceptionnelle. Seul l'ANI de 2020, enrichi par les expériences vécues depuis le début de la crise sanitaire, semble entendre ces différences entre travail traditionnel et télétravail puisqu'il dispose que « *Si les dispositions légales et conventionnelles relatives à la santé et à la sécurité au travail sont applicables aux salariés en télétravail, 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* » ¹²⁹.

Pour pallier à ce manque de règles, certaines entreprises ont fait preuve d'anticipation et ont mis en place des mesures leur permettant d'atténuer en partie leur responsabilité en cas d'incident sur le lieu de travail. Par exemple, certains accords relatifs à la mise en place du télétravail « normal » demandent aux salariés qui souhaitent effectuer du télétravail de fournir une attestation sur l'honneur de la conformité de leur logement à la réalisation de leur travail (installations électriques, assurance...) ¹³⁰. Mais, quid de la preuve d'une conformité effective ? Et si un accident survenait à cause d'une mauvaise installation électrique, alors que le salarié a certifié que son logement était conforme, est-ce que l'employeur peut tout de même être jugé responsable des dommages subis ?

D'autres accords demandent aux salariés qui souhaiteraient réaliser leur activité en télétravail de fournir une attestation d'assurance habitation qui prendrait en compte le fait que le bénéficiaire travaille depuis son domicile ¹³¹. Or, cette règle pourrait poser problème, notamment au regard du coût supplémentaire qu'engendre une telle modification du contrat d'assurance pour le salarié. Sans rentrer dans la problématique des frais professionnels, il semble que cette solution ne soit pas non

¹²⁸ Boris Sourbès, « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », *Revue de droit du travail* 2020, p.514.

¹²⁹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 3.4.

¹³⁰ Accord relatif au télétravail, SAFRAN, 3 mars 2021, p.12

¹³¹ Crédit Mutuel Arkea, « Accord d'entreprise 2021-01 : Avenant à l'accord d'entreprise n°2017-13 sur la mise en place du télétravail au sein de l'UES Arkade », 17 février 2021.

plus totalement adéquate pour s'assurer que le salarié soit en sécurité dans son nouveau lieu de travail.

La question se pose alors de savoir quels sont les procédés que l'employeur peut mettre en oeuvre, de son côté, pour s'assurer que le salarié évolue dans des conditions de travail respectueuses de sa santé et de sa sécurité. Certains s'accordent à dire qu'il faudrait substituer l'action directe de prévention par des actions d'information et de formation¹³², de conseil et d'assistance, même si ces procédés ne peuvent garantir réellement le respect des indications de la part du salarié et du manager¹³³.

Mais, comment pourrait-il contrôler si le salarié applique réellement les conseils, les formations qu'il a reçu ? Comme expliqué précédemment, le domicile du salarié relève de sa vie privée¹³⁴. L'employeur ne peut pas y faire irruption et installer l'équipement nécessaire à la réalisation du travail. Il ne peut donc pas, par exemple, installer de caméra de surveillance pour s'assurer que le lieu répond aux exigences de sécurité ni pour s'assurer que le salarié évolue dans de bonnes conditions de travail¹³⁵, à moins que ce moyen soit proportionné à l'objectif recherché et après avoir obtenu l'accord du salarié. Les juges ont, sur ce point, déjà réglé des différends opposant des salariés à leur employeur qui invoquait, à l'appui de la sanction qui leur était infligée, des preuves obtenues par le biais de moyens informatiques tels que des vidéos ou encore des courriers. Ainsi, la limite du pouvoir de direction de l'employeur, et notamment de son droit à surveiller le salarié, débute au moment où elle empiète sur la sphère personnelle du salarié¹³⁶.

De manière évidente, les institutions représentatives du personnel auront un rôle important à jouer dans le suivi de l'obligation de sécurité de l'employeur mais également dans la mise en place des mesures de prévention et d'adaptation des risques adaptées au télétravail¹³⁷. L'employeur aura tout intérêt à négocier avec elles dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise ou d'une charte d'entreprise, afin de s'assurer que le texte élaboré soit fondé sur un dialogue social entre le patronat et le salariat.

¹³² Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 4 // Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 10.

¹³³ Matthieu Babin, « Télétravail et santé : le risque à distance ? », JCP, La Semaine Juridique - édition sociale, n°38, 22 septembre 2020.

¹³⁴ Marion Emeras, « Le domicile du salarié », La Semaine Juridique Social n°3, 20 janvier 2015, 1012.

¹³⁵ CNIL, les questions-réponses sur le télétravail, 12 novembre 2020.

¹³⁶ Cass, soc, 26 juin 2012, n°11-14.022, NP.

¹³⁷ Caroline Vanuls, « L'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve de la pandémie de Covid-19 », Gazette du Palais, n°386y3, 8 septembre 2020, p.66.

L'employeur est toujours tenu à une obligation de sécurité lorsque son salarié exerce son activité en télétravail. Si ce n'est l'ANI de 2020 qui précise qu'il doit être tenu compte des spécificités liés au télétravail, les autres textes applicables et la jurisprudence semblent rester de marbre quant à un éventuel assouplissement de cette obligation au regard des difficultés engendrées par le télétravail. La conformité du lieu de travail, les conditions de travail et la santé du salarié sont des éléments que l'employeur doit contrôler et adapter mais, à distance, cela s'avère complexe. Il va sans dire qu'une évolution de la législation dans le domaine de cette obligation éviterai un lourd contentieux qui ne manquera pas de survenir dans les mois et années à venir. Les juges devront se montrer cléments envers les employeurs qui, parfois impuissants, n'ont pas pu obéir à leur obligation fondamentale pour ne pas contrevenir à un autre principe fondamental : le respect de la vie privée. La question du respect des droits, tant collectifs qu'individuels, est d'ailleurs au centre des préoccupations en cette période d'utilisation massive du télétravail.

II) L'importance épineuse du maintien des droits individuels et collectifs des travailleurs

Par définition, le télétravail suppose que le salarié réalise sa mission dans un autre lieu que les locaux de l'entreprise, et notamment à son domicile. Cette spécificité liée à cette organisation du travail soulève de nombreuses questions : les télétravailleurs conservent-ils les mêmes droits dont ils bénéficiaient en travaillant dans les locaux de l'entreprise ? Une différence de traitement doit-elle être opérée entre les télétravailleurs et les travailleurs dans l'entreprise ? Dans une telle hypothèse, comment justifier cette différence de traitement ? Divers sujets sont concernés : les accidents du travail, les tickets-restaurant, la surveillance des managers, la participation au dialogue social... Ces interrogations ne sont pas issues de la crise sanitaire et de l'utilisation accrue du télétravail mais elles ont été exacerbées au cours des derniers mois, alors que l'idée d'user du télétravail hors circonstances exceptionnelles a émergé.

Le principe général d'égalité de traitement entre les salariés est clairement affirmé depuis de nombreuses années. Il s'agit d'une règle d'ordre public¹³⁸. Logiquement, les deux ANI¹³⁹ sur le télétravail ont réaffirmé à leur tour ce principe important, tout comme le code du travail¹⁴⁰. Les

¹³⁸ Philippe Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », Droit social, mars 2003.

¹³⁹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 3.1 // Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 4.

¹⁴⁰ Article L1222-9 du code du travail.

deux ANI précisent notamment qu'au titre de ce principe d'égalité de traitement, « *les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables au salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise* » ¹⁴¹. De fait, le droit à la déconnexion, le droit à la vie privée, le respect d'une charge de travail correcte, les droits collectifs, la participation aux effectifs de l'entreprise, l'accès à l'information, à la formation et aux entretiens professionnels bénéficient tout autant au travailleur sur site qu'au télétravailleur¹⁴². Il est à noter toutefois que si l'entreprise venait à négocier un accord collectif avec les partenaires sociaux, alors les dispositions de l'ANI ne seraient pas applicables en raison de la primauté accordée à l'accord d'entreprise. Alors que le principe d'égalité de traitement est d'ordre public, il conviendra de l'appliquer également dans les accords d'entreprise.

Pourtant, malgré cette affirmation claire selon laquelle les télétravailleurs bénéficient du même statut que les travailleurs sur site, des doutes quant à son effectivité totale ont pu être soulevés sur divers sujets¹⁴³. Par exemple, l'octroi des tickets-restaurants aux télétravailleurs. Ce sujet a fait polémique, notamment au regard de l'imprécision juridique autour de ce dispositif. Le ministère du travail¹⁴⁴ s'était prononcé en faveur de l'attribution de titres-restaurant aux télétravailleurs, puisque ces derniers sont placés dans des conditions de travail équivalentes à celles des salariés exerçant leur activité dans les locaux de l'entreprise. De son côté, l'administration¹⁴⁵ valide cette affirmation selon laquelle les télétravailleurs doivent bénéficier des titres-restaurant octroyés aux autres salariés de l'entreprise, sous réserve qu'ils exercent leur activité dans des conditions comparables, c'est-à-dire dans le cadre d'une journée organisée en deux vacations entrecoupées d'une pause réservée à la prise d'un repas.

Pour autant, aucune obligation légale n'impose véritablement à l'employeur d'attribuer des tickets-restaurant, et aucun texte n'en expose les conditions d'attributions. Certains employeurs se sont donc « dédouanés » de leur engagement à octroyer des tickets-restaurants aux télétravailleurs, estimant qu'ils pouvaient s'alimenter à leur domicile, contrairement aux salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise. Les juges ont donc été dans l'obligation d'apporter une réponse à cette

¹⁴¹ « Dictionnaire Permanent Social - Télétravail », Editions Législatives, mis à jour en juillet 2021.

¹⁴² Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 3.1 // Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, article 4, 10 et 11.

¹⁴³ Steven Rioche, « Le statut du télétravailleur », Gazette du Palais, n°423j4, p. 20.

¹⁴⁴ Ministère du travail, « Télétravail en période de COVID-19 », questions-réponses, mise à jour du 10 juin 2021.

¹⁴⁵ BOSS-frais professionnels, n° 1800.

situation incertaine. Dans un premier temps, le tribunal judiciaire de Nanterre¹⁴⁶ a conclu que le dispositif de tickets-restaurants permettait aux salariés de faire face au surcoût lié à la restauration hors de leur domicile pour ceux qui sont dans l'impossibilité de prendre leur repas à leur domicile. Par conséquent, la juridiction a estimé qu'en l'absence d'un tel surcoût, les télétravailleurs ne sont pas éligibles à l'attribution des tickets restaurant. Alors que certains estiment cette solution « pragmatique et raisonnable » en cette période de crise sanitaire¹⁴⁷, d'autres au contraire jugent cette décision inappropriée puisque contrevient au principe d'égalité de traitement entre les salariés. C'est le cas, par exemple, du Tribunal Judiciaire de Paris¹⁴⁸, qui juge que les télétravailleurs, au même titre que les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise, doivent bénéficier des tickets-restaurant. Les juges ont notamment relevé que l'employeur ne prouvait pas le fait que les deux « catégories » de travailleurs se trouvaient dans une situation objective distincte justifiant le retrait de l'avantage des tickets-restaurant aux télétravailleurs.

Dès lors, quelle décision, quel raisonnement suivre ? Comment déterminer si les télétravailleurs se trouvent dans une situation comparable aux salariés travaillant sur site, d'autant plus si l'employeur ne peut pas vérifier les conditions du domicile privé du télétravailleur ? Comment assurer l'effectivité de cette règle d'ordre public ? Il est certain qu'une décision claire est attendue pour parvenir à stopper l'incertitude liée à cet avantage.

Finalement, la prise en charge de l'ensemble des frais professionnels est sujet à discorde et ce depuis l'ordonnance dite Macron intervenue en 2017¹⁴⁹, qui a supprimé les dispositions de l'ancien code du travail sur le sujet. Désormais, tout est sujet à interrogations. La prise en charge des frais de transport par exemple, pose problème dans la mesure où l'employeur peut s'interroger sur l'utilité de rembourser l'abonnement de transport d'un télétravailleur qui ne se rend plus sur site¹⁵⁰. Le ministère du travail a pourtant précisé que l'employeur n'a aucune obligation de prendre en charge, dans la situation de télétravail « total », les frais de transports normalement alloués au salarié¹⁵¹. Mais, la question-réponse du Ministère du travail n'est qu'une recommandation et n'a, par conséquent, pas de valeur juridique. Le doute semble donc être permis dans cette situation.

¹⁴⁶ TJ Nanterre, 10 mars 2021, n°20/09616.

¹⁴⁷ Mia Catanzano, « Les télétravailleurs ont-ils droit à des tickets-restaurant ? », BJT avril 2021, n°115b6, p.40.

¹⁴⁸ TJ Paris, 30 mars 2021, n°20/09805.

¹⁴⁹ Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

¹⁵⁰ Béatrice Pola et Jeanne de Laender, « Le télétravail en période de confinement », Editions législatives, gestion du personnel, 6 avril 2020.

¹⁵¹ Ministère du travail, « Télétravail en période de COVID-19 », questions-réponses, mis à jour le 10 juin 2021.

Aussi, la prise en charge du mobilier et des charges engendrées par le télétravail au domicile pose problème dans la mesure où il serait quasiment impossible de calculer la somme exacte induite par le télétravail (pourcentage du chauffage de la pièce utilisée, de l'eau consommée...).

Depuis cette suppression des textes, les avis divergent. La jurisprudence a suivi les conséquences de la suppression des textes sur la prise en charge des frais en jugeant qu'aucune prise en charge des frais découlant directement du télétravail ne pouvait être imposée à l'employeur, au regard de la disparition des anciennes dispositions du code du travail¹⁵². Pourtant, le principe d'égalité de traitement doit perdurer. Dès lors, le syndicat CFDT, en s'appuyant sur ce principe d'ordre public, souhaite que l'employeur prenne en charge la totalité des frais engendrés par le télétravail (loyer de la pièce de travail, électricité, chauffage, eau, mobilier et matériel de bureau...). Pour le Bulletin officiel de la Sécurité sociale (BOSS), qui nuance légèrement l'importance de l'obligation prévue par le syndicat, l'employeur peut soit rembourser les frais engagés par le salarié sur la base de leur valeur réelle, soit verser une allocation forfaitaire¹⁵³. Ces deux positions représentent des coûts non négligeables pour l'entreprise, qu'il conviendra d'étudier si un accord est négocié. C'est pourquoi il serait nécessaire qu'un texte vienne clarifier ce sujet et poser les limites d'une telle prise en charge¹⁵⁴.

Sans s'attarder davantage sur ce sujet épineux des frais professionnels, une autre question a été soulevée au regard des spécificités liées au télétravail : la qualification d'accident du travail au domicile du salarié. Pour rappel, le télétravailleur dispose du même statut que le salarié travaillant sur site. Par conséquent, les dispositions du code de la sécurité sociale s'appliquent et notamment celle instaurant une présomption d'imputabilité de l'accident au travail¹⁵⁵. Par ailleurs, le code du travail¹⁵⁶ dispose que « *L'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident de travail au sens de l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale* ».

Néanmoins, pour bénéficier de cette présomption, le salarié doit apporter la preuve de l'existence d'un fait accidentel qui serait survenu au temps et au lieu de travail. Or, la difficulté est que, puisque

¹⁵² CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/00098.

¹⁵³ BOSS, frais professionnels - n°70 et 100.

¹⁵⁴ Charlotte Michaud, « Télétravail, frais, quelles obligations pour l'employeur ? », BJT sept 2020, n°114a7, p.50.

¹⁵⁵ Article L. 411-1 du code de la sécurité sociale.

¹⁵⁶ Article L. 1222-9 du code du travail.

l'accident est supposé être intervenu au domicile du salarié, le salarié pourra difficilement prouver à quel moment et dans quelles circonstances l'accident est survenu. De même, l'employeur pourra difficilement combattre la preuve apportée par le salarié (notamment par le faisceau d'indices) puisque lui-même n'a pas de prise sur le lieu de travail du salarié. Il ne pourrait donc pas s'appuyer sur la déclaration sur l'honneur d'un salarié attestant de la conformité de l'installation électrique du logement pour empêcher que sa responsabilité ne soit engagée en cas d'électrocution du télétravailleur, par exemple, ceci puisqu'il n'a aucun moyen de contrôler, et au besoin d'adapter, le lieu de travail du salarié. Aussi, quels moyens dispose l'employeur pour contrôler et le salarié pour prouver que l'accident est bien intervenu alors que le salarié réalisait son activité professionnelle ?¹⁵⁷

Ainsi, les textes applicables au télétravail semblent clairs quant à l'appréciation de l'accident du travail, notamment en donnant les conditions à réunir. Mais, il semble qu'en pratique, la preuve d'un tel fait accidentel soit difficile à apporter pour le salarié, tout comme la possibilité, pour l'employeur, de contrer l'engagement de sa responsabilité. De fait, comment parler d'égalité de traitement dès lors que la preuve est plus difficile à apporter pour le télétravailleur que pour le salarié travaillant sur site ? Il serait donc judicieux d'apporter des précisions supplémentaires quant à l'appréciation d'une telle situation, si toutefois aucun accord d'entreprise ou charte ne venait encadrer ce sujet.

Enfin, des difficultés sont rencontrées dans la relation individuelle de travail, notamment en ce qui concerne le contrôle de la charge de travail¹⁵⁸. Il est évident que ce dernier est plus aisé lorsque le salarié et le manager sont sur site, puisque le manager peut s'apercevoir du temps que passe le salarié au travail, de la tâche qu'il réalise, et s'il arrive à gérer sa charge de travail. En situation de télétravail, le manager n'a pas ces perceptions. Il peut tout au plus prendre contact avec le salarié, par les moyens de communication mis à leur disposition (téléphone, messagerie instantanée, mail), pour lui poser des questions sur son travail, tout en prêtant attention à ce que ces actes ne s'analysent pas en du harcèlement managérial¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Bruno Fieschi, « (Le point sur...) Télétravail et accidents du travail », Hebdo éditions sociale : Télétravail, n°842, 5 novembre 2020.

¹⁵⁸ Steven Rioche, « Le statut du télétravailleur », Gazette du Palais, 22 juin 2021, n°423j4, p.20.

¹⁵⁹ Cass, soc, 10 novembre 2009, n°07-45.321, P.

La question est donc délicate. Comment le manager peut-il s'assurer que la charge de travail confiée à son collaborateur est adéquate ? Comment interroger le salarié sans que cela ne soit analysé en du « flicage », de la « surveillance rapprochée » de la part du manager ? Il ne faut pas que le manager applique un contrôle plus conséquent sur le télétravailleur sous prétexte qu'il ne peut voir réellement ce qu'il effectue chez lui. Le manager doit respecter la même règle de contrôle et de suivi qui est opérée dans les locaux. Il ne peut donc pas se servir d'outils ou de logiciels lui permettant de le surveiller de manière permanente¹⁶⁰ ou d'être joignable dix heures par jour pour s'assurer qu'il effectue correctement son activité.

Le droit à la déconnexion est d'ailleurs le maître mot de l'ANI de 2020¹⁶¹, les partenaires sociaux ayant voulu mettre l'accent sur le respect de ce droit dans le cadre de la négociation des accords d'entreprise ou des chartes sur le télétravail. Néanmoins, peu d'instructions sont données aux managers pour qu'il puissent correctement exercer leur rôle de supérieur hiérarchique. Les dispositions légales¹⁶² ne prévoient qu'un entretien annuel avec le salarié en télétravail, entretien pendant lequel il sera question, entre autre, de faire un point sur la charge de travail du télétravailleur. Or, comme souligné plusieurs fois, le contrôle de la charge de travail est dû au télétravailleur¹⁶³ au même titre que le salarié travaillant sur site, du fait du principe de l'égalité de traitement. Et, un salarié travaillant sur site peut, à tout moment, s'entretenir avec son manager pour lui signaler un problème de gestion de charge de travail. Si tel était le cas pour le travailleur, alors il semble plus difficile de prendre contact avec son manager à distance, en dehors de l'entretien annuel.

Pour ce qui est des droits collectifs, là encore, des troubles apparaissent du fait des spécificités du télétravail. En effet, les salariés en télétravail ont moins la possibilité de communiquer avec les représentants du personnel (élus ou syndicaux) que s'ils avaient été sur site. Ces derniers, qui se trouvaient au plus proche des salariés avant la crise sanitaire, se retrouvent relégués au second plan, voir « oubliés » compte tenu du manque d'outils de communications leur permettant d'échanger avec les salariés¹⁶⁴. Il a d'ailleurs été démontré que la législation relative au droit syndical n'était

¹⁶⁰ CNIL, « Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail », 12 novembre 2020.

¹⁶¹ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 3.1.3.

¹⁶² Article L. 1222-10 3° du code du travail.

¹⁶³ LamyLine, « A quelles règles obéit le télétravail ? », Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien, p.140-90, mai 2021.

¹⁶⁴ « Le dialogue social s'est intensifié pendant la crise, avec des moyens limités », liaisons sociales Quotidien - l'actualité, n°18314, 28 mai 2021.

pas adaptée à la situation du télétravail et que des réponses via la négociation collective devaient être apportées¹⁶⁵.

Ainsi, le principe applicable perdure, à savoir que l'égalité de traitement doit être effective entre les salariés. Néanmoins, au regard de tous ces éléments précités, loin d'être les seuls, il s'avère qu'une clarification du régime juridique du télétravail est à prévoir, pour ne pas que les droits individuels et/ou collectifs du télétravailleurs soient bafoués, mêmes de manière involontaire, par les mesures prises par l'employeur. Il s'agirait de donner une ligne directrice pour que chacun sache comment évoluer et se comporter en une telle situation encore méconnue pour la majorité des acteurs du monde du travail. Le télétravail est, sans aucun doute, un mode d'organisation du travail qui peut s'inscrire dans le temps. Toutefois, bien qu'il soit profitable, il s'avère nécessairement réformable.

¹⁶⁵ Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, article 6.2.

Partie 2 : télétravail et crise sanitaire : la promotion d'un mécanisme profitable mais nécessairement réformable

Dès sa mise en place, le télétravail a été perçu comme un mode d'organisation du travail bénéfique à tous. En effet, il a été constaté une meilleure conciliation de la vie personnelle avec la vie professionnelle pour les salariés, une meilleure rentabilité pour les entreprises grâce une amélioration générale du travail des salariés, et une protection accrue des citoyens pour le gouvernement. Mais, alors que le télétravail a parfois pour objectif de protéger la santé des travailleurs, nombreux ont été ceux qui se sont aperçus de la controverse de cet objectif (Chapitre 1). Ainsi, l'utilisation généralisée du télétravail a permis de découvrir, certes, qu'il s'agit d'une organisation du travail avantageuse mais qui aurait nécessairement besoin d'une réforme au regard de l'obsolescence de son régime juridique (Chapitre 2).

Chapitre 1 : le télétravail évocateur d'une opportunité controversée pour la santé des travailleurs

Le télétravail est connu aujourd'hui pour protéger la santé et assurer la sécurité des travailleurs français en luttant contre la propagation du virus. Toutefois, là n'est pas sa seule fonction. En effet, bien que cette qualité soit relativement méconnue, le télétravail peut s'avérer être un outil permettant le maintien dans l'emploi des travailleurs (I). Il s'agit donc d'un mode d'organisation du travail bénéfique pour la santé et, ce quelle que soit la nature de l'élément déclencheur de cet état de santé (handicap, maladie, RPS, pandémie). Toutefois, des effets négatifs peuvent être assortis à l'utilisation du télétravail, malgré sa fonction première de protection (II).

I) Une organisation du travail bénéfique mais inhabituelle permettant le maintien dans l'emploi

Le télétravail permet aujourd'hui d'assurer la sécurité des travailleurs et pallier au risque de propagation d'un virus. Pourtant, cette organisation du travail peut être utilisée dans d'autres situations, notamment pour maintenir le salarié dans l'emploi. En effet, l'objectif est d'adapter l'emploi aux situations ne permettant pas à un salarié de travailler sur site, soit parce que sa santé ne le permet pas, soit parce que le poste ne le nécessite pas ou plus, et ainsi permettre à ce dernier de conserver son poste en modifiant son mode d'organisation du travail.

Pour protéger la santé d'un salarié, le médecin du travail peut le déclarer inapte à son poste de travail¹⁶⁶. Il délivre un avis d'inaptitude médicale et, à ce titre, peut donner des conseils d'aménagement du poste pour que le salarié conserve son emploi et ne soit pas licencié pour inaptitude en raison de l'impossibilité, pour l'employeur, de le reclasser. Le salarié peut, par exemple, être inapte à tout poste au sein des locaux de l'entreprise où il avait l'habitude de travailler. Si le poste nécessite, par exemple, un travail dans un bureau, avec un écran et une chaise, alors, sans contre-indication liée à un critère rendant impossible son utilisation (exemples : confidentialité, envoi de courriers), le télétravail peut être préconisé par le médecin¹⁶⁷. Le salarié inapte pourra alors conserver son emploi et continuer d'exercer ses missions depuis son domicile et ainsi éviter de risquer sa santé.

Il est à noter que l'employeur conserve une certaine liberté d'entreprendre et, à ce titre, peut refuser de répondre aux préconisations du médecin du travail selon lesquelles le salarié déclare inapte peut être placé en télétravail. En effet, il a déjà été jugé que l'employeur ne manque pas à son obligation d'adaptation et de reclassement pour inaptitude en refusant de mettre en place le télétravail, préconisé par le médecin du travail, malgré la conclusion d'un « protocole télétravail » auprès de l'Agefiph¹⁶⁸.

En effet, bien que le Code du travail¹⁶⁹ et la jurisprudence¹⁷⁰ imposent à l'employeur de prendre en considération les propositions émises par le médecin du travail, telles que les mutations ou transformations de postes, l'employeur peut refuser de mettre en place une telle mesure si cela ne correspond pas aux circonstances d'espèce¹⁷¹. Par exemple, il est logique qu'un salarié, qui occupe un poste tel que conducteur de bus dans une entreprise de transport, ne soit pas éligible au télétravail. L'employeur pourra refuser cette transformation de poste étant donné la nature de l'activité de l'entreprise et des fonctions occupées par le salarié avant son inaptitude.

Par conséquent, le télétravail peut être utilisé comme un moyen de maintenir les salariés dans leur emploi malgré des conditions d'organisation « différentes ». Cette mesure ne pourra être mise en place que si elle s'avère être en adéquation avec le poste occupé par le salarié et avec les

¹⁶⁶ Article L. 4624-4 du code du travail.

¹⁶⁷ Article L. 4624-3 du code du travail.

¹⁶⁸ CA Paris, 7 septembre 2016, n°14/06163.

¹⁶⁹ Article L. 4624-1 du code du travail.

¹⁷⁰ Cass, soc, 15 janvier 2014, n°11-28.898, NP.

¹⁷¹ Julia Gori, « Télétravail : points clefs », Les Cahiers du DRH, n°279, 1er octobre 2020.

circonstances dans lesquelles évolue l'entreprise. Tout compte fait, cette analyse revient à celle applicable au télétravail « pour tous », au télétravail applicable de manière générale dans l'entreprise : il faut que les fonctions du salarié soient adaptables au télétravail et il faut que l'activité de l'entreprise le permette (ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour les professionnels de santé devant réaliser certains actes médicaux en présentiel). En effet, le risque ici est de créer des situations discriminatoires. Il faut s'assurer que les critères utilisés, pour décider si tel ou tel salarié est éligible au télétravail, sont véritablement objectifs¹⁷². Sur ce point, l'avis du médecin du travail est un critère objectif à condition que l'employeur prouve également, de son côté, que le poste n'est pas compatible avec les préconisations données.

Outre le cas d'une inaptitude déjà prononcée, le télétravail peut également être utilisé dans le cadre de la reprise du travail après des difficultés de santé susceptibles de compromettre l'aptitude médicale au poste, et ainsi éviter le prononcé d'une inaptitude médicale. L'objectif est donc que le télétravail intervienne avant que le salarié ne soit déclaré inapte à son poste de travail et ainsi éviter, ou du moins diminuer, le risque pour ce dernier de perdre son emploi. C'est une mesure en amont, à la différence des préconisations du médecin du travail, pour permettre au salarié de reprendre son emploi dans des conditions adaptées à sa « rémission ». Les préconisations du médecin du travail peuvent donc intervenir dans plusieurs situations : les mesures individuelles d'aménagement de poste (exemple : préconisation du médecin du travail sans déclaration d'inaptitude)¹⁷³, les conclusions écrites ou les indications en matière de reclassement du salarié déclaré inapte¹⁷⁴, les propositions de mesures collectives visant à préserver les salariés contre un risque pour leur santé¹⁷⁵ (par exemple un risque chimique dans les entreprises classées comme étant « dangereuses »).

Toutefois, il semble nécessaire de relever que cette solution de maintien dans l'emploi est relativement peu utilisée, à tout le moins avant la survenance de la crise sanitaire. Cela explique donc le peu de jurisprudence rendue sur le sujet. Quelques unes ont traité notamment le fait que les médecins du travail s'autorisent parfois cette pratique de préconiser le recours au télétravail selon les situations qui leurs sont exposées¹⁷⁶. Mais ces hypothèses jurisprudentielles restent exceptionnelles.

¹⁷² Françoise Favennec-Héry, « Le télétravail : un régime juridique en construction », Semaine Sociale Lamy, n°1932, 7 décembre 2020.

¹⁷³ Article L. 4624-3 du code du travail.

¹⁷⁴ Articles L. 4624-4, L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail.

¹⁷⁵ Article L. 4629-9 du code du travail.

¹⁷⁶ CA Paris, 7 septembre 2016, n°14/06163.

Certains se posent tout de même la question de savoir si ces avis, ces recommandations du médecin du travail s'imposent à l'employeur¹⁷⁷. Ce dernier peut-il véritablement passer outre ces décisions en raison des contraintes auxquelles est exposée l'entreprise dans la mise en œuvre du télétravail, et ainsi refuser le télétravail au salarié concerné ? Selon le Code du travail, l'avis doit être précédé d'un échange avec l'employeur, ce dernier prenant seulement en considération les propositions du médecin et, s'il refuse de les mettre en place, justifie sa décision¹⁷⁸. Il est toutefois fortement recommandé aux employeurs de suivre les propositions du médecin du travail en cette période de crise sanitaire. Dans le cas contraire, l'employeur pourrait voir sa responsabilité engagée pour manquement à son obligation de sécurité envers ses salariés¹⁷⁹.

En effet, la jurisprudence a déjà considéré que l'employeur, en raison de son obligation de sécurité, devait se conformer aux préconisations du médecin du travail¹⁸⁰. Il ne serait donc pas impossible, dans les mois à venir, qu'un litige récemment ouvert sur le non-respect par l'employeur de mettre en place le télétravail suite aux préconisations du médecin du travail (par exemple pour un salarié détenant l'un des facteurs de risques pouvant aggraver les symptômes du coronavirus) conduise les juges à engager la responsabilité de l'employeur pour avoir outrepassé les règles applicables en période de crise, qui plus est préconisées par le médecin du travail.

Il semble ici qu'il y ait nécessité d'apporter un éclaircissement. Faut-il suivre à la lettre la législation, au risque d'être condamné par la jurisprudence en cas de contestation par le salarié de l'inapplication par l'employeur des mesures prescrites par le médecin du travail ? Ou faut-il suivre la jurisprudence, plus sévère et plus stricte en ce qui concerne la portée des avis et recommandations ? Il s'agit, là encore, d'une incertitude autour de l'utilisation possible ou non du télétravail. En sus, il s'agit d'une problématique née avant l'arrivée de la crise épidémique, ce qui démontre que le régime juridique du télétravail a vocation à être réformé, ou du moins, précisé.

Toujours dans l'hypothèse du reclassement, le télétravail peut être envisagé comme un outil d'aménagement du poste de travail du salarié dont le licenciement est envisagé pour motif économique¹⁸¹. L'objectif poursuivi ici serait de permettre au salarié de conserver son poste en

¹⁷⁷ Matthieu Babin, « Télétravail et santé : le risque à distance ? », La Semaine Juridique Social, n°38, 22 septembre 2020, 3018.

¹⁷⁸ Articles L. 4624-6 et L. 4624-9 du code du travail.

¹⁷⁹ Légisocial, « Le télétravail sur prescription du médecin du travail », fiche pratique, 16 octobre 2020

¹⁸⁰ Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-43.918, P ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-10.915, NP.

¹⁸¹ Article L. 1233-4 du code du travail.

l'adaptant aux nouveaux besoins de l'entreprise et ainsi éviter un licenciement. Néanmoins, se pose la question de savoir si l'absence de recherche de propositions de poste en télétravail constituerait un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement, comme tel avait été jugé par un Conseil de Prud'hommes¹⁸². Cette question est importante en cette période de crise tant sanitaire qu'économique, dans laquelle les entreprises sont confrontées à de nombreux obstacles financiers, les contraignant à prendre des mesures telles que des licenciements pour motif économique¹⁸³. Ainsi, un salarié ne peut être licencié pour motif économique que si tous les efforts de formation ou d'adaptation ont été réalisés et que le salarié ne peut être reclassé sur un emploi disponible au sein de l'entreprise ou du groupe¹⁸⁴. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que l'employeur doit justifier de l'impossibilité de reclasser le salarié en l'absence de poste disponible¹⁸⁵. Par conséquent, a priori, il appartient à l'employeur d'analyser toutes les solutions possibles pour éviter le licenciement du salarié, y compris le changement d'organisation du poste induit par le télétravail. Il pourrait donc être amené à être sanctionné s'il venait à ne pas envisager cette hypothèse.

Egalement, le télétravail peut également répondre au risque individuel dans l'hypothèse où le travailleur serait handicapé. En premier lieu, l'ANI du 19 juillet 2005 souhaitait que « *les possibilités offertes aux personnes handicapées sur le marché de l'emploi soient renforcées tant en matière d'insertion que de maintien dans l'emploi* »¹⁸⁶. L'idée était que les travailleurs handicapés soient moins impactés par l'obligation de travailler sur un site, dans un bureau, selon le modèle traditionnel du travail. Par l'utilisation du télétravail, les travailleurs handicapés peuvent être directement embauchés sous cette forme d'organisation du travail ou bien voir leur poste aménagé en fonction de cette dernière. Ainsi, ils pourraient bénéficier d'un lieu déjà adapté à leurs besoins avec de l'espace pour circuler ou du matériel et des aides à domicile nécessaires à leur vie quotidienne.

D'autre part, le télétravail peut également être perçu comme une solution facilitant l'organisation personnelle du travailleur souffrant d'un handicap temporaire mais ne bénéficiant pas d'un arrêt de travail. A ce titre, par exemple, un accord de l'entreprise Renault SAS relatif au télétravail à domicile prévoyait que « *exécuté de façon exceptionnelle par le personnel, en accord avec sa*

¹⁸² Cons. prud'h. Narbonne, sect. commerce, 11 févr. 2010, n° 08/00276.

¹⁸³ Revue de l'AGS, spécial crise Covid-19, n°29, mai 2020.

¹⁸⁴ Article L. 1233-4 du code du travail.

¹⁸⁵ Cass, soc, 21 novembre 2018, n°17-13.858, NP.

¹⁸⁶ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, Préambule.

*hiérarchie, le travail à domicile occasionnel a vocation à répondre à des situations inhabituelles ou d'urgence. Tel peut notamment être le cas (...) d'une blessure sans arrêt de travail limitant, pendant une période déterminée, les déplacements »*¹⁸⁷.

Le travailleur en situation de handicap dispose désormais d'un accès privilégié au travail à distance. Mis à part les débuts d'intronisation du travailleur handicapé dans la situation de télétravail par l'ANI du 19 juillet 2005, la loi du 8 août 2016 a posé les jalons d'un droit au télétravail à leur bénéfice, en vue notamment d'améliorer leurs conditions de travail¹⁸⁸. L'article L. 5213-6 du code du travail prévoit que l'employeur « *s'assure que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail* ». Toutefois, bien que cette obligation imposée soit bénéfique, elle ne semble pas pouvoir être pleinement appliquée en pratique, l'entreprise n'étant pas toujours adaptée à un tel aménagement (exemple : activités nécessitant des équipements non transportables ou nécessitant une présence physique)¹⁸⁹.

Ainsi, cette possibilité d'user du télétravail dans de telles circonstances permet à certaines entreprises de remplir leur obligation d'emploi de travailleurs handicapés¹⁹⁰ et à ces derniers d'obtenir un poste qu'ils n'auraient pas pu occuper si le télétravail n'avait pas été mis en place (locaux non adaptés par exemple, ou poste non ouvert dans les locaux mais ouvrable à distance).

Mais, malgré ses avantages non négligeables, l'utilisation du télétravail dans ces hypothèses reste très disparate. La crise sanitaire va-t-elle permettre au télétravail de se généraliser et d'ouvrir les réflexions sur une accentuation de son utilisation, notamment dans les hypothèses de reclassement ? Avec la survenance de la crise sanitaire, a été expérimentée, mais non découverte puisque prévue par les textes, l'utilisation du télétravail en période exceptionnelle. Est donc démontrée l'utilité d'un tel procédé, en dehors des seules hypothèses de reclassement et de handicap, encrant peut-être alors l'idée d'une généralisation de son utilisation, changeant alors l'organisation du travail. Le télétravail était donc déjà une idée émergente mais très peu utilisée, notamment en raison du nombre d'incertitudes existantes quant à son régime juridique. Et, son utilisation forcée, pour protéger la santé des travailleurs pendant l'épidémie, mais créant involontairement des effets néfastes, n'a pas arrangé cette défaillance.

¹⁸⁷ Avenant à l'accord Renault SAS relatif au télétravail à domicile, 22 juin 2010, art. 5.

¹⁸⁸ Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387.

¹⁸⁹ Sabrina Mraouahi, « Le (télé)travail, c'est la santé... ? », Les Cahiers Sociaux, n° 123h1, 1er juin 2018, p. 321.

¹⁹⁰ Article L5212-2 du code du travail.

II) Une organisation du travail protectrice mais forcée entraînant des risques psychosociaux

En cette période de crise sanitaire, le gouvernement et le corps médical ont prôné de développement du télétravail dans tous les cas où celui-ci est réalisable. Autrement dit, dès lors que les missions d'un poste peuvent être réalisées depuis le domicile du salarié, par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication, alors le télétravail devait être appliqué¹⁹¹. Le protocole sanitaire national applicable aux entreprises a donc, pendant plusieurs mois, demandé, si ce n'est exigé, que le télétravail devienne la règle autant que faire se peut en entreprise¹⁹².

Outre les interrogations sur la valeur de ce protocole, l'objectif de ce texte était de protéger les salariés d'une éventuelle contamination du virus, décuplée lorsque les individus viennent à se croiser et à échanger. Les salariés, en restant chez eux, se protégeaient et protégeaient également leurs proches, permettant ainsi d'enrayer le développement du virus. Une étude démontre que le risque de contamination diminuait de 20% pour les personnes en télétravail partiel (c'est-à-dire en ne réalisant que quelques jours de télétravail par semaine) et de 30% pour les personnes en télétravail à temps complet¹⁹³. En outre, le télétravail est également qualifié de « protecteur » dans la mesure où, en permettant aux salariés de travailler depuis leur domicile, ces derniers évitent alors le stress liés aux transports pour se rendre sur leur lieu de travail, ou peuvent décaler leurs horaires de travail pour mieux conjuguer leur vie personnelle avec leur vie professionnelle¹⁹⁴. Ainsi, le maître-mot est la protection de tous et, en entreprise, cela passe par l'utilisation du télétravail.

Toutefois, dans ces circonstances exceptionnelles, le télétravail a été appliqué de manière forcée. Alors qu'en principe, le double-volontariat s'applique¹⁹⁵, signifiant que le télétravail ne peut être mis en place que si le salarié et l'employeur ont donné leur accord, celui-ci a été écarté pour appliquer à la place une priorisation du respect de l'obligation de sécurité de l'employeur. De ce fait, ce dernier a pu imposer à ses salariés de télétravailler, sans obtenir leur accord. De fait, nombre de salariés ont expérimenté pour la première fois de leur vie le télétravail.

¹⁹¹ Mme Élisabeth Borne, ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, conférence de presse sur le maintien du télétravail 4 février 2021.

¹⁹² Ministère du travail et de l'emploi, Protocole sanitaire national, 29 octobre 2020, article 5.

¹⁹³ ComCor, « Etude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-CoV-2 », 1er mars 2021.

¹⁹⁴ Malakoff Humanis, « Le télétravail en France : Bilan et perspectives », étude, septembre 2020.

¹⁹⁵ Accord National Interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail, 26 novembre 2020, article 2.3.1.

Au fur et à mesure que la France (comme le reste du monde) traverse cette période exceptionnelle, le télétravail, perçu initialement comme *le* moyen de préserver la santé des acteurs de l'entreprise, se retrouve paradoxalement confronté à des effets pervers. Il est clairement affirmé et prouvé que le travail est vecteur de risques psychosociaux, ces derniers désignant les « *risques pour la santé mentale, physique et sociale engendrées par les conditions d'emploi et les facteurs organisationnels et relationnels susceptibles d'interagir avec le fonctionnement mental* »¹⁹⁶. Et le télétravail ne fait pas exception.

D'un côté, il améliore de nombreux aspects de la vie professionnelle et de la vie personnelle des salariés. Par exemple, selon une enquête du CHU de Nice, les télétravailleurs sondés affirment qu'ils sont moins fatigués (gagnent du temps de sommeil) et moins stressés (notamment par les transports). Ils sont moins dérangés ou interrompus intempestivement par des collaborateurs faisant irruption dans leur bureau¹⁹⁷.

D'un autre côté, le télétravail révèle de nouvelles formes de risques psychosociaux, ou du moins, en consolident des préexistantes. Par exemple, selon une étude du Ministère du travail, de l'emploi et de la santé¹⁹⁸, certains témoignent d'un éloignement du collectif de travail, se traduisant par un sentiment d'isolement, que même les appels téléphoniques et les échanges de mails ne permettent pas d'atténuer. Aussi, une hyper-connexion est relevée, les télétravailleurs sondés travaillent davantage que s'ils avaient été dans les locaux de l'entreprise (parfois jusqu'à une heure et demie de plus). Il est en effet plus facile, depuis son domicile, de rester connecté et de dépasser ses horaires de travail. Ces risques sont de nature à pouvoir entraîner des pathologies graves, des troubles musculo-squelettiques ou des maladies cardio-vasculaires¹⁹⁹.

Autre fait surprenant, a été relevé une diminution drastique de l'absentéisme pour accidents de travail²⁰⁰. A première vue, il s'agit d'une conséquence favorable : les salariés sont moins sujets à certains risques. D'ailleurs, par l'usage du télétravail, le nombre de salarié tombant malade²⁰¹, et étant notamment contaminés actuellement par le virus de la Covid-19, diminue largement dans les

¹⁹⁶ DARES, « Les risques psychosociaux au travail », analyses, avril 2014, n°031.

¹⁹⁷ INRS, « Evaluation de l'impact psychologique du télétravail », Références en santé au travail, mars 2020, n°161

¹⁹⁸ « Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser », Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des RPS au travail, p. 81 à 115.

¹⁹⁹ Corine Potier et Olivier Mambré, « Comment prévenir les risques psychosociaux en télétravail ? », Hebdo édition sociale, n°842 du 5 novembre 2020.

²⁰⁰ Malakoff Humanis, « Baromètre annuel Absentéisme Maladie 2020 », étude de perception Ifop, 16 novembre 2020.

²⁰¹ Réhalto-WPO, « Baromètre sur les arrêts de travail », BVA, 5 septembre 2019.

entreprises²⁰², diminuant également le nombre d'arrêt à ce titre. Toutefois, il a également été relevé, en parallèle, que le taux d'absentéisme restant ne relève pas majoritairement des accidents de travail mais de pathologies (et notamment dépression, stress...). Cela signifie que certes, le télétravail protège la santé physique des salariés mais semble accentuer les risques sur la santé psychologique de ces derniers.

En effet, alors qu'il était censé protéger la santé des travailleurs, le télétravail a pourtant engendré des effets nocifs sur certains salariés. Stress, isolement, hyper-connexion²⁰³, ce mode d'organisation du travail a accentué d'autres facteurs de risques du travail, créant une certaine méfiance quant à son utilisation. Ces effets négatifs ne découlent pas forcément de la situation forcée du télétravail mais peuvent en être une conséquence. Certains salariés ont expérimenté le télétravail pour la première fois et, alors qu'une partie l'accepte sans difficulté et se dit prête à en généraliser l'utilisation, une autre partie s'est retrouvée confrontée à des conséquences auxquelles ils ne s'attendaient pas²⁰⁴.

Bien que chaque sentiment soit subjectif et propre à chacun, plusieurs points communs sont ressortis des enquêtes réalisées auprès des salariés et notamment : sentiment d'isolement, manque de communication avec l'entreprise, sentiment d'abandon de sa hiérarchie, perte de motivation, impossibilité de conjuguer la vie privée avec la vie personnelle ou encore non-respect du droit à la déconnexion²⁰⁵. L'utilisation massive du télétravail a ainsi permis de mettre en exergue les risques psychosociaux pouvant découler d'une telle organisation du travail.

Cette apparition de nouveaux risques psychosociaux révèle une nouvelle difficulté pour l'employeur : leur prévention. Ce dernier doit mettre à jour régulièrement le document unique d'évaluation des risques²⁰⁶, afin d'adapter les mesures de santé et de sécurité mises en place au sein de l'entreprise. Notamment, il devra y insérer les risques découlant du télétravail. Or, comment prévenir des risques qui sont à l'heure actuelle inconnus, ou en tous les cas, mal maîtrisés ? En

²⁰² ComCor, Institut Pasteur et CNAM, « Etude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-COV-2 », Flash Presse, 9 mars 2021.

²⁰³ Sophie Fantoni-Quinton, « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », Droit social 2021, p.128.

²⁰⁴ Arthur Lampert, « Le télétravail, outil de gestion de crise. Et après ? », La semaine juridique social, n°38, 22 septembre 2020, act. 360.

²⁰⁵ Sabrina Mraouahi, « Le (télé)travail, c'est la santé... ? », Les cahiers sociaux, n°123h1, 1er juin 2018, p.321.

²⁰⁶ Articles L. 4121-3 et R. 4121-1 du code du travail.

effet, comme le disait Sabrina Mraouahi, « *prévenir, c'est avant tout connaître* »²⁰⁷. Pour identifier et évaluer les risques, il est nécessaires de les avoir déjà « subis », de les avoir déjà vus se produire. Or, les risques liés au télétravail n'apparaissent véritablement que depuis qu'il a été mis en place de manière généralisée, c'est-à-dire depuis le mois de mars 2020. Il est donc trop tôt pour mesurer leur portée et leur importance.

Il faudra davantage de temps et une utilisation prolongée pour maîtriser plus amplement ce nouveau procédé, en en connaissant à la fois les effets positifs mais également les effets négatifs. En ayant connaissance de ces derniers, il va être possible, pour les entreprises, de les prendre en compte et de pouvoir mettre en place des solutions adaptées pour les prévenir, ou à tout le moins, les limiter.

Il s'agit d'une obligation prise très au sérieux par la jurisprudence, notamment en cette période d'épidémie. Pour illustration, il a été jugé par ordonnance que La Poste doit se conformer à son obligation de mettre à jour son document unique d'évaluation des risques, en intégrant notamment les « *risques psychosociaux résultant de l'épidémie* »²⁰⁸. Il s'agit donc clairement d'une obligation, nécessaire pour permettre à l'entreprise de prendre en compte les risques auxquels sont confrontés ses salariés, d'autant plus en situation de télétravail, ses utilisateurs étant parfois « oubliés » par rapport aux salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise.

Egalement, une autre ordonnance a ordonné à l'entreprise Amazon de « *procéder, en y associant les représentants du personnel, à l'évaluation des risques professionnels inhérents à l'épidémie de Covid-19 sur l'ensemble de ses entrepôts* »²⁰⁹, décision par ailleurs confirmée par la cour d'appel de Versailles²¹⁰. Dans son arrêt, le tribunal a affirmé « *qu'il est particulièrement nécessaire que cette évaluation rende compte des effets sur la santé mentale induits notamment par les changements organisationnels incessants (modification des plages de travail et de pause, télétravail, ...), les nouvelles contraintes de travail, la surveillance soutenue mise en place quant au respect des règles de distanciation et les inquiétudes légitimes des salariés par rapport au risque de contamination à tous les niveaux de l'entreprise* ». De fait, la loi insiste sur le fait que tous les travailleurs, sur site ou

²⁰⁷ Sabrina Mraouahi, « Le (télé)travail, c'est la santé... ? », Les Cahiers Sociaux, n° 123h1, 1er juin 2018, p. 321.

²⁰⁸ TJ de Paris, Référé, 9 avril 2020, n° 20/52223.

²⁰⁹ TJ de Nanterre, Référé, 14 avril 2020, n° 20/00503.

²¹⁰ Cour d'appel de Versailles, 24 avril 2020, n° 20/01993.

à domicile, doivent bénéficier des mêmes garanties et de la même protection²¹¹ contre les risques qu'ils pourraient subir en raison de l'utilisation de ce nouveau mode d'organisation du travail.

Aussi, il ressort de cette dernière ordonnance que l'entreprise doit s'organiser en étant étroitement liée avec les institutions représentatives du personnel (s'ils existent), pour adopter des solutions adaptées permettant aux salariés placés en télétravail de bénéficier des mêmes conditions de travail que les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise. Par exemple, l'accord collectif est le moyen offert aux entreprises pour mettre en place le télétravail en concertation et après négociations avec les institutions représentatives du personnel. Ce sera avec elles que l'employeur devra mettre en place les mesures adaptées à chaque poste télétravaillable. Bien sûr, d'autres acteurs de la prévention des risques pourront, une fois le télétravail mis en oeuvre, aider l'employeur à prendre les mesures nécessaires pour garantir aux salariés une protection physique et mentale dans la réalisation de leurs fonctions, tel que le médecin du travail ou le psychologue du travail²¹².

En tant que débiteur d'une obligation de sécurité, l'employeur se doit d'adapter ce mode d'organisation du travail aux besoins des salariés. Cette dernière ne s'applique pas seulement à l'environnement de travail du télétravailleur, il s'applique également au fait de mettre en oeuvre tout ce qui est possible pour préserver la santé et la sécurité des travailleurs, y compris leur santé psychologique²¹³. De fait, pour répondre à toutes ces exigences, l'employeur pourrait décider de recourir à l'accord collectif d'entreprise mettant en place le télétravail. En effet, cette méthode permettrait d'allier plusieurs acteurs de la relation de travail, de recueillir différents points de vues (à la fois de l'employeur et des salariés) pour préserver l'intérêt de tous. Dans cet accord, pourront être prévues des mesures de prévention de certains risques telles que des visites médicales régulières, pour s'assurer que le télétravailleur se sent bien dans son travail, ou encore établir un contact régulier avec le télétravailleur²¹⁴ pour maintenir le lien social. De surplus, cet accord pourra prévoir des solutions adaptées en cas de réalisation de ces risques, telles que la réversibilité du télétravail en cas d'inadéquation avec les intérêts du salarié ou de l'employeur ou encore le suivi psychologique du salarié par un médecin spécialisé.

²¹¹ Article L. 1222-9 du code du travail.

²¹² Article L. 4622-1 du code du travail.

²¹³ CJUE, 15 novembre 2001, Commission c/ République Italienne, aff. C-49/00.

²¹⁴ INRS, « Du télétravail imposé en situation exceptionnelle à un télétravail qui se prolonge », Dossier Covid-19 et prévention en entreprise. , 2021.

L'accord collectif sera, *in fine*, une action alliant le dialogue social et prônant l'équilibre entre les intérêts de chacun. D'ailleurs, de nombreuses entreprises ont décidé de recourir à cette méthode de mise en place du télétravail. En effet, entre le début de la crise sanitaire et novembre 2020, 1 474 accords d'entreprises sur le télétravail ont été signés²¹⁵.

Le télétravail a donc été imposé dans les entreprises en cette période de crise sanitaire. Accueilli de manière favorable par de nombreux acteurs dans un premier temps, son utilisation pérennisée a, par la suite, révélé certains effets pervers non négligeables. Il revient alors à l'employeur, en lien avec son obligation de sécurité, de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les risques psychosociaux, tant dans les locaux de l'entreprise qu'à domicile. Le télétravail est encore relativement récent dans le fonctionnement des entreprises, ce qui signifie que les solutions mises en place ne sont qu'à l'état de test, les acteurs de l'entreprise ne trouvant aucune réponses dans les sources du télétravail. C'est pourquoi, alors que son régime juridique semble devenu obsolète ou du moins incomplet, la volonté de réformer ce dernier se développe dans les esprits.

²¹⁵ Corine Potier et Olivier Mambré, « Comment prévenir les risques psychosociaux en télétravail ? », Hebdo édition sociale, n°842 du 5 novembre 2020.

Chapitre 2 : l'utilisation favorablement accueillie du télétravail révélatrice de la nécessaire réforme d'un régime juridique obsolète

Le télétravail a été favorablement accueilli lors de sa mise en place au début de la pandémie. Une grande majorité des acteurs du monde de l'entreprise y trouvaient leur compte : gain de temps liés à l'absence de prise de transport, obligation de sécurité respectée (du moins quant à la protection des salariés contre le virus)... Néanmoins, cette utilisation généralisée a fait naître ou a renforcé les lacunes du régime juridique actuellement applicable au télétravail, notamment au regard des évolutions économiques, sociales et sociétales intervenues au cours de cette année charnière (I). Cette obsolescence a fait germer les réflexions autour d'une refonte de ce régime juridique, afin que le télétravail puisse être applicable de manière pérenne et sécurisée (II).

I) Une obsolescence issue de la naissance d'enjeux économiques et sociaux méconnus

La mise en place généralisée du télétravail a largement fait l'unanimité auprès des travailleurs (salariés comme employeurs). Mode d'organisation du travail encore très peu utilisé, il s'est, en l'espace d'une année, avéré être perçu comme « l'avenir » du travail²¹⁶, ceci après quelques améliorations. En effet, de nombreux points positifs ont été relevés par ses utilisateurs.

Tout d'abord, pour les salariés, une meilleure conciliation de la vie personnelle avec la vie professionnelle a été relevée²¹⁷. Les travailleurs ont pu organiser leur journée différemment pour répondre à leurs obligations personnelles telles qu'emmener leurs enfants à l'école, ou encore se rendre à un rendez-vous médical. Ils pouvaient ainsi décaler leurs horaires de travail et harmoniser leur temps du mieux possible, chose qui n'était pas forcément possible dans le cadre du travail « traditionnel » où l'horaire de travail est généralement fixe (par exemple : de 9 heures à 18 heures).

De même, le télétravail a permis à de nombreuses personnes d'économiser le temps de transport qu'ils auraient dû avoir s'ils s'étaient rendus dans les locaux de leur entreprise. L'on pense, par exemple, aux travailleurs d'Ile de France (ou à d'autre métropole française), zone géographique très impactée par les temps de transport parfois pharamineux pour se rendre d'un point A à un point B,

²¹⁶ Elsa Cuisinier, « Après la crise, quelle place pour le télétravail ? », Revue pratique de la prospective et de l'innovation, n°2, Octobre 2020.

²¹⁷ Malakoff Humanis, « Le télétravail en France - Bilan et perspectives », étude de septembre 2020, p.11.

pourtant espacés de seulement quelques kilomètres. En moyenne, les habitants d'Île de France déclarent passer plus d'une heure par jour dans les transports²¹⁸. De fait, en permettant de travailler depuis son domicile, le télétravail a offert la possibilité à ses utilisateurs de gagner le temps qu'ils auraient mis dans les transports en temps personnel²¹⁹. Ainsi, l'anxiété liée au fait de ne pas arriver à l'heure au bureau diminue. Aussi, le coût engendré par les transports se retrouve considérablement réduit, les salariés ne devant plus se rendre tous les jours sur site.

Pour les employeurs, le télétravail a parfois été synonyme d'une amélioration du rendement de leur entreprise. En effet, une majorité de salariés se sont sentis plus productifs en travaillant de chez eux, plus à l'aise avec leur travail, notamment par une organisation adaptée à leurs besoins. Ainsi, bien que l'épidémie ait impacté drastiquement l'économie des entreprises, leur production, elle, est restée relativement stable²²⁰. Les employeurs, pour la plupart sceptiques quant à la mise en place du télétravail, se sont surpris à le prôner de manière durable dans leurs entreprises et à instaurer des accords collectifs pour le cadrer²²¹.

De même, les entreprises ont pu remarquer une baisse de l'absentéisme de leurs employés pour maladie ou accident du travail. Sans compter les arrêts liés au virus, les employeurs ont pu constater que leurs salariés étaient en meilleure santé, et étaient moins sujets aux autres virus impactant habituellement la population (grippe, angine...) ²²². Les accidents du travail se sont également vus diminués, les salariés travaillant dans des conditions moins propices aux chutes, par exemple liées aux nombreux escaliers dans les locaux des entreprises. Logiquement, les chiffres liés aux accidents de trajets ont été revus à la baisse, les salariés ne se rendant quasiment plus sur leur lieu de travail.

Par ailleurs, au regard de l'absence d'occupation prolongée des bureaux pendant la pandémie, et qui semblerait par ailleurs être prolongée après la crise avec une utilisation pérenne du télétravail, les entreprises ont pu réduire également leurs coûts grâce à la diminution des surfaces de travail. En effet, les employeurs ont résiliés certains de leurs baux immobiliers²²³, certains bureaux étant inutilisés depuis de nombreux mois. Vrai gouffre financier, les employeurs ont ainsi pu réduire la

²¹⁸ Salesforce, « Les salariés et la mobilité », étude BVA, septembre 2018.

²¹⁹ Patrice Tissandier et Sophie Mariani-Rousset, « Les bénéfices du télétravail : mobilité modérée : réduction du stress et des émissions de gaz à effets de serre », Revue francophone sur la santé et les territoires, 2019.

²²⁰ Malakoff Humanis, « Le télétravail en France - Bilan et perspectives », étude de septembre 2020, p.18.

²²¹ Base de données accords d'entreprise - Télétravail, Légifrance.

²²² Malakoff Humanis, « Baromètre annuel Absentéisme Maladie 2020 », étude de perception Ifop, 16 novembre 2020.

²²³ Nicolas Kirilowits, « Le télétravail devrait faire baisser la demande de l'immobilier de bureaux », Les Petites Affiches, 11 mars 2021, n°159n5, P.3.

location des surfaces de travail et vont même jusqu'à imaginer des bureaux « tournants » où « valoriser l'aspect social et le travail collaboratif » seront les maîtres mots²²⁴. Les salariés se partageraient leur surface de travail en fonction de l'organisation de télétravail prévue au sein de l'entreprise.

Aussi, l'avantage certain pour les entreprise en mettant en avant le télétravail est l'image qu'elles renvoient au « monde extérieur ». En effet, le télétravail est relativement favorablement accueilli par une majorité de travailleurs. En le mettant en place, l'employeur s'assure du bien-être de ses salariés, en satisfaisant à leur volonté²²⁵ d'« autonomisation », et d'« harmonisation » dans leur vie professionnelle et leur vie privée. De fait, les salariés sont heureux de travailler dans leur entreprise et pourront véhiculer ce ressenti autour d'eux, et donc à l'extérieur de l'entreprise, créant alors un climat de confiance et de positivité pour l'entreprise. Egalement, en permettant à ses salariés de ne pas venir constamment sur site, l'entreprise contribue à réduire l'impact environnemental lié aux transports. Elle répond donc davantage à sa responsabilité sociale, environnementale et sociétale par le biais du télétravail²²⁶, renforçant son image extérieure, à l'époque où l'environnement est au cœur des discussions.

Au niveau gouvernemental, le télétravail a permis, prioritairement, d'éviter un grand nombre de contamination au coronavirus pour les travailleurs²²⁷, réduisant également la propagation de ce virus, en parallèle des autres mesures instaurées (confinement, couvre-feu...). De fait, le télétravail a permis d'assurer la protection de la santé et garantir la sécurité d'un maximum de citoyens, raison pour laquelle ce mode d'organisation du travail a été « imposé » par le gouvernement pour faire face à la pandémie connue actuellement²²⁸. D'ailleurs, il a été récemment rappelé par le ministère du travail que même si la propagation du virus semblait en recul, il ne fallait pas pour autant réduire l'utilisation du télétravail, ce dernier restant une solution à favoriser en entreprise²²⁹. Le gouvernement a donc pu, grâce à cette mesure, réduire l'impact de la crise sanitaire, d'une ampleur

²²⁴ Eugénie Deloire, « Le marché des bureaux se projette dans l'ère de l'après-COvid », Quotidien Libération, dossier théma, 23 mars 2021.

²²⁵ Malakoff Humanis, « Le télétravail en France - Bilan et perspectives », étude de septembre 2020, p.9.

²²⁶ Lydia Hamoudi, « Mettre en place le télétravail pour protéger l'environnement », Bulletin Joly Travail, 1er novembre 2019, n°112j0, p. 56.

²²⁷ ComCor, « Etude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-CoV-2 », 1er mar 2021.

²²⁸ Ministère du travail, « Protocole national pour assurer santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour du 8 avril 2021.

²²⁹ Ministère du travail, « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour du 30 juin 2021.

déjà conséquente, et permettre à l'économie du pays de perdurer en offrant aux entreprises une solution garantissant la continuité de leur activité au domicile des salariés (dès lors que le poste est compatible avec le télétravail).

Par ailleurs, le télétravail a offert la possibilité de réduire de manière importante l'impact environnemental du pays. En effet, le déplacement de millions de français pour se rendre sur leur lieu de travail impacte de manière conséquente l'environnement et des solutions essayaient d'être apportées telles que l'utilisation de voitures électriques ou encore l'instauration de certificats qualité de l'air, aussi appelés « Crit'Air »²³⁰. Toutefois, ces solutions restaient à la marge. Avec la mise en place généralisée du télétravail, a été observée une diminution du trafic routier, et par conséquent, une diminution de la pollution²³¹. A l'heure où l'environnement est au coeur des discussions gouvernementales, réunissant de nombreux « sommets » pour réduire drastiquement la pollution de chaque pays, le télétravail pourrait contribuer à être l'une des solutions pour répondre aux nouvelles exigences environnementales imposées aux pays.

Ainsi, de nombreux avantages ont pu être relevés à la suite de l'utilisation massive du télétravail. Pourtant, véritablement instauré dans les textes depuis l'ANI du 19 juillet 2005²³², le télétravail n'a connu un essor qu'en 2020. Le régime juridique mis en place quinze années auparavant est-il toujours applicable aux nouvelles considérations de la génération actuelle ainsi qu'aux nouvelles exigences du droit du travail ? Il semble avoir été répondu par la négative en 2020, les partenaires sociaux ayant décidé de conclure un nouvel ANI²³³. L'objectif était d'améliorer le cadre juridique du télétravail en y apportant des modifications en fonction des retours d'expérience vécues depuis le début de la crise. Et pourtant, nombreux ont été déçus des apports de ce nouveau texte²³⁴. Loin de préciser le cadre général de mise en place du télétravail, l'ANI ne fait que reprendre en grande partie les dispositions déjà existantes en la matière.

Effectivement, ces dispositions préexistantes semblent, pour certaines, devenues obsolètes en raison des nouvelles problématiques apparues lors de la crise sanitaire. En effet, avec l'utilisation massive du télétravail, sont apparus des interrogations quant à son mode obligatoire ou non de mise en place

²³⁰ Article R. 318-2 du code de la route.

²³¹ ADEME, « Télétravail, (im)mobilité et modes de vie », étude, juin 2020.

²³² Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail.

²³³ Accord National Interprofessionnel pour une mise en oeuvre réussie du télétravail, 26 novembre 2020.

²³⁴ Marc Véricel, « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », Revue de droit du travail 2021? P. 59.

et les spécificités y afférent, concernant l'obligation de sécurité incombant à l'employeur, la prise en charge des frais professionnels, le statut du télétravailleur ou encore les risques psychosociaux engendrés par le télétravail. Logiquement, ces interrogations ne sont pas apparues dès les premiers instants suivant la mise en place de l'ANI du 19 juillet 2005 ou les lois qui ont suivi. Le télétravail n'était que très peu utilisé, et encore moins de manière formelle et officielle²³⁵. De fait, ces conséquences n'ont pas été relevées. Et c'est à travers la survenance du télétravail de masse qu'ont été révélées très rapidement les lacunes de son régime juridique.

Les avis divergent quant à l'hypothèse selon laquelle le télétravail sera instauré dans les mentalités à la suite de la crise sanitaire, certains estimant qu'il s'agit d'un phénomène exceptionnel, tandis que d'autres y voient un renouveau avec une généralisation du télétravail²³⁶. Pour les premiers, comprendre et adapter les règles du télétravail ne seraient pas véritablement faisable à l'heure actuelle, puisque cela engendrerait de nombreux changements dans les entreprises au niveau managérial, culturel et social²³⁷. Pour eux, le télétravail est appliqué pour répondre à la demande du gouvernement et à l'obligation de sécurité incombant à l'employeur, comme le dispose le Code du travail « *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* »²³⁸.

Néanmoins, les deuxièmes penseurs²³⁹ estiment qu'il est opportun de ne pas revenir totalement à une organisation traditionnelle du travail. Effectivement, la grande majorité des salariés ont bénéficié de nouvelles normes de travail pendant de nombreux mois, normes très majoritairement bénéfiques pour eux, tant au niveau professionnel que personnel. De fait, une simple réorganisation, une réadaptation du régime juridique du télétravail est nécessaire. Il apparaît en effet inconcevable de poursuivre l'utilisation du télétravail dans cette incertitude. Certes, s'il est mis en place par accord collectif, les règles sont négociées et décidées au sein même de l'entreprise. Toutefois, en ce

²³⁵ Frédérique Chopin, « Le télétravail en 2018 : quels enjeux ? », La Gazette du Palais, 5 juin 2018, n°323z8, p.59.

²³⁶ Damien Bondat, « D'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? », Les petites affiches, 9 décembre 2020, n°157v4, p.6.

²³⁷ Frank Zorn, « La crise sanitaire renforce le télétravail mais ne le consacre pas », Les petites affiches, 6 août 2020, n°155s4, p.3.

²³⁸ Article L. 1222-11 du code du travail.

²³⁹ Arthur Lampert, « Le télétravail, outil de gestion de crise. Et après ? », La semaine juridique social, n°38, 22 septembre 2020, acte. 360.

qui concerne les règles « socles », les règles « de base » obligatoires en matière de télétravail, une mise à jour est effectivement nécessaire.

De manière générale, il est nécessaire d'anticiper cette organisation du travail, pour prévenir les risques y afférent (hyper-connexion, sédentarité, addiction...). Or, au regard des règles applicables au télétravail, une telle anticipation n'est pas évidente, certains estimant même que « *les incertitudes qu'elle (la prévention) génère constituent un potentiel frein à la mise en oeuvre du télétravail* »²⁴⁰. Toutes ces incertitudes quant au régime juridique du télétravail amènent donc à réfléchir quant à une utilisation pérenne et sécurisée du télétravail.

II) Une arborescente réflexion autour d'une utilisation pérenne et sécurisée

Au regard des évolutions qui ont pu être relevées ces derniers mois, avec la mise en place généralisée du télétravail, des réflexions se sont formées sur la nécessité d'opérer une réforme du régime juridique de ce mode d'organisation du travail. En effet, les règles applicables au télétravail ont été créées il y a de nombreuses années, en réponse à l'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication²⁴¹. Il s'agissait d'une méthode relativement nouvelle en France puisqu'il n'y avait pas de recul tant sur les effets du télétravail que sur ceux des NTIC. Mais, la nécessité d'encadrer le télétravail est apparue, même s'il n'était que rarement utilisé, afin d'avoir une base légale et ainsi éviter les dérives éventuelles²⁴² et situations d'abus de droit. Un régime juridique a alors été instauré, à tâtons, essayant tant bien que mal de prévenir les éventuels aléas d'un tel mode d'organisation du travail.

L'objectif de l'époque était d'encadrer, dans la mesure du possible et avec les moyens et connaissances acquis à ce moment-là, l'utilisation du télétravail qui n'avait jusqu'alors aucun fondement textuel²⁴³. Ceci s'expliquait par la perpétuelle utilisation de l'organisation classique du travail. En effet, depuis longtemps, la conception du travail est celle selon laquelle l'activité est réalisée dans les locaux de l'entreprise, selon une organisation traditionnelle, sous la supervision de

²⁴⁰ Damien Bondat, « D'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? », Les petites affiches, 9 décembre 2020, n°157v4, p.6.

²⁴¹ Jean-Emmanuel Ray, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail », Droit social 1996, p.121.

²⁴² Yves Lafargue, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Revue de droit du travail 2013, p.9.

²⁴³ Gilles Dedessus-le-Moustier, « Travail à domicile et télétravail », Répertoire de droit du travail, octobre 2013, actualisation juin 2018, p.38 à 41.

l'employeur, dont les salariés ne veulent plus aujourd'hui²⁴⁴. En parallèle, la progression du recours au télétravail a longtemps été entravée par « *une culture d'entreprise valorisant le « présentisme » et par une image (réelle ou imaginaire) dégradée du télétravailleur* »²⁴⁵.

Cette opinion est notamment démontrée par une étude de la DARES réalisée en 2003²⁴⁶, dans laquelle il en est ressorti que seulement 2 % de salariés étaient télétravailleurs à domicile et 5 % étaient travailleurs nomades. Ces chiffres montrent bien le rare recours au télétravail, les mentalités n'ayant pas encore, à l'époque, évolué vers les nouvelles formes d'organisation du travail. De ce fait, les règles du télétravail ont été construites au début des années 2000, afin d'apporter un minimum de règles à ce phénomène qui n'était pourtant pas si récent dans le monde²⁴⁷.

Le premier texte français régissant le télétravail fût l'ANI sur le télétravail, conclu en 2005, c'est-à-dire il y a plus de quinze ans. Le télétravail n'étant à ce moment que peu répandu, les règles créées étaient convenables et utilisables, bien qu'au fil du temps, elles se soient retrouvées insuffisantes face à certaines situations. Autrement dit, l'ANI conclu en 2005 répondait aux attentes de l'époque. Il a apporté un cadre précis au télétravail, tout en donnant des précisions sur ses modalités de mise en place. Les entreprises et les télétravailleurs avaient alors un moyen de voir leurs conditions améliorées. Mais, ce n'est qu'avec la loi du 12 mars 2012 que le télétravail a véritablement bénéficié d'un statut juridique, avec l'introduction de quelques règles et principes dans le code du travail²⁴⁸. A son tour, l'ordonnance du 22 septembre 2017 est venue préciser les modalités de mise en place du télétravail, apportant ainsi une place primordiale à la négociation collective²⁴⁹, pour permettre aux entreprises de créer, au plus proche de leurs spécificités et besoins, un cadre approprié au télétravail.

Cependant et malgré ces différents textes, les lacunes du régime juridique du télétravail ont été renforcées par la crise sanitaire et l'utilisation massive du télétravail. C'est pourquoi les partenaires sociaux se sont réunis pour rédiger un nouvel ANI, le 26 novembre 2020. Leur objectif était certainement d'apporter précisions et éclaircissements sur certains pans du télétravail, jusqu'alors inexplorés par les précédents textes qui se sont emparés du sujet. Ainsi, ont été pris en compte des

²⁴⁴ Kaspersky, « Securing the future of work », étude mondiale, octobre 2020.

²⁴⁵ Léa Lejeune, « Télétravail : home à tout faire », enquête du quotidien Libération, dossier EcoFutur, 11 novembre 2012.

²⁴⁶ DARES, « Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? », Analyses, novembre 2019, n°051.

²⁴⁷ Clément RACT, « Les nouvelles pratiques managériales associées au télétravail », mémoire, Kedge Business School, p.12.

²⁴⁸ Yves Lafargue, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Revue de droit du travail 2013, p.9.

²⁴⁹ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

retours d'expériences d'entreprises mais également de salariés sur leur premier essai significatif du télétravail, survenu en mars 2020²⁵⁰.

En quinze ans, de nombreux changements sont survenus, tant au niveau social que technologique. Le législateur et les partenaires sociaux ont essayé de moderniser le cadre du télétravail. Et, jusqu'à aujourd'hui cela fonctionnait, puisque peu de questions se posaient sur ses modalités de mise en place et ses effets. Ainsi, comme une personne qui est en bonne santé avant de tomber malade, le télétravail ne subissait pas (ou peu) d'obstacles dans sa mise en oeuvre avant qu'il ne soit « préconisé » de manière massive en 2020²⁵¹ et ne soit heurté par une remise en cause d'ampleur.

Les règles rédigées se sont retrouvées inadaptées à l'époque actuelle, les technologies de l'information et de la communication ayant modifié la manière de prendre en compte les risques psychosociaux en comparaison des premières mesures instituées en la matière²⁵². La crise sanitaire a permis au télétravail de se créer une place dans le monde de l'entreprise et de bouleverser le mode d'organisation traditionnel du travail. En effet, les recommandations sanitaires prônent l'instauration du télétravail dans toutes entreprises, dès lors que la nature du poste et de l'activité le permet²⁵³. Il a donc été question, pour un très grand nombre de travailleurs mais également d'employeurs, d'expérimenter le télétravail au quotidien et ce, sur le long terme.

Par cette utilisation, les acteurs économiques et sociaux ont pu forger leur opinion sur ce procédé. Outre les aspects sur la santé, sur l'environnement ou encore sur l'économie, les réflexions se sont également et surtout axées sur le régime juridique applicable au télétravail.

L'incertitude autour du télétravail naît donc, a priori, hormis les effets sur le long terme sur ses utilisateurs, de la multitude de textes applicables. Aujourd'hui, quatre régimes de télétravail sont applicables²⁵⁴, de par les quatre textes le régissant et ne donnant parfois pas les mêmes règles à suivre : l'ANI étendu du 19 juillet 2005, la loi du 22 mars 2012, elle-même étant modifiée par l'ordonnance du 22 septembre 2017 et l'ANI du 26 novembre 2020. Et, aux côtés de ces quatre

²⁵⁰ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Droit social 2021, p.236.

²⁵¹ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Droit social 2021, p.236.

²⁵² Loïc Lerouge, « Droit des risques psychosociaux au travail », Répertoire de droit du travail, avril 2021, p.48.

²⁵³ Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », actualisé le 18 mai 2021, p.5.

²⁵⁴ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », Droit social 2021, p.236.

régimes juridiques du télétravail, doivent être opposés deux régimes de mise en place du télétravail : l'un en circonstances exceptionnelles et l'autre en circonstances « normales ». Comment, dès lors, ne pas perdre le fil et appliquer des règles logiques ?

La doctrine s'est essayée à analyser les points forts et les points faibles des réformes du régime juridique du télétravail, afin de mettre en exergue les éléments qui devraient bénéficier d'une modification voire d'une consécration textuelle. Ainsi, certains estiment que l'ANI du 19 juillet 2005 apporte une base relativement large au télétravail²⁵⁵. Ensuite, d'autres ont jugé que la loi de 2012, qui a accordé un statut juridique au télétravail en le faisant entrer dans le code du travail, n'a pas réellement eu d'autre effet que celui-ci. Les salariés restaient davantage protégés par l'ANI du 19 juillet 2005 que par cette nouvelle loi. Le régime juridique du télétravail restait embryonnaire (seulement envisagé par l'ANI)²⁵⁶. Certains auteurs ont ensuite décrit la réforme intervenue par l'ordonnance du 22 septembre 2017 comme ayant essentiellement eu pour fonction de « gommer » les rares garanties que prévoyait le Code du travail, telle la prise en charge des frais de travail, ceci dans un souci de rendre le nouveau régime aussi peu contraignant que possible²⁵⁷.

Par conséquent, nombreux ont attendu avec impatience la conclusion de l'ANI du 26 novembre 2020, afin de voir encadré plus efficacement le télétravail en cette période exceptionnelle de crise sanitaire. En dépit des attentes, nombreux ont été déçus de son contenu et de son absence de véritable force contraignante (en comparaison de certaines thématiques directement traitées dans le code du travail) tant par le peu de modifications apportées, que par le fait qu'il ne donnait pas de position sur les sujets les plus problématiques, tels que la prise en charge des frais professionnels ou encore les critères d'éligibilité au télétravail²⁵⁸.

Il ressort finalement de quelques analyses que les dispositions régissant le télétravail ne sont pas cohérentes et que cela ne fait que démontrer l'incapacité du législateur à « *prendre position sur certains aspects essentiels du télétravail, oubliant par là même l'intérêt de l'entreprise comme celui du télétravailleur* »²⁵⁹.

²⁵⁵ Audrey Probst, « Télétravail au domicile », Droit social 2006, p.1109.

²⁵⁶ Yves Lafargue et Pierre-Yves Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Revue de droit du travail 2013, p.9.

²⁵⁷ B. Sourbès, A. Probst, « Controverse : Faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », Revue de droit du travail 2020, p.514.

²⁵⁸ Marc Vericel, « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », Revue de droit du travail 2021, p.59.

²⁵⁹ Boris Sourbès et Audrey Probst, « Controverse : faut-il une autre réforme du télétravail ? », Revue de droit du travail 2020, p. 514.

Ainsi, pour une large partie des auteurs, il est nécessaire de réformer à nouveau le régime juridique du télétravail pour qu'il puisse être applicable de manière pérenne dans les entreprises²⁶⁰. Pragmatiques, ils considèrent qu'il faudrait en adapter le contenu, notamment pour ce qui est du recours au télétravail imposé en cas circonstances exceptionnelles, la prise en charge des frais professionnels liés à l'exercice du télétravail ou encore la réglementation relative à l'hygiène et la sécurité du télétravail à domicile²⁶¹. Une réforme du télétravail serait alors nécessaire afin de combler les lacunes et incertitudes et ainsi sécuriser le procédé, la réglementation actuelle n'étant pas adaptée à une forte généralisation du télétravail²⁶². Il s'agirait d'apporter des clarifications à ce régime, ce dernier n'étant pas assez étoffé pour permettre aux agents économiques d'appliquer sereinement cette organisation du travail. Autrement dit, cette réforme devra donner des précisions au cadre général du télétravail. Bien entendu, elle ne devra pas avoir pour but de réduire le rôle de la négociation collective, celle-ci devant garder une place importante dans le monde du travail, en réponse à la logique des ordonnances Macron de 2017. Par conséquent, en sus des règles de bases qui seraient instaurées, la négociation collective viendrait s'appliquer, formant ainsi un cadre harmonieux et clair du télétravail dans les entreprises qui souhaiteraient le mettre en place.

Il est donc incontestable que le télétravail est une organisation du travail globalement favorable, tant pour l'employeur que pour le salarié. La crise sanitaire a permis de révéler aux acteurs de l'économie qu'une nouvelle forme de travail pouvait être utilisée, tout en conservant les intérêts de chacun. Les quatre régimes actuels constituent une base solide pour apporter un cadre au télétravail. Toutefois, elles ne sont plus suffisantes ni cohérentes aujourd'hui, alors que le télétravail vient à être généralisé dans un bon nombre d'entreprises. De nombreuses zones d'ombres, révélées par la crise sanitaire et expliquant donc le manque de réponse claire, sont à déplorer.

Par exemple, il est certain que la volonté de renforcer le rôle des institutions représentatives du personnel s'est affirmé ces dernières années, notamment par la priorité accordée à la négociation collective en entreprise²⁶³, en réponse au besoin croissant de protection des droits individuels et collectifs des salariés. Il semble donc logique qu'elles aient un rôle dans la mise en place du

²⁶⁰ Elise Bénéat, « En questions : quels sont les enjeux du télétravail demain ? », La semaine Juridique Social, n°38, 22 septembre 2020, act. 359.

²⁶¹ Boris Sourbès et Audrey Probst, « Controverse : faut-il une autre réforme du télétravail ? », Revue de droit du travail 2020, p. 514.

²⁶² Damien Bondât, « D'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? », Petites affiches, 9 décembre 2020, n°246, p.6.

²⁶³ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

télétravail, méthode bouleversant complètement l'organisation du travail dans l'entreprise. Toutefois, leur place au sein de l'entreprise, depuis que le télétravail massif est appliqué, semble amenuisée²⁶⁴. En effet, d'une part, en période exceptionnelle, le télétravail peut être imposé par l'employeur pour répondre aux exigences de santé des salariés et de continuité de l'activité ²⁶⁵. Par conséquent, les institutions représentatives du personnel (Comité Social et Economique, Délégués syndicaux...) ne semblent pas avoir leur mot à dire quant à sa mise en place. Tout au plus peuvent-ils faire remonter à l'employeur les quelques lacunes qu'ils relèveront. D'autre part, comment les représentants du personnel peuvent-ils garder un contact avec les salariés dès lors que ces derniers ne sont plus présents dans les locaux de l'entreprise²⁶⁶ ?

Il est à rapprocher de cet amenuisement du rôle des institutions représentatives du personnel l'amenuisement du pouvoir de décision de l'employeur, dans le cadre de l'application du télétravail en période exceptionnelle²⁶⁷. De fait, il est prévu par la loi qu'il revient au pouvoir de décision de l'employeur de mettre en place le télétravail en période exceptionnelle. Pourtant, une sorte d'impératif peut être relevé de la part du gouvernement dans son protocole sanitaire national, lorsqu'il enjoint les entreprises de recourir au télétravail autant que faire ce peu. Bien qu'il ne s'agisse que d'une recommandation, s'il venait à refuser sa mise en place, il pourrait engager sa responsabilité pour manquement à son obligation de sécurité envers ses salariés²⁶⁸.

Hors période exceptionnelle et selon l'ANI du 26 novembre 2020, la place des partenaires sociaux semble être rétablie, la négociation avec ces derniers étant priorisée pour la mise en place du télétravail par le biais d'un accord collectif. L'employeur retrouve son pouvoir de décision, non sans une certaine réserve quant au fait qu'il pourra, une fois la crise passée, difficilement justifier son refus de mettre en place du télétravail dans son entreprise (alors que les conditions de l'activité le permettent)²⁶⁹. Les représentants du personnel pourraient quant à eux s'opposer à un tel refus et demander à ce qu'un accord soit négocié pour faire respecter la volonté et les droits des salariés à une possibilité d'effectuer leur activité en télétravail.

²⁶⁴ Savine Bernard, « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 ? », *Revue de droit du travail* 2020, p.440.

²⁶⁵ Article L. 1222-11 du code du travail.

²⁶⁶ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », *Droit social* 2021, p.236.

²⁶⁷ Jean-Emmanuel Ray, « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », *Droit social* 2021, p.236.

²⁶⁸ Morane Keim-Bagot et Nicols Moizard, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul », *Revue de droit du travail* 2021, p.25.

²⁶⁹ Grégoire Loiseau, « Le télétravail au temps d'après », *Bulletin Joly Travail*, 1er juin 2020, n°113t9, p.1.

Il est indéniable qu'un manque de clarté existe alors autour des règles applicables selon que le télétravail est utilisé en cas de circonstances exceptionnelles ou de manière régulière, le rôle de la négociation collective n'étant pas le seul sujet à incertitudes révélée au cours des derniers mois. Conséquemment, un juste-milieu va devoir être recherché entre l'intérêt des salariés (représenté par les institutions représentatives du personnel) et l'intérêt de l'entreprise (représenté par l'employeur). Il sera nécessaire de concilier la volonté de tous, sans restreindre les droits de chacun. Peut-être qu'une clarification pourra être apportée sur le rôle et le choix précis dont disposent les acteurs économiques.

Conclusion

De manière générale, le télétravail est synonyme de nouveauté, de bien-être. Depuis sa mise en place généralisée en réponse à la crise sanitaire, il a été perçu comme très favorable pour une grande majorité des salariés, des employeurs et pour le gouvernement. La génération du travail actuelle semble prête à opérer un changement de leur mode d'organisation du travail, notamment au regard des enjeux environnementaux (pollution) et sociaux (conciliation entre vie privée et vie professionnelle, autonomie dans le travail...) et des nouvelles attentes du monde du travail (augmentation conséquente du secteur tertiaire, activités globalement adaptées au télétravail).

Néanmoins, de nombreuses interrogations et incertitudes ont pu être soulevées en retour de l'expérimentation massive du télétravail au cours de cette année. De ses modalités d'instauration au sein de l'entreprise aux règles relatives à sa mise en oeuvre, des décalages ont été remarqués entre la théorie et la pratique (diversité de règles, garantie des droits individuels et collectifs, respect des obligations de l'employeur, risques psychosociaux, place de la négociation collective...), décalages dont la plupart n'ont pas eu de réponse, ni de la part des juges ni du législateur. Or, de telles réponses sont nécessaires si le télétravail devait être généralisé et devenir un nouveau mode d'organisation du travail, aux côtés de l'organisation bureaucratique traditionnelle.

Bien que certains auteurs parlent d'un « droit au télétravail », d'autres préfèrent l'expression « ébauche de droit au télétravail », en raison du fait que le régime juridique du télétravail reste encore aujourd'hui en cours d'élaboration. Une partie de la doctrine s'est alors prononcée en faveur d'une réforme du régime juridique du télétravail, dont les règles sont, pour certaines, devenues obsolètes. La crise sanitaire aura donc permis de faire évoluer les « mentalités » du monde du travail en démontrant que le télétravail est un mode d'organisation tout à fait applicable et bénéfique. Néanmoins, cette crise aura également permis de mettre en avant la nécessaire réforme du régime juridique applicable, afin de pérenniser les relations de travail de manière sécurisée.

Bibliographie

Ouvrages :

- Coeuret A. et al., « Droit du travail 2021 », Mémentos Dalloz, 3e édition, octobre 2020.
- Dockès E. et al., « *Droit du travail 2021* », Précis Dalloz, 34e édition, septembre 2020.
- Lemoine B., « *Après la pandémie* », Villes en parallèle, 2020, p.446 à 452.
- Lokiec P., « *Droit du travail* », Puf, 2019, n°419.
- Orfeuil J.-P., « *Aménager le pays avant et après la crise du COVID-19 : éviter le déni, susciter la confiance* », Villes en parallèle, 2020, p. 170.
- Wolmark C. et al., « *Droit du travail 2022* », HyperCours Dalloz, 15e édition, juin 2021.

Encyclopédie, répertoire et dictionnaire :

- Baudouin S., « Coronavirus : quid du CSE ? », Dictionnaire permanent social Editions législatives, Relations collectives de travail, 19 mars 2020.
- Dedessus-le-Moustier G., « *Travail à domicile et télétravail* », Répertoire de droit du travail, Octobre 2013 (actualisation : Juin 2018), p.191 à 206 et p.38 à 41
- Nadal S., « *Conventions et accords collectifs de travail : droit de la négociation collective* », Répertoire de droit du travail, octobre 2019 (actualisé en février 2020).
- « *Dictionnaire Permanent Social - Télétravail* », Editions Législatives, mis à jour en juillet 2021.

Articles de doctrine et revues :

- AGS, revue, spécial crise Covid-19, n°29, mai 2020.
- Aguilera A. et al., « Le télétravail, un objet sans désir ? », *Revue d'économie régionale et urbaine*, février 2016, n°2016/1, p. 245 à 266.
- André N., « Dialogue social, démocratie en entreprise et préoccupations sociales : interactions et interférences », *Revue Lamy droit des affaires*, n°153, 1er novembre 2019.
- Babin M., « Télétravail et santé : le risque à distance ? », *JCP / la Semaine Juridique - édition sociale*, n°38, septembre 2020.

- Bachelot L. et Coursier P., « Covid-19 : la phase trois du déconfinement dans les entreprises », JCP S 2020, 30 juin 2020, p.1.
- Bariet A., « Les ordonnances Macron consolident le droit du travail », *Dalloz Actualité*, 5 septembre 2017.
- Bénéat E., « En questions : quels sont les enjeux du télétravail demain ? » *La semaine Juridique Social*, n°38, 22 septembre 2020, act. 359.
- Bernard S., « Controverse : le CSE et le droit à la participation des travailleurs : des victimes collatérales de la covid-19 ? », *Revue de droit du travail*, p.440.
- Berthier PE., « La participation des représentants du personnel à l'évaluation des risques professionnels : les enseignements de l'arrêt Amazon France Logistique », *Revue de droit du travail 2020*, p. 482.
- Blanchereau C., « Télétravail : signer un accord pour sortir des zones grises », *éditions législatives*, 21 septembre 2016.
- Bondat D., « D'un confinement à l'autre : demain, tous télétravailleurs ? », *Les petites affiches*, 9 décembre 2020, n°157v4, p.6.
- Brédon G., « Télétravail, distanciel : la nécessaire transformation du dialogue social », *Les Petites affiches*, 16 avril 2021, n°076, p.3.
- Castel D., « Conditions de travail - Télétravail : une obligation... facultative », *JT 2020*, n°236, p.9.
- Catanzano M., « Les télétravailleurs ont-ils droit à des tickets-restaurant ? », *BJT avril 2021*, n°115b6, p.40.
- Catsel D., « Le lieu de travail, espace en voie d'évolution », *Juris Associations 2020*, n°626, p.30.
- Chopin F., « Le télétravail en 2018 : quels enjeux ? », *Gazette du Palais*, 5 juin 2018, n°20, p.59.
- Cuisinier E., « Après la crise, quelle place pour le télétravail », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n°2, Octobre 2020.
- Dalloz, « Institutions représentatives du personnel », *Fiches d'orientation*, Septembre 2020.
- Deloire E., « Le marché des bureaux se projette dans l'ère de l'après-COvid », *Quotidien Libération, dossier théma*, 23 mars 2021.
- Emeras M., « Le domicile du salarié », *La Semaine Juridique Social n°3*, 20 janvier 2015, 1012.
- Fantoni-Quinton S., « L'intelligence artificielle, porteuse de risque ou promesse d'amélioration pour la pénibilité et la qualité de vie au travail ? », *Droit social 2021*, p.128.

- Favennec-Héry F., « Le télétravail : un régime juridique en construction », *Semaine Sociale Lamy*, n°1932, 7 décembre 2020.
- Fieschi B., « (Le point sur...) Télétravail et accidents du travail », *Hebdo éditions sociale : Télétravail*, n°842, 5 novembre 2020.
- Fonteneau D., « Télétravail : sa mise en place « contrainte » doit passer par le dialogue social », *Les Cahiers Lamy du CSE*, n°209, 1er décembre 2020.
- Gamet L., « Télétravail et droit : nihil novum sub sole ! », *Communication Commerce électronique n°5*, mai 2021, étude 8.
- Géniaut B., « Covid-19 et télétravail », *Droit social 2020*, p.607.
- Gori J., « Télétravail : points clefs », *Les Cahiers du DRH*, n°279, 1er octobre 2020.
- Guiomard F., « Les référés, juges de la prévention », *Revue de droit du travail 2020*, p.351.
- Guiomard F., « Télétravail : un accord insipide pour un sujet brûlant », *Le billet Dalloz*, 30 novembre 2020.
- Hamoudi L., « Mettre en place le télétravail pour protéger l'environnement », *Bulletin Joly Travail*, 1er novembre 2019, n°112j0, p. 56.
- INRS, « Du télétravail imposé en situation exceptionnelle à un télétravail qui se prolonge », *Dossier Covid-19 et prévention en entreprise*, 2021.
- INRS, « Evaluation de l'impact psychologique du télétravail », *Références en santé au travail*, mars 2020, n°161
- Keim-Bagot M., « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », *Revue de droit du travail 2021*, p.25.
- Kirilowits N., « Le télétravail devrait faire baisser la demande de l'immobilier de bureaux », *Les Petites Affiches*, 11 mars 2021, n°159n5, P.3.
- Lafargue Y. et Verkindt P.-Y., « Loi sur le télétravail : une avancée ? », *Rev. Trav.*, 2013, p.9.
- Lampert A., « Le télétravail, outil de gestion de crise. Et après ? », *la semaine juridique social*, 22 septembre 2020, n°38.
- Lamyline, « A quelles règles obéit le télétravail ? », *Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien*, p.140-90, mai 2021.
- Leborgne-Ingelaere C., « Le télétravail : entre simplifications et déceptions », *Juris tourisme 2020*, n°228, p.26.

- Legisocial, « Le télétravail sur prescription du médecin du travail », *fiche pratique*, 16 octobre 2020
- Lejeune L., « Télétravail : home à tout faire », *Enquête du quotidien Libération*, dossier EcoFutur, 11 novembre 2012.
- Lerouge L., « Droit des risques psychosociaux au travail », *Répertoire de droit du travail*, avril 2021, p.48.
- Liaisons sociales Quotidien, « Le dialogue social s'est intensifié pendant la crise, avec des moyens limités », n°18314, 28 mai 2021.
- Loiseau G., « Le télétravail au temps d'après », *Bulletin Joly Travail*, 1er juin 2020, n°06, page 1.
- Loiseau G., « Protocole sanitaire national, le Conseil d'Etat dans le déni », *Bulletin Joly Travail*, 1er janvier 2021, n°01, p.7.
- Lyon-Caen A., « Le télétravail comme règle », *Revue de droit du travail 2020*, p.645.
- Michaud C., « Télétravail, frais, quelles obligations pour l'employeur ? », *Bulletin Joly Travail*, n°09, 1er septembre 2020, p.50.
- Morieux L., « Régime juridique du télétravail », *Juris associations 2021*, n°638, p.18.
- Mraouahi S., « Le télétravail, c'est la santé... ? », *Cah. soc.*, juin 2018, n°123h1, p.321.
- Niel S., « Le télétravail après les ordonnances du 22 septembre », *Les Cahiers du DRH*, n°247, 1er novembre 2017.
- Pastor E., Séverine Artieres, « Reprise de l'activité : l'heure de la négociation d'entreprise a sonné ! », *Droit social 2020*, p.623.
- Pola B., « Le télétravail en période de confinement », *Editions législatives*, gestion du personnel, 6 avril 2020.
- Potier C., « Comment prévenir les risques psychosociaux en télétravail ? », *Hebdo édition sociale*, n°842 du 5 novembre 2020.
- Probst A., « Télétravail au domicile », *Droit social 2006*, p.1109.
- Ract C., « Les nouvelles pratiques managériales associées au télétravail », *mémoire Kedge Business School*, février 2020.
- Ray J.-E., « De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance », *Droit social 2021*, p.236.
- Rioche S., « Le statut du télétravailleur », *Gazette du Palais*, n°423j4, p. 20.

- Roujon-Paris S., « La négociation collective en période d'urgence sanitaire », *Editions Tissot*, 9 avril 2020.
- Sourbès B. et al., « Controverse : faut-il une « autre » réforme du télétravail ? », *Revue de droit du travail*, 2020, 514.
- Tissandier P., « Les bénéfices du télétravail : mobilité modérée : réduction du stress et des émissions de gaz à effets de serre », *Revue francophone sur la santé et les territoires*, 2019.
- Thiébart P., « Le télétravail après les ordonnances Macron », *Feuillet Hebdo Revue Fiduciaire*, n°3744 du 31 mai 2018.
- Vanuls C., « L'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve de la pandémie de Covid-19 », *Gazette du Palais*, n°386y3, 8 septembre 2020, p.66.
- Véricel M., « L'accord sur le télétravail : un accord de compromis qui reste à la marge du normatif », *Revue de droit du travail 2021*, P. 59.
- Waquet P., « Le principe d'égalité en droit du travail », *Droit social*, mars 2003.
- Zorn F., « La crise sanitaire renforce le télétravail mais ne le consacre pas », *Les petites affiches*, 6 aout 2020, n°155s4, p.3.
- « Quelles sont les obligations de l'employeur à l'égard du télétravailleur ? », *La santé et la sécurité au travail*, FR 39/20, 24 septembre 2020.

Textes officiels

- Mme Élisabeth Borne, ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, Conférence de presse sur le maintien du télétravail 4 février 2021.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole national pour assurer santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour au 30 juin 2021, p.3.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole National pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », mise à jour au 9 juin 2021, p.5.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », actualisé au 18 mai 2021, p.5.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Protocole National pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de Covid-19 », actualisé au 8 avril 2021.
- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, Questions-réponses sur la négociation collective, juillet 2020, introduction.

- Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, « Télétravail en période de COVID-19 », questions-réponses, mise à jour du 10 juin 2021.
- FAQ du ministère du travail, version du 20 avril 2020, mise à jour le 1er mai 2020.
- CNIL, « Les questions-réponses de la CNIL sur le télétravail », 12 novembre 2020.
- BOSS-frais professionnels, n° 1800.
- BOSS, frais professionnels, n°70 et 100.
- Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387.

Etudes

- ADEME, « Télétravail, (im)mobilité et modes de vie », étude, juin 2020.
- Anact, « Impact de la crise sanitaire sur le dialogue social et les relations sociales », rapport de résultats, 25 mai 2021.
- ComCor, « Etude des facteurs sociodémographiques, comportements et pratiques associés à l'infection par le SARS-CoV-2 », 9 mars 2021.
- DARES, « Les risques psychosociaux au travail », analyses, avril 2014, n°031.
- DARES, « Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? », Analyses, novembre 2019, n°051.
- Institut de l'épargne immobilière et foncière, « Crise de la Covid-19 : l'IEIF évalue pour la première fois l'impact potentiel du télétravail sur le parc de la demande de bureaux en Ile-de-France », communiqué de presse du 11 janvier 2021.
- Kaspersky, « Securing the future of work », étude mondiale, octobre 2020.
- Malakoff Humanis, « Baromètre annuel Absentéisme Maladie 2020 », étude de perception Ifop, 16 novembre 2020.
- Malakoff Humanis, « Le télétravail en France - Bilan et perspectives », étude de septembre 2020.
- Réhalto-WPO, « Baromètre sur les arrêts de travail », BVA, 5 septembre 2019.
- Salesforce, « Les salariés et la mobilité », étude BVA, septembre 2018.
- « Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser », Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des RPS au travail, p. 81 à 115.

Textes législatifs

- Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017.
- Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.
- Loi « Auroux » n° 82-957, 13 novembre 1982, JO 14 novembre, Loi n°2004-391, 4 mai 2004, JO 5 mai.

- Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en oeuvre réussie du télétravail.
- Accord national interprofessionnel, 19 juillet 2005, relatif au télétravail.
- Accord cadre sur le télétravail, signé par la CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP, le 16 juillet 2002.

- Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.
- Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.
- Ordonnance n°2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations professionnelles, 22 septembre 2017.

- Arrêté du 2 avril 2021 portant extension de l'accord national interprofessionnel pour une mise en oeuvre réussie du télétravail.
- Arrêté du 30 mai 2006 portant extension de l'accord national interprofessionnel relatif au télétravail.

Code du travail :

- Article L. 1221-1 du code du travail.
- Article L. 1222-10 du code du travail, version en vigueur du 24 mars 2012 au 24 septembre 2017.
- Articles L. 1222-9, L. 1222-10 et L. 1222-11 du code du travail.

- Articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail.
- Article L. 1233-4 du code du travail.
- Article L. 2253-3 du code du travail.
- Article L. 2312-8 du code du travail.
- Article L. 4121-1 du code du travail.
- Article L. 4121-3 du code du travail
- Article L. 4121-5 du code du travail.
- Article L. 4622-1 du code du travail.
- Article L. 4624-1 du code du travail.
- Article L. 4624-3 du code du travail.
- Article L. 4624-4 du code du travail.
- Article L. 4624-6 du code du travail.
- Article L. 4629-9 du code du travail.
- Article L. 5212-2 du code du travail.
- Articles L. 7412-1 à L. 7412-3 du code du travail.
- Article R. 4121-1 du code du travail.
- Article R. 4121-4 du code du travail.
- Articles R. 4222-1 et suivants du code du travail.

Code Civil :

- Article 9 du Code civil.

Code de la sécurité sociale :

- Article L. 411-1 du code de la sécurité sociale.
- Article L. 482-4 du Code de la sécurité sociale.

Code de la route :

- Article R. 318-2 du code de la route.

Jurisprudence

- Cons. prud'h. Narbonne, sect. commerce, 11 févr. 2010, n° 08/00276.
- TJ Paris, 30 mars 2021, n°20/09805.

- TJ Nanterre, 10 mars 2021, n°20/09616.
- TJ Le Havre, 7 mai 2020, n° 20/00143
- TJ Nanterre, Référé, 14 avril 2020, n° 20/00503.
- TJ Paris, 9 avril 2020, n°20/52223, La Poste.

- CA Versailles, 24 avril 2020, n° 20/011993.
- CA Paris, 22 janvier 2020, n°18/00098.
- CA, Besançon, chambre sociale, 7 mai 2019, n°18/00807.
- CA Paris, 7 septembre 2016, n°14/06163.

- Cass, soc, 21 novembre 2018, n°17-13.858, NP.
- Cass, soc, 22 septembre 2016, n°15-14.005, NP.
- Cass, soc, 25 novembre 2015, n°14-24.444, P.
- Cass, soc, 15 janvier 2014, n°11-28.898, NP.
- Cass, soc, 26 juin 2012, n°11-14.022, NP.
- Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-10.915, NP.
- Cass, Soc, 7 avril 2010, n°08-44.865, n°08-44.866, n°08-44.867, n°08-44.868 et n°08-44.869, P.
- Cass, soc, 10 novembre 2009, n°07-45.321, P.
- Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-43.918, P.
- Cass, soc, 28 février 2006, n°05-41.555, P.
- Cass, Soc, 28 février 2002, n°00-10.051, P.

- CE, 17 décembre 2020, n° 446797.
- CJUE, 15 novembre 2001, Commission c/ République Italienne, aff. C-49/00.

Accords collectifs d'entreprise

- Accord relatif au télétravail, SAFRAN, 3 mars 2021, p.12
- Accord d'entreprise « Accord d'entreprise 2021-01 : Avenant à l'accord d'entreprise n°2017-13 sur la mise en place du télétravail au sein de l'UES Arkade », Crédit Mutuel Arkea, 17 février 2021.
- Avenant à l'accord Renault SAS relatif au télétravail à domicile, 22 juin 2010, art. 5.
- Base de données accords d'entreprise - Télétravail, Légifrance

Table des matières

<u>Sommaire</u>	1
<u>Index des abréviations</u>	2
<u>Introduction</u>	3
<u>Partie 1</u> : Télétravail et crise sanitaire : la révélation d'un mécanisme inusité à la réglementation inappropriée.	16
Chapitre 1 : L'apparition d'incertitudes autour de la réglementation du télétravail	16
I) <u>La discordance réglementaire selon le mode de mise en place du télétravail</u>	16
II) <u>La présence relative de la négociation collective dans la mise en place du télétravail</u>	22
Chapitre 2 : La confusion entre la pratique du télétravail et la théorie de sa réglementation	29
I) <u>L'incohérence du contenu de l'obligation de sécurité au regard des spécificités du télétravail</u>	29
II) <u>L'importance épineuse du maintien des droits individuels et collectifs des travailleurs</u>	35
<u>Partie 2</u> : Télétravail et crise sanitaire : la promotion d'un mécanisme profitable mais nécessairement réformable.	42
Chapitre 1 : Le télétravail évocateur d'une opportunité controversée pour la santé des travailleurs	42
I) <u>Une organisation du travail bénéfique mais inhabituelle permettant le maintien dans l'emploi</u>	42
II) <u>Une organisation du travail protectrice mais forcée entraînant des risques psychosociaux</u>	48
Chapitre 2 : L'accueil favorable du télétravail révélateur de la nécessaire réforme d'un régime juridique obsolète	54
I) <u>Une obsolescence issue de la naissance d'enjeux économiques et sociaux méconnus</u>	54
II) <u>Une arborescente réflexion autour d'une utilisation pérenne et sécurisée</u>	59

<u>Conclusion</u>	66
<u>Bibliographie</u>	67