



**Master 2 Droit du Travail**

**Mémoire de recherche**

# **Le télétravail**

**Présenté par :** Rodrigues Ines

**Sous la direction de :** Monsieur le Professeur Bernard Bossu

*Année 2020-2021*



*Je tiens à remercier l'ensemble du corps enseignant de l'université de Lille pour m'avoir fourni les outils nécessaires à la réussite de mes études universitaires.*

*Mes remerciements s'adressent principalement à mon directeur de mémoire, le Professeur Bernard Bossu pour m'avoir donné l'envie d'approfondir mes connaissances dans cette discipline lors de ma troisième année, de m'avoir donné l'opportunité de le faire en m'acceptant dans ce Master et d'avoir accepté d'encadrer la réalisation de mon mémoire.*

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	p.6
<b>TITRE I- L'établissement juridique du télétravail</b> .....	p.16
<b>CHAPITRE I- La délimitation normative du télétravail</b> .....	p.17
<b>CHAPITRE II- La délimitation nécessaire du champ d'application du télétravail pour une exécution effective</b> .....	p.39
<b>TITRE II- Les effets substantiels à la pratique du télétravail</b> .....	p.60
<b>CHAPITRE I- La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié aux technologies d'information et de communication</b> .....	p.61
<b>CHAPITRE II- La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié au lieu de travail à domicile</b> .....	p.82
<b>CONCLUSION</b> .....	p.103

# TABLE DES ABRÉVIATIONS

**ANACT**- L'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail

**CNIL** - Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

**CSE**- Comité économique et sociale

**CSSCT**- La commission santé, sécurité et conditions de travail

**DATAR** - La Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale

**DUERP** - Document unique d'évaluation des risques professionnels

**NTIC**- Nouvelle technologies de l'information et de la communication

**OMS**- Organisation mondiale de la santé

**QVT**- Qualité de vie

**RGPD**- Règlement général sur la protection des données

**RSE** - Responsabilité sociétale des entreprises

**TIC**- Technologies de l'information et de la communication

**Télétravail: la norme du travail de demain?**

# INTRODUCTION

*“Qu’en un lieu, en un jour,  
Un seul fait accompli tienne jusqu’à la fin le théâtre rempli”<sup>1</sup>*

C’est à la Renaissance que Nicolas Boileau formalise par ces vers les trois règles d’unité d’action, de temps et de lieu. Il “codifie” le théâtre classique et plus particulièrement la tragédie. Le parallèle est à faire avec la Révolution industrielle qui a fondé le modèle du taylorisme<sup>2</sup>. C’est l’idée du “*tout collectif*”, d’une méthode d’organisation basée principalement sur le lien de subordination qui conditionne une culture du présentisme et un contrôle permanent. “: *la quantité produite était déterminante, et le contrôle patronal portait donc sur le présentisme physique, celui des corps et du temps. Le droit du travail d’aujourd’hui reste marqué par cette origine.*”<sup>3</sup>

Le télétravail participe à la déconstruction de ces 3 règles d’unité avec l’explosion du cadre spatio-temporel. En effet, l’environnement socio-culturel du travail s’est profondément modifié et “*la mobilisation doit moins porter sur les corps que sur le cerveau*”<sup>4</sup>. Or, le secteur tertiaire a mis en exergue des activités intellectuelles auxquelles le télétravail répond. En effet, avec cette forme de travail, qu’importe le lieu où l’horaire, l’idée est de faire. Ainsi, les modalités d’exécution ne sont plus intrinsèquement lié à l’aire géographique de l’employeur<sup>5</sup>. Le lien de subordination, qui est à l’essence même du contrat de travail, perd de sa force et les salariés deviennent “collaborateurs”. Il en découle une reconfiguration de la supervision managériale et du contrôle, qui mène notamment à l’amoindrissement de la culture du présentisme. Cette culture est ancrée en France depuis les années 90. Le terme s’oppose à l’absentéisme et représente une situation où le salarié est présent physiquement sur le lieu de travail alors que son état physique ou mental ne lui permettent pas d’être pleinement productif. Gage de performance dans le management français, l’assiduité au

---

<sup>1</sup> Boileau, Art Poétique, III, 45-46, vers écrits en 1674.

<sup>2</sup> Le taylorisme doit son nom à l’ingénieur américain F. W. Taylor (1856-1915) qui a mis au point une méthode d’organisation du travail dite scientifique. Taylor en présente les principes dans un ouvrage paru en 1911 intitulé “La Direction scientifique des entreprises”

<sup>3</sup> J-E Ray “Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?” Droit social 1992. 519

<sup>4</sup> J-E Ray “Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ?” Droit social 1992. 519

<sup>5</sup> J-E Ray “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail” Droit social, 1996, 121

travail se conditionne de moins en moins par le biais de cette présence. Les trajets pendulaires et les journées de travail à rallonge portent en eux la dégradation de la santé du salarié. La productivité ne doit plus s'évaluer en heures mais aux résultats. Ce changement d'indicateurs peut s'apprécier par le recours au télétravail. Avec cette forme de travail, le travail asynchrone se démocratise et les entreprises apprennent à évaluer le travail accompli.

La révolution numérique fut l'un des acteurs principaux de ce bouleversement. Le télétravail n'en est pas moins resté hésitant, tâtonnant la scène du travail avec timidité pendant de nombreuses années. C'est finalement la pandémie mondiale qui fut le coup de théâtre et a propulsé sur l'avant-scène le télétravail. Le virus de la Covid-19 qui touche le monde depuis 2019 a généralisé le télétravail en France mettant en exergue les difficultés et les bénéfices de cette forme de travail. Ainsi, l'essor du télétravail, promis depuis les années 70, commence à devenir une réalité en France et bouleverse cette conception du travail. Il faut cependant revenir aux prémices de ce mode d'organisation car si le télétravail est une évolution, il n'est pas une révolution.

Les premiers signes du télétravail n'ont pas trouvé d'ancrage précis. Certains estiment qu'il a commencé à apparaître dès 1950, lorsque l'architecte Norbert Wiener supervise depuis l'Europe la construction d'un bâtiment aux Etats-Unis. Il utilise alors des moyens de transmission de données afin de suivre l'avancée des travaux. Ce cas reste isolé et c'est finalement en 1974 que le sociologue américain Alvin Toffler évoque l'idée du travail à domicile<sup>6</sup>. C'est un peu plus tard que le chercheur Jack Nilles s'intéresse spécifiquement à la pratique et parlera de "*Teleworking: working closer to home*". Ce dernier sera perçu comme le père du "*télécommuting*" et appréhende le concept principalement sous l'angle technique.<sup>7</sup>

En France, la genèse du télétravail est associée au développement du concept de la télématique. A cette époque, le minitel est "*l'archétype de la télématique*"<sup>8</sup> et le terme fut popularisé par un rapport emblématique de 1978 de Nora-Minc commandé par le Président Valéry Giscard d'Estaing. Dans ce rapport, la télématique est abordée comme une véritable révolution qui consiste en "*le mariage entre le téléphone, la télévision et l'ordinateur*"<sup>9</sup> soit la

---

<sup>6</sup> A. Touffler, *Future Shock*, Bantam; Reissue édition, 1970

<sup>7</sup> O. Daniel. « Le succès du télétravail. Les effets de la nouvelle loi Travail », *Études*, vol. , no. 12, 2017, pp. 33-46.

<sup>8</sup> C. Cariou et M. Gaulon-Brain "Du Minitel à l'internet", La revue des médias, INA, 29 mars 2012

<sup>9</sup> C. Cariou et M. Gaulon-Brain "Du Minitel à l'internet", La revue des médias, INA, 29 mars 2012

combinaison entre les télécommunications et l'informatique. Il s'agit du premier rapport qui tente de penser le monde avec l'incorporation du numérique. En 1979, le terme intègre les colonnes du quotidien dans un article du journal "*Le Monde*"<sup>10</sup>. Le développement de la télématique a promis un bel avenir au télétravail. C'est ainsi que le rapport Braun faisait état de quelques expériences face à l'engorgement des métropoles européennes. Néanmoins, le développement du télétravail ne connaît pas de franc succès et reste très controversé.

Le télétravail vient véritablement sur le devant de la scène dans les années 2000 avec le développement de nouvelles technologies de l'information et de communication (NTIC). Ce qui n'était autrefois que les balbutiements du minitel se métamorphose avec l'explosion d'internet et de l'utilisation de l'ordinateur. Les nouvelles technologies bouleversent les métiers, les organisations de travail ou encore son contenu, passant de la quantité à la qualité. Les équipements nécessaires au télétravail se banalisent ainsi permettant son acceptation contemporaine. Désormais "*il faut constater une banalité: l'ordinateur est devenu le compagnon de travail de la plupart des salariés, quels que soient l'âge, le niveau de qualification et le niveau de la hiérarchie*"<sup>11</sup>.

Ainsi, le développement des technologies a permis l'avènement du télétravail. Pour autant, le télétravail ne se définit pas uniquement par l'exercice de moyens technologiques. A ce titre, le télé-travail signifie étymologiquement le travail à distance. Deux éléments semblent alors se dégager: l'utilisation d'outils d'informations et de télécommunications et un travail décentralisé.

De nombreuses définitions ont vu le jour, avec un cadre plus ou moins large. Une définition a été dressée par la DATAR<sup>12</sup> en 1991 "*toute activité tertiaire dont le traitement s'effectue à distance de l'utilisateur dans des lieux structurés de façon industrielle et dont la vocation est d'utiliser les moyens de communication électroniques*"<sup>13</sup>. Une définition qui semble se restreindre à des structures industrielles, excluant le télétravail à domicile ou encore nomade.

---

<sup>10</sup> B.Hoquin « *Télétravail » : la première fois que « Le Monde » l'a écrit*», Le Monde, 26 mars 2021

<sup>11</sup> J-D Combrexelle, "Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication" Droit social, 2002, 103.

<sup>12</sup>La Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale avait pour mission de conseiller et d'orienter la politique du gouvernement sur les questions d'aménagement du territoire. Désormais appelé ANCT

<sup>13</sup> Lettre de la DATAR, décembre 1991, n°135.

Monsieur Thierry Breton s'est essayé à définir juridiquement le télétravail lors d'un rapport en 1994 dans lequel il détermine trois éléments : l'activité doit être exécutée en dehors de l'endroit "où le résultat de ce travail est attendu", le donneur d'ordre ne peut physiquement pas surveiller l'exécution de la prestation et avec le moyens de l'outils informatiques et/ou des outils de télécommunications. Mais cette définition a été reconnue comme trop restrictive, car elle ne prenait pas en compte l'ensemble des NTIC<sup>14</sup>.

Le dictionnaire Larousse définit le télétravail comme une "*activité professionnelle exercée à distance de l'employeur grâce à l'utilisation de la télématique*". C'est celle qui se rapproche le plus de celle retenue par le code du travail qui désigne le télétravail comme "*toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication.*"<sup>15</sup> Ainsi le télétravail n'est pas un statut mais un mode d'organisation. Il répond de plusieurs conditions cumulatives pour être apprécié : il doit être utilisé dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, en dehors des locaux de l'entreprise et en utilisant nécessairement des TIC. Les textes restent silencieux quant à l'échelle géographique de sa pratique. Ils ne se limitent pas non plus quant aux lieux d'exercice. Enfin, il n'y a pas de restrictions concernant les outils d'informations et de communications à utiliser impérativement.

En ce sens, le télétravail prend de nombreuses formes. Il peut s'agir du télétravail à domicile, du télétravail nomade qui conserve un poste physique dans les locaux de l'entreprise mais qui est amené à se déplacer en utilisant les TIC dans divers lieux pour diverses raisons professionnelles. Il existe également le télétravail en télécentres qu'ils soient réservés à une seule entreprise ou publics. Il n'y a donc pas une forme universelle de télétravail.

Néanmoins, le télétravail ne doit pas être confondu avec des notions voisines. Ainsi, le télétravail n'est pas un travailleur à domicile régi par les règles L.7412-1 suivants du code du travail. En effet, ce travailleur exécute sa mission en dehors de tout lien de subordination avec son donneur d'ordre, quand bien même il bénéficie par dérogation des dispositions du

---

<sup>14</sup> "Il implique nécessairement la transmission au moyen d'une ou de plusieurs techniques de télécommunications au sens de l'article L32 du code des Postes et Télécommunications, y compris au moyen de systèmes informatiques de communication à distance : des données utiles à la réalisation du travail demandé ; et/ou du travail réalisé ou en cours de réalisation"

<sup>15</sup> C.trav. art. L.1222-9

code du travail<sup>16</sup>. Cela suppose l'exécution par le travailleur concerné, pour un ou plusieurs établissements, d'un travail qui lui a été confié soit directement soit par un intermédiaire en contrepartie d'une rémunération forfaitaire<sup>17</sup>. Le télétravail doit également être distingué du travailleur indépendant qui exerce à son compte une activité économique et à ses risques et périls<sup>18</sup>. Il en découle l'absence de lien de subordination entre le donneur d'ouvrage et le travailleur indépendant. Il se dégage également la possibilité pour ces deux travailleurs de travailler en dehors de toute utilisation de TIC, contrairement au télétravail.

Contrairement à ces notions voisines, le recours au télétravail semble la solution à diverses problématiques contemporaines économiques, sociales ou encore sociétales<sup>19</sup>.

Un enjeu économique d'abord. Il est perçu comme un bienfait pour la croissance économique post-industrielle. Le développement des technologies de l'information, de la communication et des moyens de transports ont permis la globalisation des marchés. Cette économie mondialisée est d'abord intervenue sur les fournisseurs puis sur l'externalisation de branches d'activités en confiant des fonctions autrefois assurés au sein de l'entreprise à des prestataires externes. C'est désormais au tour du télétravail, qui concourt au déploiement de salariés externalisés. En effet, le travail à distance reconfigure les espaces de travail. Le travail au bureau né de l'industrialisation est perçu comme trop rigide face à l'agilité et la flexibilité qu'offre le télétravail. Ainsi, les entreprises se réinventent et développent le "*flex office*". Il y a ainsi un éclatement géographique des sites de travail: espace de coworking, télécentre ou encore domicile. De nombreux tiers-lieux viennent à se créer sans contraintes spatiales. Face à cette opportunité, les entreprises n'hésitent pas à repenser l'organisation de leurs locaux. La rentabilisation qui peut se dégager n'est pas négligeable pour les entreprises notamment dans les zones urbaines très concentrées où le prix au mètres carrés peut être exorbitant. Il est ainsi mis fin au temps trente-huit étages des tours anonymes de La Défense ou La Part-Dieu<sup>20</sup>.

En outre, ce n'est plus les entreprises qui sont mouvantes mais les salariés qui la composent. En ce sens, le télétravail permettrait d'éviter la délocalisation des entreprises pour renforcer

---

<sup>16</sup> C.trav. L.7412-1 et suiv.

<sup>17</sup> C.trav. art. L.7412-1

<sup>18</sup> C.trav. art. L8221-6-1

<sup>19</sup> F.Chopin, "Le télétravail en 2018 : quels enjeux ?", Gazette du Palais, 5 juin 2018, n°20, p. 59

<sup>20</sup> J-E Ray "Qualités de vie(s) et travail de demain" Droit social, 2015, p.147

les entreprises locales. C'est aussi la possibilité d'attirer de nouveaux investissements dans des secteurs d'activités externalisés. Enfin, ces stratégies entrepreneuriales peuvent participer à la lutte contre la fuite des "talents" en facilitant l'exercice d'une activité à distance.

De plus, les entreprises cherchent désormais à extraire la motivation et l'implication de leurs salariés en les invitant à faire preuve de créativité<sup>21</sup>, facteur de performance. Or, selon Monsieur Thierry Breton, le télétravail dispose des outils pour exploiter et optimiser les ressources et compétences humaines afin de développer la créativité, l'innovation ou encore la souplesse. Pour lui "« tous les outils qui se mettront au service de cette logique seront promis à un bel avenir. »"<sup>22</sup>.

Mais la performance du salarié est indissociable de son bien-être qui est un levier de la compétitivité du salarié. Ce concept est plus large que les notions relatives à la santé physique et mentale. Selon l'OMS, le bien-être sur les lieux de travail consiste en « *un état d'esprit dynamique, caractérisé par une harmonie satisfaisante entre les aptitudes, les besoins et les aspirations du travailleur, d'une part, et les contraintes et les possibilités du milieu de travail, d'autre part* ». Ce bien-être est une notion subjective qui est recherchée à travers la notion plus globale qu'est la qualité de vie (QVT) au travail. Cette démarche permet de construire et de conduire l'action collective pour améliorer l'environnement de travail. L'ANI du 19 juin 2013 définit juridiquement cette démarche comme "les actions qui permettent de concilier à la fois l'amélioration des conditions de travail pour les salariés et la performance globale des entreprises. La notion de QVT peut se concevoir comme un sentiment de bien-être au travail perçu collectivement et individuellement qui englobe l'ambiance, la culture de l'entreprise, l'intérêt du travail, les conditions de travail, le sentiment d'implication, le degré d'autonomie et de responsabilisation, l'égalité, un droit à l'erreur accordé à chacun, une reconnaissance et une valorisation du travail effectué."<sup>23</sup>. En ce sens, le télétravail est partie prenante de l'épanouissement personnel du salarié. Il permet d'éviter la condamnation à perpétuité aux transports en communs surchargés durant les heures de pointes ou de partager des heures de bureaux en *open spaces* qui, contrairement aux idées reçues, ne favorise ni la communication directe, ni la convivialité, ni la productivité<sup>24</sup>. Le

---

<sup>21</sup> J-E Ray "Qualités de vie(s) et travail de demain" Droit social, 2015, p.147

<sup>22</sup> Thierry Breton, *Le télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Paris, la Documentation française, (Collection des rapports officiels), 1994

<sup>23</sup> ANI 19 juin 2013, article 1

<sup>24</sup> F. Lederlin "Télétravail : un travail à distance du monde" Études, 2020, pages 35 à 45

concept d'équilibre entre la vie professionnelle et vie personnelle est également au cœur des préoccupations modernes. Il s'agit de la répartition du temps et des efforts entre l'activité professionnelle et les autres aspects de l'existence.<sup>25</sup> En effet, une synthèse de recherche fondée par L'OIT et l'Eurofound <sup>26</sup>sur 15 pays ont démontré que le télétravail permet une plus grande flexibilité qui favorise cet équilibre. A ce titre, l'étude Cisco a démontré que les salariés préfèrent la flexibilité du télétravail à une augmentation de 10% de leur rémunération<sup>27</sup>. Ainsi, le télétravail s'inscrit dans les enjeux d'un management socialement responsable.

En outre, ce changement de mode de vie a également des impacts écologiques dont il en découle des enjeux sociétaux. Les préoccupations environnementales et de la viabilité du modèle de développement des pays industrialisés sont au cœur des débats depuis les années 90. En parallèle s'est développé le concept de "*Responsabilité sociétale des entreprises*". Il s'agit d'une notion anglo-saxonne qui a une origine gestionnaire et que la commission européenne définit comme "*l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes*". En ce sens, il dispose depuis 2019<sup>28</sup> d'un cadre réglementaire qui a modifié l'article 1833 du code civil afin que l'objet social des entreprises intègre la considération les enjeux sociaux et environnementaux. Ainsi, les entreprises contribuent à la transition écologique et au développement durable. En effet, les déplacements journaliers pour le travail sont une source importante de pollution notamment car la voiture reste un moyen de déplacement prisé. Cela représente en France un tiers des émissions de gaz à effet de serre<sup>29</sup>. Ils sont également responsables de nuisances sonores ou de consommation des espaces. En mettant en œuvre le télétravail, les entreprises deviennent proactives et responsables afin de limiter les effets néfastes sur l'environnement.

De plus, de nombreuses initiatives locales interviennent pour favoriser le développement des espaces ruraux ou désindustrialisés. La relation étroite entre l'organisation de travail et

---

<sup>25</sup> C. Fagan et coll.: The influence of working time arrangements on work-life integration or «balance»: A review of the international evidence (Genève, BIT, à paraître); BIT, équilibre entre vie professionnelle et vie privée, 312e session, Genève, novembre 2011

<sup>26</sup> OIT-Eurofound, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 15 February 2017

<sup>27</sup> André-Yves Portnoff, " Les entreprises au défi de l'ubiquité" Revue Futuribles, 2001 n° 372

<sup>28</sup> LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

<sup>29</sup> Site du gouvernement, Les émissions de gaz à effet de serre du secteur des transport, Fiches thématiques, 25 février 2021 ; [www.developpement-durable.gouv.fr](http://www.developpement-durable.gouv.fr)

l'organisation spatiale s'effrite ce qui va permettre la dynamisation d'espaces peu attractifs et une homogénéité de la répartition de la population sur l'ensemble du territoire. Le télétravail est en effet un facteur d'opportunité pour l'aménagement du territoire et de lutte contre la désertification des territoires<sup>30</sup>.

Pour permettre la réalisation de l'ensemble de ces enjeux, l'essor du télétravail a été accompagné par le droit français. Mais c'est d'abord l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002 qui introduit le télétravail à grande échelle au sein de l'Union européenne. Alors qu'il n'est pas contraignant, les partenaires sociaux français décident de le transposer par le biais d'un accord national interprofessionnel le 19 juillet 2005. Il a été signé par l'ensemble des organisations syndicales représentatives françaises<sup>31</sup> puis a fait l'objet d'une procédure d'extension par un arrêté du 30 mai 2006 qui a rendu obligatoire son application dans les activités représentées par le MEDEF et la CGPME. Il reprend les clauses de l'accord-cadre et répond ainsi aux besoins de conciliation de sécurité et de flexibilité des salariés et des employeurs. Finalement, le législateur inaugure sept ans après la loi Warsmann<sup>32</sup>.

Paradoxalement, il est regretté la porosité de la loi et l'oubli de nombreux aspects du droit du travail<sup>33</sup> tout en protestant contre une loi trop coercitive dans la mise en place du télétravail. C'est l'ordonnance du 22 septembre 2017<sup>34</sup> et la loi de ratification des ordonnances<sup>35</sup> qui répondent au besoin de la pratique et complète les absences de sa prédécesseur. C'est ainsi que le rapport du président de la République relatif à l'ordonnance indique qu'est "*instauré un droit au télétravail sécurisé, souple, permettant une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle*"<sup>36</sup>. En effet, l'ordonnance supprime le terme "*régulier*" de la définition légale du télétravail, sécurisant le télétravail occasionnel ou exceptionnel et réduisant le télétravail dit "*sauvage*" ou "*gris*" soit l'exercice du télétravail en dehors de tout cadre juridique, créant des insécurités pour le télétravailleur. La mise en place individuelle n'est plus conditionnée à la formalisation d'un avenant,

---

<sup>30</sup> ANI 19 juillet 2005, p1

<sup>31</sup> CFDT, CFE-CGC, CFCT, CGT CGT-FO, MEDEF, CGPME et l'UPA

<sup>32</sup> Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives

<sup>33</sup> Y. Lafargue, P-Y Verkindt, « Loi sur le télétravail : une avancée ? », Rev. Droit du travail -2013 p.9

<sup>34</sup> Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

<sup>35</sup> LOI n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

<sup>36</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

permettant ainsi de répondre à “*des besoins davantage individuels du salarié et à une politique sociale responsable de l’entreprise*”.<sup>37</sup>

Mais il a surgit en 2019 une pandémie mondiale de la covid-19 et les pouvoirs publics ont fortement encouragé le recours au télétravail <sup>38</sup>. C’est ainsi que le caractère volontaire, prévu par les différentes sources juridique a été dénié pour la mise en œuvre de l’article L.1222-11 du code du travail qui permet d’imposer le télétravail en cas de circonstances exceptionnelles “notamment de menace d’épidémie”. A la lumière de cette période, une lecture contrastée se dégage. En effet le déploiement dans l’urgence et contraint de cette forme de travail a montré les faiblesses d’une pratique généralisée. Ainsi, alors que l’ordonnance “Macron” portait dans sa démarche la volonté de sécuriser le télétravail, les deux dernières années ont démontré de nombreuses contradictions normatives et des insécurités juridiques. En effet, les angles morts de la loi ne permettent pas la bonne application de règles impératives sur lesquelles s’est construite le droit du travail. Il en est ainsi des règles relatives à la durée du travail, à la santé et sécurité du salarié ou encore le respect de sa vie privée. C’est pourquoi est né le 26 novembre 2020 le deuxième accord national interprofessionnel relatif au télétravail également étendu par arrêté du 13 avril 2021. Mais ce dernier dispose d’un contenu plus gestionnaire que juridique et vient “ expliciter l’environnement juridique applicable au télétravail”<sup>39</sup>. Il a pour but d’accompagner les entreprises dans la mise en oeuvre du télétravail et souligne les points à renforcer pour éviter les dérives de la pratique: maintien du lien social, conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle, ou encore le respect des droits collectifs tout en s’appuyant sur le dialogue social interne, plus à même de répondre à un principe de réalité. Mais à l’inverse, le déploiement massif du télétravail a permis de lever les tabous et les réticences tant des employeurs que des salariés. C’est ainsi qu’une étude a montré que la part des télétravailleurs qui souhaitent demander le télétravail en partie après le confinement s’élèvent à 8 sur 10 salariés<sup>40</sup>.

Au regard de l’ensemble de ces éléments, la réflexion portée se limitera au télétravail à domicile, notamment car il s’agit du lieu le plus pratiqué. Il ne sera donc pas abordé le

---

<sup>37</sup> F. Chopin« Le télétravail en 2018 : quels enjeux ? » Gaz. Pal. 5 juin 2018, n° 323z8, p. 59

<sup>38</sup> protocoles actualisés le 23 mars 2021 “ dans les circonstances exceptionnelles actuelles, liées à la menace de l’épidémie, il doit être la règle pour l’ensemble des activités qui le permettent. Dans ce cadre, le temps de travail effectué en télétravail est porté à 100 % pour les activités qui le permettent».

<sup>39</sup> ANI 2020

<sup>40</sup> Baromètre Empreinte Humain ; J-P.Brun “8 Français sur 10 veulent continuer à télétravailler en partie” LaDépêche, 28 mai 2021

télétravail exercé dans d'autres tiers-lieux tels que les espaces de co-working ou de télécentre. De plus et au regard de la définition du télétravail, l'étude s'intéressera aux salariés de l'entreprise, soit les personnes liées par un contrat de travail avec l'employeur. A ce titre, le sujet sera principalement pris sous l'angle du salarié bien que la place de l'employeur dans la mise en place et dans la mise en œuvre du télétravail sera également évoquée. Enfin, il sera étudié les règles législatives, réglementaires et jurisprudentielles applicables sur le territoire français de façon à être cohérent avec les enjeux et les problématiques évoqués ci-avant. Aucune référence ne sera faite à la législation d'un autre pays ou au droit européen ou droit international.

Ainsi, le cadre juridique existant est-il de nature à pouvoir entraîner un développement substantiel de la pratique du télétravail à domicile pour les salariés ?

Pour répondre à la question, il est essentiel de prendre connaissance du cadre juridique établi (*THÈME I*). Il faut ensuite constater que, malgré une volonté plurielle de démocratiser le télétravail, ce dernier repose à ce jour sur un code du travail issu d'une période manufacturière révolue<sup>41</sup> dont les règles régissant le contrat de travail nécessitent une qualification juridique du lieu et/ou du temps de travail. Or l'utilisation des TIC et le travail à distance induit par cette forme de travail, mettent à mal l'efficacité de leurs applications. (*THEME II*).

---

<sup>41</sup> J-E Ray, "Métamorphoses du droit du travail" Droit social, 2011, 1162

# TITRE I- L'établissement juridique du télétravail

Le télétravail est inscrit dans le code du travail depuis 2012. Mais les entreprises étant peu enclines à le pratiquer jusqu'à il y a encore peu, les modalités de mise en place du télétravail n'ont pas donné lieu à de grands débats, notamment car les failles de son cadre n'étaient pas mises en lumière. En effet, quand la théorie rencontre la pratique, il arrive très souvent qu'un écart survienne. Désormais, il faut reprendre l'ensemble des règles qui irriguent sa mise en place et sa mise en œuvre de manière à déceler l'ensemble des mécanismes juridiques qui peuvent rencontrer des difficultés avec l'exercice de ce mode d'organisation. C'est pourquoi il faut d'abord s'intéresser à la délimitation normative du télétravail (*CHAPITRE I*) avant d'évoquer la délimitation nécessaire du champ d'application du télétravail pour une exécution effective (*CHAPITRE II*)

## CHAPITRE I- La délimitation normative du télétravail

“*L’individu vs le collectif n’est pas un thème nouveau pour un travailleur*”<sup>42</sup>. Le code du travail est découpé en deux grands thèmes: le droit individuel du travail et le droit du travail collectif. En ce sens, le télétravail peut être mis en place collectivement ou individuellement. Cette flexibilité lui permet d’être personnalisable aux besoins de l’entreprise tant au regard de son effectif, du taux de télétravailleurs, de l’ambiance sociale ou encore de la culture d’entreprise. Ainsi, le code du travail prévoit en son article L.1222-9 que l’employeur peut recourir à l’accord collectif, la charte ou encore un accord de gré à gré (*SECTION I*). Cette liberté de mise en place reste cependant façonnée par des droits et obligations qui irriguent sa mise en oeuvre (*SECTION II*)

---

<sup>42</sup> J-E Ray “ De l’ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l’avenir du travail à distance”, Droit social, 2021, p.236

## SECTION I- L'appropriation du télétravail par la mobilisation de sources normatives multiples

L'article L.1222-9 du code du travail prévoit que le télétravail doit être mis en place “ dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur”. En ce sens, le recours au télétravail semble d'abord pouvoir être construit collectivement par un accord, avant d'être élaboré “à défaut” par une charte. A ce titre, l'employeur dispose de deux moyens pour construire collectivement le télétravail (Paragraphe I). Pour autant, il dispose toujours d'une mise en place individuel s'il le souhaite (Paragraphe II).

### Paragraphe I- La construction collective du télétravail

Le dialogue social est désormais une méthode privilégiée du gouvernement qui souhaite développer et étendre davantage la création de droit au travers les accords et conventions collectives. En effet, au-delà de la légitimité recherchée, le dialogue social répond à une “logique de performance globale” ou encore “ aux besoins des entreprises elles-mêmes dans un contexte de forte transformation au travail ”<sup>43</sup>. Le premier ANI du 19 juillet 2005 relatif au télétravail n'évoque pas expressément la mise en place d'un dialogue interne. C'est l'ANI du 26 novembre 2020, qui a vu le jour suite à la crise sanitaire, qui appuie et encourage ce procédé afin d'aboutir à un accord.

La notion de dialogue social recouvre un large champ d'applications et d'acteurs. Dans un rapport de 2018, le BIT définit ce dialogue comme un échange qui “englobe tous les types de négociation, de consultation et d'échange d'informations entre les représentants de gouvernements, d'employeurs et de travailleurs, ou au sein de chacun de ces groupes, sur des thèmes d'intérêt commun concernant les politiques économiques et sociales”<sup>44</sup>. A l'échelle de l'entreprise, le dialogue social s'effectue principalement au travers une relation dualiste bien que de plus en plus d'autres acteurs interviennent<sup>45</sup> De plus, elle concerne des thèmes

---

<sup>43</sup> Déclaration du Directeur général de l'OIT, Guy Ryder, qui s'est exprimé sur l'importance du dialogue social afin de mieux gérer les mutations actuelles au sein du monde du travail à l'occasion des Entretiens France-BIT 2018 organisés à Paris.

<sup>44</sup> BIT, Rapport VI, Dialogue social et tripartisme, Conférence internationale du travail, 107ème session, 2018, p.3

<sup>45</sup> Bureau international du travail (BIT), *Apprendre et se former pour travailler dans la société du savoir*, conférence internationale du travail, 91<sup>ème</sup> session, 2003, rapport IV, 132 p., p. 50.

uniquement professionnels. Le dialogue social en entreprise se limite ainsi à l'échange entre les représentants du personnel et l'employeur ou ses représentants dont les sujets traitent de l'activité professionnelle et des droits sociaux des salariés.

A ce titre, le préambule de ce dernier ANI souligne la conclusion de plus de 700 accords d'entreprise depuis début 2020 qui constituent l'aboutissement de “ *la vivacité du dialogue social au sujet du télétravail* ”<sup>46</sup>. Plus loin, le dialogue social est exprimé de nouveau à l'article 2.2 intitulé “ *faire du télétravail un sujet de dialogue avec les salariés et/ou leurs représentants* ”. Le paragraphe débute par l'insistance des signataires de l'ANI à encourager et mettre le télétravail par le biais du dialogue social pour la réussite de la mise en place du télétravail. La raison principale est également indiquée: il s'agit d'adapter au mieux et au plus près du terrain les conditions du télétravail pour les besoins de l'employeur mais également des salariés. En effet, chaque secteur d'activités, de postes, de culture d'entreprise démontrent des habitudes d'organisations et de gestion d'autant plus que “ *les entreprises sont des communautés complexes, extrêmement diverses et mouvante* ”<sup>47</sup>.

En ce sens, il faut rappeler que le droit du travail conventionnel connaît dorénavant une mobilisation de tous les niveaux de négociation. Désormais la place de la négociation d'entreprise prend de l'ampleur et se concilie avec les besoins d'encadrement du télétravail. En effet, depuis le 1er janvier 2018, la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche<sup>48</sup> devient le principe. Par exception, cette inversion de la hiérarchie des normes connaît des limites et certains domaines restent réservés à la branche. Tel n'est pas le cas de la thématique du télétravail. Par conséquent, l'entreprise a tout intérêt à négocier un accord à son niveau.

En effet, l'un des enjeux de la négociation d'un accord collectif se trouve dans cette idée de proximité. Le télétravail est une innovation sociale qui nécessite un dialogue avec des partenaires au plus près du terrain “ *parfois même établissement par établissement (siège/usine)* ”<sup>49</sup>. Si la négociation du télétravail peut paraître par le biais d'autres échanges telles que la négociation périodique sur la Qualité de vie au travail<sup>50</sup> ou encore la négociation

---

<sup>46</sup> ANI, p 2.

<sup>47</sup> M.Grignard “ La place de la négociation d'entreprise ” Droit social, 2017, 429

<sup>48</sup> C.trav. art. L. 2253-3

<sup>49</sup> J-E Ray “ De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance ” Droit social, 2021, 236

<sup>50</sup> C.trav. art. L.2242-1

relative au Droit à la déconnexion, il s'agit d'un mode d'organisation encore à la genèse de sa vie qui nécessite un accord complet reprenant l'ensemble des règles relatives à son recours et non uniquement des pans de son organisation et des ses potentiels impacts sur la vie professionnelle. A ce titre, la plupart des entreprises qui ont conclu un accord relatif au télétravail ont prévu une clause de révision après plusieurs années ou une clause d'expérimentation avec une régularisation périodique<sup>51</sup>. Cela démontre la nécessité d'expérimenter pour améliorer, ajuster et adapter au mieux selon, d'une part les besoins oubliés mais également les besoins qui se créent au fur et à mesure du temps face à l'évolution constante de l'entreprise et de cette forme de travail.

Néanmoins, si le droit conventionnel semble désormais le plus propice à répondre à la mise en place du télétravail, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un droit encadré par de nombreuses règles légales. En effet, pour que cet accord aboutisse, il nécessite la mise en place d'un processus long et coûteux avec les partenaires sociaux. Plus encore, la mise en place de ce dialogue ne certifie pas la conclusion d'un accord collectif. En outre, le code du travail prévoit les règles relatives à la conclusion d'un accord aux articles L.2231-1 et suivants. Parmi ces règles, il est prévu que la validité d'un accord est soumise à la règle de signature de l'article L.2232-12 qui prévoit la nécessité de recueillir au moins 50% des suffrages exprimés, quel que soit le nombre de votants des syndicats représentatifs lors des dernières élections des titulaires au comité social et économique. Or, toutes les entreprises ne disposent pas d'un climat social qui favorise le débat. Le taux sera difficilement atteignable lorsqu'il existe de nombreux désaccords.

En outre, si certaines négociations *“proviennent de l'action législative et il appartient alors aux négociateurs de les mobiliser avec plus ou moins de liberté [...] D'autres résultent d'une négociation plus autonome car la liberté conventionnelle ne s'exprime pas seulement dans les espaces consentis et organisés par le législateur”*<sup>52</sup>. Le télétravail n'est pas une négociation obligatoire et elle relève ainsi de la volonté de l'ensemble des acteurs de l'entreprise. Pour autant elle reste prévue par le législateur. Ainsi, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a profondément remanié l'article L.1222-9 du code du travail et encadre

---

<sup>51</sup> M.Caron “Le télétravail: mise en oeuvre et fonctionnement “Les Cahiers Lamy du CSE, N° 189, 1er février 2019

<sup>52</sup> M.Caron “Le télétravail: mise en oeuvre et fonctionnement “Les Cahiers Lamy du CSE, N° 189, 1er février 2019

désormais le contenu que doit détenir, a minima, l'accord collectif. L'objectif est d'obtenir un cadre protecteur malgré les assouplissements que la réforme a voulu octroyer.

Il s'agit finalement d'un moyen qui peut rester contraignant pour l'entreprise, notamment si cette dernière est frileuse au recours au télétravail et que cela reste occasionnel, voire exceptionnel. En effet, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a supprimé l'obligation de contractualiser la mise en place du télétravail régulier et légalise le télétravail occasionnel contrairement à l'ANI du 19 juillet 2005. Or, l'accord par tout moyen semble plus flexible et docile pour répondre à des demandes individuelles et peu fréquentes. Toute entreprise n'a donc pas d'intérêt à privilégier le recours à l'accord collectif. Il n'en reste pas moins que la mise en place du télétravail par le biais d'un accord collectif n'est pas obligatoire. De même, aucune précision n'a été apportée par le législateur quant à la nécessité de passer par le biais de l'accord avant de recourir à une autre source. Ainsi, il existe un autre moyen d'appréhender le télétravail par un spectre collectif : il s'agit de la charte.

La Charte se présente comme un moyen intermédiaire lorsque la négociation n'a pas été menée à terme mais que l'employeur souhaite encadrer davantage le recours au télétravail afin de limiter les risques, qui pourrait se dégager de la pratique notamment au regard de la conclusion de l'accord par tout moyen pour le télétravail occasionnel. La Charte constitue une réalisation spontanée dont le fondement relève du pouvoir de direction de l'employeur. Ce pouvoir s'appuie à la fois sur le droit de propriété et sur le contrat de travail afin d'assurer la bonne marche de l'entreprise<sup>53</sup>. Par conséquent, l'organisation du télétravail semble légitimement répondre de cette prérogative.

Ce pouvoir de direction est souvent illustré et représenté par le règlement intérieur qui, lui, est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés. Cependant, le contenu de cet acte réglementaire de droit privé<sup>54</sup> est strictement limité par un champ d'intervention qui porte sur les règles relatives à l'hygiène et la sécurité ainsi que le cadre disciplinaire<sup>55</sup>. De plus, l'article L.1222-9 du code du travail ne fait aucune référence expresse au règlement intérieur.

---

<sup>53</sup> L.Rozes, "Entreprise-organisations sociale de l'entreprise" Répertoire de droit du travail, chapitre 2, section 1, article 1, avril 1991

<sup>54</sup> Cass. soc. 25 septembre 1991 n° 87-42.396

<sup>55</sup> C.trav. art. L.1321-1

C'est donc vers la Charte que l'employeur doit se tourner lorsqu'il souhaite recourir au télétravail par le biais de règles préfixées dans l'entreprise. Les chartes d'entreprises s'apparentent cependant plus à un instrument de gestion des entreprises avec la mise en place de valeurs et de principes <sup>56</sup>. Or, afin d'avoir un encadrement effectif, il est nécessaire de pouvoir faire entrer en jeu le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui reste intrinsèquement lié au pouvoir de direction.

Néanmoins, la Charte n'a pas de manière automatique un contenu obligatoire. En effet, le cadre juridique de la Charte est nébuleux et par conséquent, sa valeur normative aussi. Dans tous les cas, il est possible qu'elle devienne contraignante au regard de l'article 1101-1 du code civil qui prévoit que "*les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit*" et qu'ils peuvent avoir des formes "*conventionnels ou unilatéraux*". Ainsi, l'opposabilité directe aux télétravailleurs ne sera admise uniquement si le formalisme et le fond de la Charte répondent à certains critères.

Un rapport fut d'abord rédigé le 6 mars 2007<sup>57</sup> ainsi qu'une circulaire du 19 novembre 2008<sup>58</sup> qui apportent des précisions quant à l'appréciation de ces actes unilatéraux et de leurs clauses. Ainsi, "*l'effet normatif de la charte varie en fonction de son contenu, selon qu'elle comporte ou non des engagements ou des obligations expressément stipulés*".<sup>59</sup> En ce sens, l'article L.1222-9 du code du travail impose un ensemble de mentions relatives à la mise en œuvre du télétravail pour toute la durée du télétravail en commençant par prévoir les conditions de passage en télétravail jusqu'à ceux de retour<sup>60</sup>. Les mentions doivent porter sur de nombreux pans qui régissent la relation de travail tels que les modalités de consentement mutuel<sup>61</sup>, les modalités relative aux règles de temps de travail et de temps de repos<sup>62</sup> et des modalités plus spécifiques pour les travailleurs handicapés<sup>63</sup>). La Charte comportera donc nécessairement un contenu obligationnel.

---

<sup>56</sup> BERRA, Les chartes d'entreprise et le droit du travail, Mélanges Despax, 2002, Presse Universitaire de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p.125

<sup>57</sup> Antonmattei et Vivien, "Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives", Doc. fr. 2007

<sup>58</sup> Circ. DGT n°2008/22, 19 nov.2008, BO Emploi, travail, formation professionnelle, cohésion sociale n°12, 30 nov. 2008

<sup>59</sup> G.Loiseau "La valeur juridique de la charte", Les Cahiers Sociaux, juillet 2017, n°298, p.52

<sup>60</sup> C.trav. art L.1222-9, II,1°

<sup>61</sup> C.trav. art L.1222-9, II,2°

<sup>62</sup> C.trav. art L.1222-9, II,3° et 4°

<sup>63</sup> C.trav. art L.1222-9, II,5°

Dès lors qu'il y a un contenu opposable, la Charte doit suivre un formalisme pour devenir véritablement contraignante. Pour se faire, la jurisprudence considère la Charte comme une adjonction du règlement intérieur. La Charte doit ainsi respecter les règles d'information de l'article L1321-4 du code du travail<sup>64</sup>. En ce sens, le code du travail prévoit l'information-consultation du comité économique et social<sup>65</sup> (CSE). Une consultation obligatoire pour devenir opposable.

Cette force normative permettra davantage à l'employeur de sécuriser les règles du recours au télétravail. Cependant, l'employeur reste soumis aux règles relatives à l'ANI du 19 juillet 2005 lors du télétravail régulier. Ainsi, en dehors de l'obligation de prise en charge des frais expressément prévue par l'ANI, la Charte ne pourra s'émanciper de la contractualisation du télétravail.

En outre, que l'entreprise se porte vers l'accord ou vers la Charte, les répercussions d'une mauvaise pratique du télétravail sont nombreuses tant pour le télétravailleur ( durée du travail et respect des temps de repos, conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle, lien avec la communauté de travail, risques psychosociaux, ...) que pour l'entreprise ( maintien du lien social, risques contentieux et financiers, management, ...) Ainsi, en mettant en place le télétravail de façon collective, les postes éligibles au télétravail seront déterminés préalablement et limitera les contentieux relatifs au refus. C'est également la possibilité pour le salarié de comprendre son refus par le biais des éléments retenus dans l'accord puisqu'à défaut, si l'accord n'existe pas, ni l'ANI du 19 juillet 2005, ni le code du travail, ne prévoit expressément la motivation du refus en dehors des travailleurs handicapés. Il pourrait alors connaître, par le biais des éléments objectifs retenus dans l'accord, les raisons du refus et éviter la création d'un sentiment d'injustice. Il pourrait également être prévu de motiver individuellement le refus. Plus encore, c'est la possibilité de déterminer en amont les jours susceptibles d'être télétravaillés. En ce sens, le télétravail dit "gris" ou "sauvage" peut entrer en ligne de mire et créer de nombreux dégâts tel que le travail dissimulé dont la sanction peut aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et une amende plus que conséquente<sup>66</sup>. Or, avec les nombreux confinements qui sont survenus sur l'année 2020 et 2021, le télétravail s'est

---

<sup>64</sup> TGI Nanterre, 6 octobre 2004, DO 2005, p. 219, note F. SARAMITO ; TGI Versailles (4e chambre), 17 juin 2004, DO 2004, p. 47, note MF BC ; TGI Nanterre (référé), 15 juillet 2005, DO 2006, p. 593 note I. MEYRAT.

<sup>65</sup> C.trav.art.L1222-9

<sup>66</sup> C.trav. art. L. 8224-1

déployé et ainsi *“gérer comme hier au cas par cas quelques cadres très autonomes en forfait jours habitués à travailler partout ne pose pas les mêmes questions organisationnelles que lorsque 25 % des collaborateurs, dont certains sans aucune expérience du travail hors bureau, vont vouloir télétravailler”*<sup>67</sup>.

Mais la mise en place du télétravail peut résulter d'un accord de gré à gré. Son utilisation reste cependant très controversée entre flexibilité et sécurité.

## **Paragraphe II- La construction unilatérale du télétravail**

Le télétravail est un mode d'organisation qui est propre à chaque télétravailleur. Ainsi, quand bien même il existe des moyens de le mettre en œuvre de manière collective, le télétravail doit pouvoir être appréhendé individuellement. C'est en ce sens que l'ordonnance du 22 septembre 2017 conserve la possibilité d'un accord de gré à gré. Cependant, elle met en place une modification fondamentale en supprimant le terme *“régulier”*. En effet, le premier ANI de 2005 définit le télétravail en son article 1 comme *“une forme d'organisation et/ou réalisation de travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière”*. A ce titre, l'ANI fait le choix d'exclure de son cadre le télétravail ponctuel. Ce terme fut repris lors de l'intégration du télétravail dans le code du travail par le biais de la loi du 22 mars 2012 dont l'article L.1222-9 ancien du code du travail était rédigé comme ci-après: *“le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire”*<sup>68</sup>. Désormais, le code du travail s'éloigne de l'accord-cadre européen en supprimant ce critère<sup>69</sup> mais il uniformise le cadre du télétravail. Cette absence entraîne deux conséquences dans la mise en place individuel du télétravail.

La première conséquence est positive car elle permet de répondre à la problématique du télétravail informel. En effet, la lutte contre le télétravail dit encore *“gris”* ou *“sauvage”* était l'objectif premier de la réforme. Il s'agit d'un mode de travail *“réalisé de manière volontaire et plus ou moins régulière, en dehors des locaux de l'employeur, en utilisant les TIC, mais il*

---

<sup>67</sup> J-E Ray *“De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail”* Droit social, 2018, 52

<sup>68</sup> C.trav. L.1222-9 dans sa rédaction antérieure relative à la loi du 22 mars 2012

<sup>69</sup>B.Géniaut *“Covid-19 et télétravail”* Droit social, 2020, 607

*ne respecte pas le dernier critère [...] : la formalisation des conditions d'exercice du télétravail dans le cadre du contrat de travail*<sup>70</sup>. En ce sens, la concertation sur le télétravail des partenaires sociaux mis en oeuvre de janvier à mai 2017<sup>71</sup> relève qu'en 2017 le taux de télétravailleur varie selon les sources entre 2 % à 6 % pour le télétravail avec avenant et de 16 % à 20 % pour le télétravail informel. Il s'agissait alors d'un véritable défi.

En outre, ce recours au télétravail se faisait en dehors du cadre normatif car il n'y avait pas de formalisme qui suivait le consentement des parties. Les raisons sont variées: certains estiment que le télétravail était une forme de récompense envers les salariés les plus performants, et qu'il n'était donc qu'exceptionnel. La mise en place du télétravail était également trop contraignante. Ainsi d'autres préféraient prendre le risque de la requalification par le juge de la situation de télétravail plutôt que d'assurer initialement le coût que cela engendre : “*information (voire consultation) des IRP, diagnostic électrique du domicile des salariés éligibles, signature d'un avenant, indemnité, entretien annuel spécifique ..*”<sup>72</sup>. Enfin, certaines entreprises appliquent strictement le régime juridique relatif au télétravail dit “régulier” dans leur accord. Par conséquent, ils n'existaient pas en interne d'encadrement pour le recours au télétravail occasionnel.

La suppression du terme “régulier” à l'article L.1222-9 du code du travail a ouvert le champ d'application de ces règles au télétravail occasionnel. Cette libéralisation est fondamentale pour la protection du télétravail tel que l'application des règles relatives à l'accident de travail. En effet, si le télétravail occasionnel est informel, il n'est alors pas compris comme un temps de travail effectif. Plus largement, c'est la non prise en compte des impacts sur sa santé que cela soit physique ou psychique. Or, le temps consacré à travailler à son domicile a nécessairement des effets sur le long-terme. En effet, l'obligation de santé et sécurité de l'employeur doit intervenir également sur cet environnement de travail peu commun de manière à ce qu'ils puissent bénéficier des normes de sécurité. De même, la question des heures supplémentaires est un litige abondant.

---

<sup>70</sup> G.Epitalon “ L'entreprise face aux défis du télétravail gris” LBMG Worklabs , 2017

<sup>71</sup> C'est dans le cadre de l'article 57 de la loi Travail de 2016 qu'a été prévue l'ouverture d'une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance avec les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel

<sup>72</sup> G.Epitalon “ L'entreprise face aux défis du télétravail gris” LBMG Worklabs , 2017

Néanmoins, cela a également pour conséquence de complexifier la compréhension du cadre juridique du télétravail. En effet, ce mode d'organisation est scindé en plusieurs régimes juridiques. D'abord, il existe une première distinction entre l'accord collectif et l'accord de gré à gré car l'accord permet de déroger totalement aux règles de l'ANI du 19 juillet 2005. Ensuite, une deuxième scission existe entre la mise en place du télétravail individuel régulier, soumis aux règles de l'ANI du 19 juillet 2005 et la mise en place du télétravail individuel occasionnel, soumis aux règles du code du travail.

Ainsi à partir de quand peut-on considérer que le télétravail n'est plus occasionnel mais bien régulier ? Le caractère occasionnel du télétravail correspond principalement à des situations isolées. Cela s'apprécie souvent en pratique au regard de l'organisation personnelle du salarié tels que la gestion des visites médicales, récupérer les enfants à la sortie de l'école... Le télétravail régulier suivra un certain rythme, une ponctualité. C'est le caractère de la permanence et de la pérennité qui se dégage. Ainsi, les juges du fonds apprécieront la structure mise en place dans le cadre de ce télétravail que cela soit organisé en semaine ou en mois. Il peut s'agir d'un télétravail qui soit à 100% comme un télétravail dit "*pendulaire*" c'est-à-dire en alternance entre des périodes dans les locaux et des périodes de travail à distance dès lors qu'il est prévu sur du long-terme. Ainsi, la compréhension des deux termes ne porte pas à confusion pour déterminer dans quelle catégorie chaque télétravailleur se trouve.

En outre, ce double régime a principalement emporté une distinction quant à la matérialisation du consentement des parties à la mise en place du télétravail. En effet l'article L.1222-9 du code du travail prévoit désormais qu'*« en l'absence d'accord collectif ou de charte lorsque le salarié et l'employeur conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen »*. Il semble alors que l'échange d'un simple mail avec son employeur constitue un accord permettant la mise en place du télétravail. A l'inverse l'article 2 de l'ANI de 2005 prévoit que l'accord "*doit faire l'objet d'un avenant au contrat de travail*".

L'arrivée de l'ANI du 26 novembre 2020 modifie l'article 2 et 3 de l'ANI de 2005. Il prévoit désormais en son article 2.3.2 que "*Tout salarié qui accède, d'un commun accord avec l'employeur, au télétravail régulier est informé par écrit des conditions de mobilisation et de mise en œuvre de cette forme de travail, en fonction du lieu d'exercice du télétravail. Ces informations peuvent notamment porter sur*". En réalité, cet article ne change pas réellement

la donne. S'il n'est plus officiellement attendu un avenant, le télétravail régulier est toujours soumis à un écrit avec un certain contenu. A l'inverse, l'ANI du 26 novembre 2020 reconnaît la possibilité d'accéder au télétravail par tout moyen dès lors que le télétravail reste plus occasionnel. Cette volonté de l'ANI du 26 novembre 2020 de ne pas retourner vers la contractualisation du télétravail s'explique par la lutte contre le télétravail informel et de la flexibilité recherchée afin d'encourager le développement de la pratique au-delà de la crise sanitaire.

Mais la question se pose: pourquoi avoir enlevé l'obligation d'un avenant si l'écrit est toujours indispensable ? S'agit-t-il d'un glissement discret vers une généralisation des régimes ? Cela pourrait poser quelques difficultés. En effet, s'il est vrai que le code du travail fait toujours référence au caractère volontaire du télétravail (ce qui sécurise sur le plan disciplinaire la mise en place individuel du télétravail par tout moyen puisqu'en cas de refus, le télétravailleur ne pourra être sanctionné) "*le contrat de travail lui fournissait en outre un cadre d'exercice stable et pérenne autant qu'il singularisent la situation du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise*"<sup>73</sup>. De plus, il découle de cette absence de formalisation, le silence sur le fait de savoir si l'accord "*doit être réitéré à chaque occasion de télétravail ou s'il s'agit d'un accord de principe au cas où le salarié serait amené à télétravailler*"<sup>74</sup> ce qui peut occasionner des contentieux.

En ce sens, il faut nuancer le propos puisque l'ANI de 2020 préconise de recourir à un écrit afin de bénéficier d'une preuve dans le cas où le télétravail n'est pas régulier.

En outre, la suppression de distinction des règles entre le télétravail régulier et le télétravail occasionnel pourraient fin au statut de télétravail bien identifiable comme pouvait l'être le travailleur à temps partiel ou le travailleur temporaire<sup>75</sup> et "il n'est plus que le télétravail ou, mieux, "*de situation de télétravail*"<sup>76</sup>. Pour Monsieur Boris Géniaut, le statut de télétravailleur est désormais obsolète et démontre la volonté législative de ne pas créer un régime propre au télétravail.

---

<sup>73</sup> B.Géniaut " Covid-19 et télétravail" Droit social, 2020, 607

<sup>74</sup> F.Chopin, "Le télétravail en 2018 : quels enjeux ?", Gazette du Palais, 5 juin 2018, n°20, p. 59

<sup>75</sup> B.Géniaut " Covid-19 et télétravail" Droit social, 2020, 607

<sup>76</sup> Expression empruntée à Boris Sourbes, *in* "La situation juridique du télétravailleur", thèse. Bordeaux, 2017.

Ainsi, malgré des mesures prises dans un but de déploiement du télétravail, le droit positif ne semble pas se tourner vers la mise en place d'un régime juridique propre au télétravailleur. Les règles communes relatif au contrat de travail et donc au statut du salarié continue de s'appliquer au télétravailleur

## SECTION II - L'appropriation du télétravail limitée par l'application du régime juridique salarié

Le télétravailleur reste un salarié et bénéficie de l'ensemble des droits relatifs à la relation salariale. L'employeur est tenu « *de ses obligations de droit commun* »<sup>77</sup>. A ce titre, le télétravailleur doit pouvoir bénéficier des droits et avantages (Paragraphe I) mais également une prise en charge des frais relative à l'exécution de sa prestation de travail (Paragraphe II).

### Paragraphe I - L'homogénéité recherchée par la transposition des droits et avantages

Le télétravail ne dispose pas d'un statut juridique propre comme peut l'être le travailleur indépendant<sup>78</sup>. Il correspond à un mode d'organisation, un aménagement des conditions de travail. Ainsi, les règles prétoriennes issues de la jurisprudence depuis 1996<sup>79</sup> (qui consacre le lien de subordination) continue de régir la relation salariale existante. De même, l'ensemble des règles du code du travail viennent à s'appliquer car « *le télétravailleur est avant tout, faut-il le rappeler, un travailleur* »<sup>80</sup>.

En ce sens, l'article 4 de l'ANI du 19 juillet 2005 précise que « *les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise* ». Dans la continuité, l'article L.1222-9 du code du travail affirme « *le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise* ».

Il est intéressant de noter la différence entre le code du travail et l'ANI de 2005 . En effet, l'accord ajoute l'adjectif « comparable ». La lecture de ce texte consacre certes les droits et avantages généraux, applicables à l'ensemble des salariés mais permet de délimiter le champ d'application de cette dernière en individualisant le télétravailleur et la situation dans laquelle

---

<sup>77</sup> C.trav. art. L.1222-10

<sup>78</sup> C.trav. art. L. 8221-6-1

<sup>79</sup> Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187

<sup>80</sup> P-YVerkindt, « À propos du télétravail et du télétravailleur... après la loi du 22 mars 2012 », Les Cahiers du DRH, 2012.13

il exécute sa prestation. Cela signifie que ce dernier bénéficie des mêmes entretiens professionnels, des mêmes critères de résultats, des mêmes accès à la formation et d'évolution de carrières professionnelles<sup>81</sup> ou encore d'un même droit à l'information et que de manière antinomique, l'employeur est soumis aux mêmes contraintes envers le télétravailleur. Pour autant, ces droits acquis ne confèrent pas automatiquement l'ensemble des avantages à tous, tout comme cela peut être le cas entre salariés.

Par conséquent, malgré la consécration de ces droits individuels, le télétravailleur se verra également soumis aux principes qui irriguent les situations comparables entre salariés tel que l'égalité de traitement. En ce sens, le principe « *à travail égal, salaire égal* »<sup>82</sup> est désormais, par une construction jurisprudentielle, un principe plus général selon lequel, toute différence de traitement entre salariés qui se trouvent placés dans la même situation au regard d'un avantage doit être justifiée par des raisons objectives et pertinentes<sup>83</sup>. Cependant, l'universalité de ce principe fait face à de multiples situations ( entre CDI et CDD, entre temps plein et temps partiel, entre les femmes et les hommes ...) qui rend son application complexe. En ce sens, la récente question sur le bénéfice des tickets restaurant aux télétravailleurs en est une preuve.

Le tribunal de Nanterre avait d'abord rejeté le bénéfice de cet avantage aux télétravailleurs au motif que la situation n'était pas comparable avec des salariés sur site<sup>84</sup>. Mais changement de direction par le Tribunal Judiciaire de Paris qui a reconnu l'octroi de ces tickets restaurants aux télétravailleurs<sup>85</sup>. Les juges du fond apprécient l'objet de cet avantage qu'il déduit des articles L.3262-1 et R.3232-7 du code du travail qui constitue la possibilité de se restaurer durant son horaire de travail journalier mais sans prendre en considérant que le salarié dispose d'un espace personnel pour préparer son repas. En effet, aucun lieu de travail n'est imposé par le code du travail pour effectuer son activité en télétravail, et ainsi rien ne permet de considérer de façon objective qu'ils ne se trouvent pas dans une situation équivalente à celle des salariés présents sur site. La solution du Tribunal judiciaire de Paris est fondée essentiellement sur l'objet de ces tickets restaurant en indiquant qu'ils ont "*pour principe directeur de permettre au salarié de se restaurer lorsque son temps de repas comprend un*

---

<sup>81</sup> G.Dedessus-Le-Moustier "Travail à domicile et télétravail- Le régime juridique du télétravail" Répertoire de droit du travail, 2013

<sup>82</sup> Cass. soc., 29 octobre 1996, no 92-43.68

<sup>83</sup> Cass. soc., 13 mai 2009, no 07-45.356.

<sup>84</sup> TJ Nanterre, 10 mars 2021, n° 20/09616

<sup>85</sup> TJ Paris, 30 mars 2021, n° 20/09805

*repas*”. Par conséquent, le télétravailleur se trouve dans une situation comparable au salarié dès lors que la journée du télétravailleur comprend un temps de repas. Cette décision jurisprudentielle est conforme aux retours du ministère du travail à l’occasion des “Questions-réponses” que cela soit dans la version du 20 mars 2020 que dans celle du 25 mars 2021.<sup>86</sup>

En outre, il ne sera alors pas aisé pour l’employeur de restreindre ce droit face à l’appréciation extensive de l’objet de cet avantage. En effet, le motif de la compensation du surcoût d’un repas pris en dehors du domicile ne semble pas objectif et pertinent<sup>87</sup>. Cependant, et au regard des jurisprudences relatives à ces tickets, l’employeur pourrait être amené à moduler l’apport de ces tickets par le biais d’un accord collectif en prenant en compte la région et le coût de la vie<sup>88</sup>.

De manière plus générale, des dérogations et atténuations sont envisageables afin de prendre en compte les spécificités liées aux conditions de télétravail. En effet “ *une rigoureuse identité de régime entre salariés travaillant dans les locaux de l’entreprise et télétravailleur est de nature à conduire à l’impasse* ”<sup>89</sup>. Ainsi, l’ANI de 2005 avait prévu que pour tenir compte des particularités du télétravail, “des accords spécifiques complémentaires collectifs et/ou individuels peuvent être conclus”<sup>90</sup>. Il se dégage de cette réflexion la difficulté d’application de la totalité des mécanismes face à deux salariés qui se trouvent dans des situations qui ne sont pas si comparables que cela. Il n’en reste pas moins que le télétravailleur reste à ce jour sous le statut du salarié. L’employeur ne peut donc pas déroger à ses obligations.

De plus, la question se pose concernant le respect des droits relatifs aux relations collectives. Ces derniers doivent pouvoir continuer de survenir tant pour les garanties sociales du télétravailleur que pour le maintien du collectif de travail. A ce titre, l’article 11 de l’ANI du 19 juillet 2005 qui affirme l’application des droits collectifs précise que le respect de ces droits concerne notamment “ *leurs relations avec les représentants du personnel et l’accès*

<sup>86</sup> QR, min. Trav., 20 mars 2020, mise à jour 25 mars 2021

<sup>87</sup> E.Lederlin, I.Saint-Lary “Les titres-restaurants : une illustration de la complexité d’application du principe d’égalité de traitement aux télétravailleurs” Semaine Sociale Lamy, N° 1950, 19 avril 2021,

<sup>88</sup> TGI Paris, 28 oct. 2008, no 08-8842, Comité d’entreprise de Neuftex c/ SAS Neuftex.

<sup>89</sup> G.Dedessus-Le-Moustier “Travail à domicile et télétravail- Le régime juridique du télétravail” Répertoire de droit du travail, 2013 ; J-E.Ray “légaliser le télétravail : une bonne idée ?” Droit social, 2012.443

<sup>90</sup> ANI 19 juillet 2005, article 4

*aux informations syndicales, y compris par les intranet syndicaux dans les mêmes conditions que les autres salariés*”. C’est également la possibilité d’acquiescer un mandat et d’être ainsi un acteur actif de cette collectivité.

Ainsi, au delà du fait que le télétravailleur est un salarié à prendre en compte dans le cadre du décompte des effectifs de l’entreprise, il bénéficie d’une information spécifique lors de l’organisation d’un scrutin mais également afin qu’il puisse participer à l’élection. En ce sens, des modalités doivent être mis en place de manière à ce qu’ils puissent participer chez eux ou sur place. Dans tous les cas, leur éligibilité est incontestable.

Cependant, une complication peut survenir quant au rattachement du télétravailleur à l’établissement duquel il exercera ses droits collectifs. A ce titre, le contenu des accords d’entreprise se révélait très hétérogène<sup>91</sup>. Il faudrait ainsi qu’une clause du contrat de travail détermine le lieu de rattachement ou définit par un accord collectif. Il y a aura un enjeu d’une part pour la comptabilité de l’effectif de l’établissement duquel il est affilié et d’autre part pour sa présentation aux élections professionnelles.

L’ANI du 26 novembre 2020 aborde les droits collectifs sous un autre angle par le biais de son article 6 nommé “*La continuité du dialogue social de proximité en situation de télétravail*”. En ce sens, il souhaite renforcer la place des droits collectifs par le renforcement du respect des moyens et outils mis à la disposition des représentants du personnel dans le cadre de leur communication. L’accord souhaite un dialogue social continu, qui passe, en effet, en première ligne par ces représentants.

Concernant les syndicats, il suggère ainsi un local syndical numérique ou des panneaux d’affichage numériques. Or, si des moyens de diffusion sont obligatoires au sein des locaux de l’entreprise<sup>92</sup>, rien n’impose expressément le développement de ces moyens numériques. Un accord d’entreprise peut déterminer les conditions et les modalités de diffusion des informations via les TIC. A défaut d’accord, les syndicats peuvent réclamer l’accès à la messagerie électronique de l’entreprise sous le respect des conditions prévues à l’article

---

<sup>91</sup> G.Dedessus-Le-Moustier “Travail à domicile et télétravail- Le régime juridique du télétravail” Répertoire de droit du travail, 2013 ; J-E.Ray “ légaliser le télétravail : une bonne idée ?” Droit social, 2012.443

<sup>92</sup> C.trav.art. L.2142-3

L.2142-6 du code du travail dont notamment “ *Préserver la liberté de choix des salariés d’accepter ou de refuser un message.*” Cette possibilité de refus de communication du télétravailleur pourrait l’isoler totalement des informations relatives aux syndicats de l’entreprise. En ce sens, le télétravailleur pourrait couper, de sa propre initiative, le lien social avec ces derniers. De plus, l’employeur peut refuser l’accès à la messagerie professionnelle notamment lorsqu’elle peut avoir des conséquences préjudiciables pour la bonne marche de l’entreprise<sup>93</sup>.

Or, cette solution ne peut satisfaire tout télétravailleur, notamment celui qui dispose également d’un mandat syndical et qui souhaite diffuser librement et à tous l’ensemble des informations. A ce titre, la crise sanitaire et le recours massif au télétravail ont mis en évidence la difficulté de communication pour ces derniers. Ainsi, la généralisation du télétravail pourrait-elle mettre en avant la liberté de communication syndicale ? Si le Conseil constitutionnel s’est déjà prononcé en estimant qu’aucun déséquilibre ne doit être apportée entre cette liberté de communication et la liberté tant de l’employeur que des salariés<sup>94</sup>, la décision serait-elle la même s’il n’existait plus de panneaux d’affichage dans les locaux face à l’absentéisme conséquent des salariés qui seraient tous en télétravail ? Face au développement des TIC, il ne serait pas surprenant de voir également le “e-syndicalisme”<sup>95</sup> prendre plus d’ampleur au fil des réformes et des décisions jurisprudentielles. Dans tous les cas, à date, le syndicat qui se permettrait de diffuser sans l’accord de l’employeur via l’intranet de l’entreprise commettra une faute<sup>96</sup>. Il pourra cependant toujours se tourner vers la création d’un site internet externe mais qui, en pratique, aura une efficacité et un impact moins importants auprès de la collectivité.

Concernant les institutions représentatives du personnel, le code du travail ne prévoit aucune utilisation d’outils informatiques. Les communications se font certes plus rares, mais le silence des textes sur la question ne semble pas compatible avec le développement du télétravail.

---

<sup>93</sup> C.trav. art. L2142-6

<sup>94</sup> Cons. Const., 27 sept. 2013, n° 2013-345 QPC

<sup>95</sup>X.Orgerit, « Le développement du “e-syndicalisme” et la liberté syndicale à l’ère de la communication numérique » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 octobre 2013

<sup>96</sup> Cass. Soc., 19 Mai 2010, n°09-40279

Les droits collectifs sont capitales notamment face à un mode d'organisation très individualisé et personnalisé qui a pourtant un impact collectif. C'est pourquoi il y a une nécessité de prévoir le sujet dans le cadre d'un accord collectif à défaut de règles légales qui les prévoient.

Au-delà de règles générales relatives au statut de salarié, le télétravailleur doit pouvoir exercer sa mission sans prendre à sa charge les coûts qui en découlent.

## **Paragraphe II- L'homogénéité recherchée par la prise en charge des frais professionnels**

Dans le cadre du télétravail à domicile, le télétravailleur doit pouvoir fournir une prestation de travail dans les mêmes conditions de travail que le salarié. A ce titre, plusieurs frais professionnels sont à la charge de l'employeur pour l'exercice du télétravail.

Tout d'abord, l'employeur assure les frais fixes. Il s'agit des équipements nécessaires à l'exercice de l'activité en télétravail. En ce sens, l'article 7 de l'ANI de 19 juillet 2005 prévoit *“Sous réserve, lorsque le télétravail s'exerce à domicile, de la conformité des installations électriques et des lieux de travail, l'employeur fournit, installe et entretient les équipements nécessaires au télétravail. Si, exceptionnellement, le télétravailleur utilise son propre équipement, l'employeur en assure l'adaptation et l'entretien”*. Il doit non seulement les fournir mais également prendre à sa charge le coût de l'installation et la maintenance et ce, que le salarié utilise son propre équipement ou non. Cette situation se crée notamment lorsque le télétravail n'est pas régulier.

La question de la fourniture des équipements se pose rarement en pratique, notamment dans le cadre de la conclusion des accords collectifs<sup>97</sup>, tel n'est pas le cas des frais variables qui correspondent aux frais engendrés par le télétravailleur dans son espace de travail tel que le coût lié à la communication, au chauffage, à l'électricité, ou à la maintenance.

Il faut d'abord rappeler que la loi du 22 mars 2012 disposait que l'employeur prenait *“en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail”*. L'ordonnance de

---

<sup>97</sup> H.Guyot *“ La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire”*, JCPS, 22 septembre 2020, n°38

2017 a abrogé ce dispositif. Or, la jurisprudence a toujours fermement convenu qu'au regard du contrat de travail, il était interdit pour l'employeur de faire supporter les frais engagés par celui-ci pour les besoins de son activité professionnelle au « *vu de la règle selon laquelle, les frais professionnels doivent être supportés par l'employeur* »<sup>98</sup>. Un principe rappelé également à l'article 3.1.5 de l'ANI du 26 novembre 2020. De plus, l'employeur doit respecter le principe d'égalité dans une situation comparable entre les salariés.

Ainsi, Monsieur Boris Sourbès et Madame Audrey Probst soulignent la contradiction normative entre le régime juridique applicable au télétravail et la bonne foi contractuelle qui découle de l'article L.1222-1 du code du travail<sup>99</sup> (en plus d'une jurisprudence constante). En effet, il est difficile de comprendre l'intérêt du législateur de supprimer la disposition relative aux frais professionnels dans le cadre du télétravail puisque dans la finalité, la Haute juridiction n'hésite pas à reprendre le fondement contractuel pour imposer la charge des frais professionnels à l'employeur.

Dans le cadre de la crise sanitaire, un auteur a soulevé qu'« *imposer un tel surcoût à l'employeur apparaît tant injustifié qu'inopportun* » notamment car « *le salarié était précédemment abonné à un service internet. Le propos vaut d'autant plus que ce service est également utilisé à des fins personnelles* ». Il estime alors que le télétravailleur disposait déjà d'un abonnement internet qu'il allait payer mais surtout il se rattache à la solution de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mai 2014 qui prohibe le remboursement forfaitaire des frais professionnels au titre de l'utilisation d'outils issus des TIC. En effet, la Haute juridiction estime que ces coûts doivent être remboursés sur la base des dépenses réellement engagées ou lorsque l'employeur ne peut en justifier, d'après la déclaration du télétravailleur sur les heures d'activité professionnelle d'utilisation de ces outils, dans la limite de 50% de l'usage total<sup>100</sup>. Quid du cas des télétravailleurs occasionnels ? Est-il également inopportun et injustifié pour l'employeur de supporter ces frais au regard du caractère exceptionnel de l'utilisation de ces TIC en dehors de la crise sanitaire?

---

<sup>98</sup> Cass. Soc., 9 janvier 2001, n°98-44.833 ; Cass. Soc. 25 Mars 2010, n° 08-43.156

<sup>99</sup> B.Sourbès et A.Probst « Controverse: Faut-il une "autre" réforme du télétravail? », Revue du droit du travail, 2020, p.514

<sup>100</sup> Circ. DSS/SDFSS/5B 2003-7, 7 janv. 2003, modifiée par Circ. DSS/SDFSS/5B 2005-376, 4 août 2005, § III, 3-3-4

Néanmoins, au-delà de l'obligation générale de supporter les frais, l'ANI du 19 juillet 2005 prévoit explicitement la prise en charge des frais professionnels. Il est étendu par arrêté du 30 mai 2006 et par conséquent, l'ensemble des entreprises appartenant à un secteur professionnel dans lequel les organisations patronales signataires sont représentatives sont soumises à cet accord.

Cependant, lorsque le télétravail est mis en place par le biais d'un accord d'entreprise, l'article L.2253-3 du code du travail peut entrer en jeu. En effet, cet article rappelle la primauté de l'accord d'entreprise sur les accords de branche et, plus généralement, sur les accords couvrant un champ territorial plus large (national) dans les thèmes non prévus par les articles L.2253-1 et L.2253-2 du code du travail. A ce titre, le télétravail ne relève pas des mesures impératives instituées au niveau de la branche. Par conséquent, l'accord d'entreprise pourrait déroger à l'exigence de la prise en charge des frais professionnels prévue par l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005. *A contrario*, il pourrait prévoir des avantages plus importants sur cette prise en charge. Une hypothèse plus réaliste au regard du principe de faveur qui irrigue le droit conventionnel.

En revanche, lorsque le télétravail est mis en place par une Charte, l'employeur reste soumis à l'article 7 de l'ANI notamment “ *s'agissant de la charte qui n'a que la valeur d'un simple engagement unilatéral ou d'un usage*”<sup>101</sup>. Là encore, il est possible d'améliorer la prise en charge des frais professionnels en faveur des télétravailleurs “ *avec le risque d'une révocation dont la mise en œuvre serait beaucoup plus facile qu'en présence d'un accord*”<sup>102</sup>.

En tout état de cause, l'employeur sera amené à rembourser les frais professionnels engagés dans le cadre du télétravail (tel que les frais de matériel informatique, de fournitures diverses, électricité ..) en dehors des frais liés à l'usage des outils de TIC par le biais de deux manières selon la jurisprudence<sup>103</sup> : soit en versant une allocation forfaitaire fixée préalablement à la condition que la rémunération relative à l'exécution du travail reste au moins égale au SMIC, soit un remboursement ultérieur sur la base de justificatif. Face à des fréquences variées du recours au télétravail, certains accords prévoient non pas par mois, mais par durée réalisée en

---

<sup>101</sup> B.Gauriau “Le suivi du télétravail”, JCP S, 2020, 3017

<sup>102</sup> B.Gauriau “Le suivi du télétravail”, JCP S, 2020, 3017

<sup>103</sup> Cass. Soc., 9 janvier 2001, n°98-44.833

situation de télétravail avec un remboursement qui varie entre 1,50 euros et 2,30 euros par jour<sup>104</sup>.

En tout état de cause, ces frais engagés pour le remboursement sont exclus de l'assiette des cotisations sous réserve de justificatifs des dépenses réelles. En effet au regard d'un potentiel contrôle Urssaf, l'employeur doit être en mesure de montrer la réalité des dépenses occasionnées.

Ce remboursement des frais professionnels ne doit pas être confondu avec la contrepartie financière versée au salarié en raison de l'occupation d'une partie de son domicile à des fins professionnelles. La Haute juridiction pose en principe que l'occupation du domicile à des fins professionnelles donne lieu à une indemnisation<sup>105</sup> notamment sur le motif de l'atteinte à la vie privée. En effet, le télétravail accentue l'immixtion dans la vie privée car *“le domicile du salarié est souvent celui d'une famille”*<sup>106</sup>. Cette indemnisation est due dès lors que la demande du recours au télétravail est à l'initiative de l'employeur puisque la Haute juridiction considère que cette occupation du domicile dans le cadre de l'activité professionnel *“ n'entre pas dans l'économie générale du contrat ; si le salarié [...] accède à la demande de son employeur, ce dernier doit l'indemniser de cette sujétion particulière ainsi que des frais engendrés par l'occupation à titre professionnel du domicile ”*<sup>107</sup>.

Au regard de cette solution, deux cas excluent l'indemnisation. La première relève d'une lecture stricte de la solution qui suppose que le recours du télétravail à l'initiative du salarié ne peut entraîner la prétention de cette indemnité. La deuxième est relative au recours au télétravail dans un autre espace que le domicile. Ainsi le télétravail qui ne se réalise pas au domicile du salarié n'entraîne aucune indemnité puisqu'aucune atteinte à la vie privée n'existe<sup>108</sup>. A ce titre, chambre sociale de la Cour de cassation précise que le refus du salarié d'exercer son activité dans un local professionnel qui lui est mis à disposition, entraîne la cessation de cette indemnité<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> H.Guyot “ La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire”, JCPS, 22 septembre 2020, n°38

<sup>105</sup> Cass. Soc., 07 avril 2010, n° 08-44.865

<sup>106</sup> F.Bousez “ Télétravail et vie privée”, Cah. soc. juin 2018, n°123h0, p.317

<sup>107</sup> Cass. Soc., 07 avril 2010, n° 08-44.865

<sup>108</sup> Cass. Soc., 12 décembre 2012 n° 11-20502

<sup>109</sup> Cass. Soc. 4 décembre 2013 n°12-19667

La mise en place du télétravail est encadrée juridiquement par la mobilisation de diverses ressources et un régime juridique propre au salarié. Elle est également limitée dans son champ d'application.

## **CHAPITRE II- La délimitation nécessaire du champ d'application du télétravail pour une exécution effective**

Le recours au télétravail n'est pas totalement libre. Il est limité dans sa sphère temporelle (*SECTION I*) car il nécessite de recourir à un double consentement, tant pour être mis en œuvre que pour y mettre fin. Il est également limité dans son accès, car tout salarié ne dispose pas d'un profil ou d'un poste télétravaillable (*SECTION II*).

## SECTION I- La délimitation temporelle de la mise en place du télétravail

Le télétravail étant un mode d'organisation de l'activité du salarié qui ne peut être mis en place sans le consentement des parties, en dehors de circonstances exceptionnelles (*Paragraphe I*). Le raisonnement est identique lorsque le recours au télétravail est arrivé à terme ce qui peut donner lieu à des conflits lorsque seule une partie souhaite retourner à une organisation plus traditionnelle (*Paragraphe II*).

### **Paragraphe I- La naissance du télétravail déterminée par le respect du principe du volontariat**

L'accord-cadre européen du 16 juillet 2002 relatif au télétravail affirme que ce mode d'organisation ne peut être exécuté que sur une base volontaire<sup>110</sup>. L'ANI du 19 juillet 2005 poursuit la même trajectoire.<sup>111</sup> Ce caractère n'a pas non plus été réfuté par l'ANI du 26 novembre 2020<sup>112</sup>. En outre, le code du travail définit légalement le télétravail au travers ce critère du volontariat<sup>113</sup>. Ainsi, l'intégralité des sources juridiques portant sur le télétravail certifient que ce mode organisationnel peut être exécuté qu'en exigeant au préalable un consentement.

Ce principe du volontariat est sécurisé par les règles relatives au droit des contrats et plus spécifiquement à la notion "*d'éléments essentiels du contrat*". Ainsi, l'article 1103 du code civil dispose "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Les contrats ne peuvent être modifiés au bon vouloir d'une des parties au contrat.

L'article L.1221-1 du code du travail soumet les contrats de travail aux règles de droit commun des contrats. A ce titre, lorsque des changements souhaitent être opérés par

---

<sup>110</sup> Accord-cadre sur le télétravail signé par la CES, l'UNICE/UEAPME et le CEEP le 16 juillet 2002, clause 3 p.4.

<sup>111</sup> ANI du 19 juillet 2005, article 2

<sup>112</sup> ANI du 26 novembre 2020, article 2.3.1

<sup>113</sup> C.trav. art. L.1222-9

l'employeur pendant l'exécution du contrat, ce dernier doit distinguer la modification du contrat de travail des changements de conditions de travail<sup>114</sup>. Cette distinction "*oppose la sphère du contrat [...] et la sphère du pouvoir de direction du chef d'entreprise*". Ainsi, seule la modification du contrat exige le consentement du salarié.

La mise en place du télétravail interroge sur la teneur du changement qu'il emporte pour le télétravailleur et les règles juridiques qui en découlent. En effet il est novateur "*le fait pour un salarié de pouvoir travailler pour une partie de son temps dans les locaux de l'entreprise, et de poursuivre cette même activité à son domicile, parfois avec les mêmes outils et suivant les directives de son employeur*"<sup>115</sup>. En ce sens, il est affirmée par la jurisprudence depuis 2003 que le lieu d'exécution a "*valeur d'information*"<sup>116</sup> sauf exception "*qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son contrat de travail exclusivement dans ce lieu*"<sup>117</sup> ou même au regard d'une délimitation géographique appréciée par les juges du fond.<sup>118</sup> Par conséquent, la mention dans le contrat de travail par une clause claire et précise n'induit pas nécessairement l'accord du salarié lors du changement. La dérogation n'est pas valable juridiquement mais relève d'une décision économique notamment car en pratique "*la nécessité de recueillir à chaque modification du contrat l'acceptation du salarié rend sa gestion difficile*"<sup>119</sup>.

Cependant, la Haute juridiction s'est positionnée sur la question avant même l'arrivée de l'ANI du 19 juillet 2005 en affirmant en 2001, "*que le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail*"<sup>120</sup>. La décision se fonde non pas sur l'économie du contrat mais sur le respect à la vie privée<sup>121</sup>. Il s'agit ici du télétravail à domicile, or, la vie privée est l'un des droits les plus sacrés. En effet, la Cour de cassation apprécie sévèrement les immixtions dans la vie privée par le pouvoir patronale<sup>122</sup>.

---

<sup>114</sup> Cass. soc. 10 juillet 1996, pourvoi n° 93-40.966 ; Bull. civ. 1996, V, n° 278 ; Gaz. Pal. Rec. 1997, panor. cass. p. 156 - CSBP 1996, n° 85 A. 62, obs. A. Philbert ; JCP 1997, II, 22768, note Y. Saint-Jours

<sup>115</sup> A.Probst "Télétravail au domicile", Droit social, 2006, 1109

<sup>116</sup> Cass. Soc. 3 juin 2003, n°01-43.573

<sup>117</sup> Cass. Soc., 3 juin 2003, °01-43.573

<sup>118</sup> Cass. soc., 2 avr. 1998, no 95-43.541 ; Cass. soc., 4 mai 1999, n°97-40.576 ; Cass. soc., 15 juin 2004, n°01-44.707

<sup>119</sup> F. PETIT, "gérer et anticiper la modification du contrat de travail " Le Droit Ouvrier, août 2016, n°817, p483.

<sup>120</sup> Cass. Soc. 2 octobre 2001 n°99-42.727

<sup>121</sup> civ. art.9

<sup>122</sup> Cass. 26 novembre 2020, n°00-42.401

Par la suite, la jurisprudence n'a pas repris le fondement de l'article 9 du code civil. La chambre sociale de la Cour de cassation s'est positionnée sur une modification unilatérale du contrat de travail au regard de l'ancien article 1134 du code civil. Elle précise sa solution lors de l'arrêt de référence du 31 mai 2006<sup>123</sup> en révélant un nouvel élément essentiel : la contractualisation de l'organisation du travail. En effet, la Cour estime que "*le travail à domicile ne concerne pas seulement le lieu d'exercice de l'activité ; c'est aussi un mode d'exercice de l'activité*"<sup>124</sup> puisque l'employeur remet en cause "*l'organisation du travail, les horaires de travail et la vie personnelle du salarié*"<sup>125</sup>. Au regard de cette solution, la Haute juridiction prohibe expressément l'insertion d'une clause de mobilité pour mettre en place le télétravail. Cette solution peut notamment s'expliquer au regard du fait que le télétravail n'est pas exclusivement pratiqué à domicile. Ainsi, en se fondant sur le contrat de travail et non sur le droit du salarié, il bénéficie d'une protection plus large qui permet de sécuriser le recours au télétravail.

En outre, l'appréciation de ce mode d'organisation comme un élément essentiel du contrat permet de ne pas le modifier unilatéralement. L'enjeu est donc fondamental: il permet de reconnaître l'absence de faute du salarié dès lors qu'il refuse de recourir au télétravail. L'ANI du 19 juillet 2005 confirme cette position, de même que l'article L.1222-9 du code du travail qui dispose que "*Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail.*" Ainsi, cette homogénéité permet la construction d'une protection juridique aguerrie qui ne peut être outrepassée par le biais d'une clause contractuelle ou encore d'une clause conventionnelle ( lorsqu'un accord collectif est mis en place, il peut prévoir la mise en oeuvre directe du télétravail, avec l'accord du télétravailleur auquel il est opposable, dès lors que ce dernier ait pu prendre connaissance des dispositions de l'accord).

Cependant, plusieurs nuances doivent être apportées. Tout d'abord, d'un point de vue managériale : qui sont les destinataires de cette exigence ? S'agit-il uniquement du salarié ou également de l'employeur, voire plus? Le contrat de travail est un contrat qui lie le salarié et

---

<sup>123</sup> Cass. soc., 31 mai 2006 n°04-43.592, JurisData n° 2006-033752 ; JCP S 2006, 1815, note B. Bossu ; Dr. soc. 2006, p. 925, note J. Savatier

<sup>124</sup> B.Bossu " L'employeur ne peut pas remettre en cause unilatéralement le télétravail "JCP S, 4 mars 2008, n°10, 1150

<sup>125</sup> M. Morand " Mobilités et libertés" Semaine sociale Lamy 9 juill. 2006, p. 8; B.Bossu " L'employeur ne peut pas remettre en cause unilatéralement le télétravail "JCP S, 4 mars 2008, n°10, 1150

l'employeur et toute modification doit être consentie par les deux parties lors du recours au télétravail. Le consentement est a priori, double. En ce sens, l'ANI relatif au télétravail du 26 novembre 2020 ne parle pas d'un "*caractère volontaire*" mais "*d'un double volontariat*" alors même que le contenu est identique à son prédécesseur de 2005. La jurisprudence l'affirme expressément dans un arrêt récent du 17 février 2021<sup>126</sup> dont la solution précise "*qu'il n'existait aucun accord entre le salarié et l'employeur sur le recours au télétravail*". En l'espèce, le salarié s'auto-proclamait télétravailleur alors que l'employeur n'avait jamais donné un consentement valable au recours au télétravail. La doctrine confirme cette appréciation en estimant que "*le recours au télétravail repose sur la volonté commune des parties au contrat de travail, de telle sorte que chacune d'elle peut refuser la sollicitation de l'autre*"<sup>127</sup>.

Mais en pratique Monsieur Jean-Emmanuel Ray préfère identifier ce caractère par l'appréciation d'un "*triple-consentement: entreprise-salarié-cadre de proximité*"<sup>128</sup>. En ce sens, il estime que "*car c'est lui ( le cadre de proximité) et pas la DRH, qui au quotidien, va devoir faire face aux problèmes posés.*" En outre, le caractère volontaire du télétravail s'étend au-delà des parties liées par le contrat de travail pour répondre à une exigence non plus juridique mais organisationnelle. Cependant, si le champ d'application de cette condition relative au télétravail s'étend par un principe de réalité, la sécurité juridique qui permet de l'encadrer semble s'affaiblir.

En effet, la matérialisation de ce consentement, lorsqu'il est individuel, passait auparavant par un avenant au contrat de travail. Désormais, il est possible de le consentir "*par tout moyen*". Si une partie de la doctrine estime que cette modification permet une meilleure flexibilité, d'autres expriment une tout autre opinion "*juridiquement cependant, comment comprendre le maintien du caractère volontaire du télétravail dans sa définition légale tandis que la référence au contrat de travail se trouve effacé ?*"<sup>129</sup> Or, cette contractualisation permet d'obtenir un accord clair et non équivoque des parties concernées, prévue par le droit des contrats. Une exigence attendue puisque le télétravailleur et le salarié ont les mêmes droits<sup>130</sup>,

---

<sup>126</sup> Cass. soc., 17 février 2021, n°19-13.783

<sup>127</sup> H.Guyot, "Le télétravail codifié", JCP S, 2012 p.1204

<sup>128</sup> J-E Ray, *Droit du travail: droit vivant*, Liaisons, Droit vivant 29e édition, 2020

<sup>129</sup> B.Géniaut, "Covid-19 et télétravail" Droit social, 2020, p.607

<sup>130</sup> C.trav. L.1222-9, III "Le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise."

ce qui signifie qu'ils disposent du même régime juridique. La contractualisation du télétravail est donc soumise aux mêmes règles légales. Néanmoins, les dernières réformes ont démontré une volonté gouvernementale d'encourager le recours au télétravail par le biais d'un cadre collectif. En ce sens, il n'y a plus de nécessité de contractualiser cette pratique.

Enfin, il existe une nuance légale apportée par le code du travail à l'article L.1222-11 du code du travail. Ce dernier dispose " *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.*" Cet article est né suite à la pandémie grippale H1N1 de 2009<sup>131</sup> et la volonté de trouver une solution afin de conserver une continuité économique dans certaines situations où il est impossible de se présenter aux locaux de l'entreprise, notamment de pandémie. Le législateur l'a entériné dès l'intégration du télétravail dans le code du travail sous la loi du 22 mars 2012. L'objectif de cet article est de " *neutraliser la faculté pour le salarié de refuser le télétravail en cas de circonstances exceptionnelles en assimilant le passage au télétravail à un simple aménagement de poste*"<sup>132</sup>. Le consentement du salarié est relayé à une simple condition de travail. Un changement qui est juridiquement contestable, voire inexplicable mais qui trouve comme justification de " *garantir la continuité de l'activité de l'entreprise*"<sup>133</sup> et dont " *le cadre est sociétal*"<sup>134</sup>.

L'article L.1222-11 détermine une liste non exhaustive de ce qui peut constituer " *une circonstance exceptionnelle*". Quid des dérives potentielles de l'appréciation de ces circonstances anodines ? En effet, l'ANI de 2020 exprime dans son article 7 que dans le cas où cet article vient à être déclenché, " *dans ce cas, la décision relève du pouvoir de direction de l'employeur*". L'employeur ne viendra-t-il pas abuser de cette prérogative dans certaines circonstances ? L'ANI de 2020 évoque des destructions accidentelles des locaux de l'entreprise, mais quant-est-il lorsqu'il s'agit d'une panne d'électricité ?

---

<sup>131</sup> Circ. DGT n° 2009-15, 25 juin 2009. – Circ. DRT n° 2009-16, 3 juill. 2009

<sup>132</sup> L.DRAI, Fasc. 3-24 : TRAVAIL À DOMICILE ET TÉLÉTRAVAIL, JurisClasseur Travail Traité, Lexis360, 30 avril 2021.

<sup>133</sup> ANI 2020, article 7.1

<sup>134</sup> B.Géniaut "Covid-19 et télétravail", Droit social, 2020, p.607

Mais cette force obligatoire semble cependant plus faible qu'elle en a l'air. Premièrement, la rédaction du texte emploie le verbe "*pouvoir*" qui sous-entend que les juges du fond seront compétents pour apprécier si les circonstances exigent le passage en télétravail<sup>135</sup>. En effet, le texte estime "*en cas de circonstances exceptionnelles [...] la mise en oeuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement de poste*". Le changement de nature du recours au télétravail n'est donc pas automatique dès lors que l'employeur semble vouloir l'utiliser.

De même, la période de la crise sanitaire est un exemple concret et probant des limites de la force normative de ce texte. Durant cette crise, le ministère du travail estime que "*suite au passage au stade 3 de l'épidémie, le télétravail devient la norme pour tous les postes qui le permettent*"<sup>136</sup>. Pour autant, aucun texte mis en œuvre pour le covid-19 n'a eu de valeur normative pouvant imposer à l'employeur de placer ses salariés en télétravail. En effet, le protocole sanitaire est dépourvu d'effet juridique et ne détient qu'une valeur de recommandation<sup>137</sup> ainsi que pour le site internet avec les questions réponses portant sur la covid-19 mis en place par le ministère du travail. Il semble alors que l'employeur n'avait pas d'obligation de mettre en place le télétravail alors qu'une situation de pandémie existe (outre son obligation de sécurité).

Concernant les salariés protégés, aucune dérogation ne sera apportée par le biais de ce texte à la protection exorbitante du droit commun dont ils bénéficient. Ainsi l'employeur doit obtenir le consentement même dans le cadre d'un changement des conditions de travail. Le pouvoir de direction de l'employeur se retrouve alors paralysé et constitue un abus de droit<sup>138</sup> s'il souhaite s'interposer à la règle. Tout acte pris sur ce fondement sera alors nul, notamment dans le cadre d'une sanction disciplinaire et ce même en application de l'article L.1222-11 du code du travail.

Au-delà de la remise en cause du caractère volontaire comme essence même de la mise en œuvre du télétravail, cet article démontre l'insécurité juridique qui peut se développer après son déclenchement. En effet, lorsque l'article L.1222-11 du code du travail est envisagé, il n'y est prévu aucun formalisme accompagnant son déclenchement à l'exception de

---

<sup>135</sup> H. Guyot, "Le télétravail en temps de crise sanitaire, un nouveau sport national "JCP S 2020, act. 135

<sup>136</sup> Min.trav. Q-R Spécial Covid-19, 19 mars 2020

<sup>137</sup> CE 19 oct. 2020, n° 444809, JA 2020, n° 628, p. 11, obs. D. Castel

<sup>138</sup> H. Guyot, "Le télétravail en temps de crise sanitaire, un nouveau sport national ", JCP S 2020, act. 135

l'information-consultation du comité sociale et économique constitué dans les entreprises d'au moins cinquante salariés au titre de l'article L.2312-8 du code du travail<sup>139</sup> concernant les mesures d'organisation relatives à la continuité d'activité. La crise sanitaire, notamment durant le premier confinement, a démontré la difficulté du déploiement généralisé du télétravail lorsqu'il n'y a eu aucunes modalités prévues au préalable par prévention. Si certaines entreprises avait acté avec leur comité, depuis la crise sanitaire du H5N1, de considérer le télétravail comme le mode d'organisation à déployer dans le cadre d'une prochaine crise sanitaire en l'intégrant dans leur Document Unique, beaucoup se sont retrouvés face à une multiplicité de questions et de risques face à l'absence d'aménagement prévu et donc de cadre juridique pour le télétravailleur.

En ce sens, l'ANI de 2020 met l'accent sur "*l'anticipation [...] et l'organisation du dispositif*"<sup>140</sup> au travers son article 7 et incite les entreprises qui ne disposent pas d'un comité économique et social à concerter "*avec les salariés avant de mettre en place le plan de continuité par décision unilatérale*".

Le télétravail est également assujéti à un principe de réversibilité, qui permet de mettre fin au télétravail sous certaines conditions.

## **Paragraphe II - La fin du télétravail déterminée par le respect du principe de réversibilité**

Le principe de réversibilité se retrouve dans l'accord-cadre européen de 2002 et a été repris à l'article 3 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005. Ce principe se retrouve également au 1<sup>o</sup> du II de l'article L.1222-9 du code du travail en imposant la détermination des "*Les conditions de passage en télétravail, [...] conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail*" dans le cadre d'un accord collectif ou d'une charte. A défaut, c'est l'ANI de 2005 qui vient à s'appliquer.

---

<sup>139</sup> L'article dispose que le CSE est consulté sur « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise » et notamment sur « les conditions d'emploi, de travail, notamment la durée du travail, et la formation professionnelle

<sup>140</sup> L.DRAI, Fasc. 3-24 : TRAVAIL À DOMICILE ET TÉLÉTRAVAIL, JurisClasseur Travail Traité, Lexis360, 30 avril 2021.

Ce retour s'apprécie à deux niveaux. Tout d'abord une réversibilité initiale. Il s'agit de la période d'adaptation qui est sous entendu dans les conditions de passage à déterminer par l'article L.1222-9 du code du travail si le recours au télétravail est par le biais d'un accord collectif ou d'une charte. Les ANI sont quant à eux plus précis, car ils prévoient expressément cette période et l'impose. Pendant ce laps de temps déterminé par les parties, il est possible, à l'initiative de l'une ou de l'autre, de mettre un terme à ce mode d'organisation moyennant le respect d'un délai de prévenance<sup>141</sup>. En pratique, ce délai est souvent de deux-trois mois. Dans ce cas, la partie qui souhaite mettre un terme au télétravail n'a pas besoin d'obtenir l'accord de l'autre partie. Cette réversibilité initiale est une période primordiale pour le télétravailleur mais également pour son manager afin de prendre possession de nouvelles habitudes ou encore d'observer une continuité de performance de la part du télétravailleur.

En deuxième lieu, il s'agira de la réversibilité à terme qui s'étend au-delà du délai de prévenance. L'employeur, tout comme le télétravailleur peut à tout moment considérer que ce mode d'organisation, ou du moins les modalités prévues, ne lui conviennent plus. Cette volonté peut également être commune. Par conséquent, lorsque le télétravail est mis en œuvre au cours de l'exécution du contrat de travail, le télétravail n'est jamais irréversible.

Mais puisque ce changement de mode d'activité constitue une modification du contrat de travail, le retour dans les locaux en dehors de la période d'adaptation nécessite le consentement des deux parties. En outre, la chambre sociale de la Cour de cassation a déjà précisé que l'employeur qui souhaite mettre un terme au télétravail en l'absence de clause de réversibilité doit recueillir l'accord du salarié<sup>142</sup>. A la lecture de cette solution, il est logique que la situation inverse (soit à l'initiative du télétravailleur) réponde à la même exigence.

Néanmoins, une condition se dégage pour que le consentement ne soit plus attendu lors du terme du télétravail mais au préalable: c'est la mise en œuvre d'une clause de réversibilité. Cette clause peut être prévue dans le cadre d'un accord collectif, d'une charte ou par le biais d'un avenant au contrat de travail. Ainsi, dès lors qu'une clause détermine les conditions de cessation du télétravail et le retour du salarié dans les locaux, l'autre partie ne peut y réfuter.

---

<sup>141</sup> ANI de 2005, article 2 - ANI 2020, art 2.3.4

<sup>142</sup> Cass. Soc. 13 février 2013 n°11-22.360

Pour exemple, l'accord collectif de la société INDDIGO<sup>143</sup> prévoit que l'employeur peut mettre un terme après une période probatoire au télétravail lorsque *"l'organisation du service devenant incompatible avec la situation de télétravail permanente"*, ou encore suite à des *"changement de fonctions et/ou de service et/ou mobilité géographique devenant incompatible avec la situation de télétravail"*.

La clause de réversibilité permet de déterminer les conditions de retour ce qui permet de sécuriser le processus. Elle évite ainsi un retour trop brutal. Elle peut mettre en place un entretien de retour et la fixation d'une période de réintégration dans les locaux avec éventuellement, une réduction progressive du télétravail. De cette manière, le télétravailleur se familiarise de nouveau avec l'environnement de travail dans les locaux à temps plein, notamment lorsqu'il revient d'une longue période en télétravail.

Cependant il faut noter quelques distinctions relatives au retour dans l'entreprise. En effet les deux ANI prévoient<sup>144</sup> une distinction selon le moment où le recours au télétravail a été opéré. Ainsi, ces accords prévoient uniquement une priorité d'emploi lorsque télétravail constitue une condition d'embauche *"Si le télétravail fait partie des conditions d'embauche, le salarié peut ultérieurement postuler à tout emploi vacant, s'exerçant dans les locaux de l'entreprise et correspondant à sa qualification. Il bénéficie d'une priorité d'accès à ce poste."* Cette priorité d'emploi n'est pas précisée pour le recours au télétravail qui a été convenu ultérieurement à l'embauche. A l'inverse, le code du travail uniformise la règle en précisant à l'article L.1222-10 2° qu'il existe une priorité pour l'employeur *"occuper ou reprendre un poste sans télétravail qui correspond à ses qualifications et compétences professionnelles et de porter à sa connaissance la disponibilité de tout poste de cette nature"*. L'utilisation des termes *"occuper"* ou *"reprendre"* montre l'absence de distinctions de temporalité du recours au télétravail. De même, l'article précise bien que *"Outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail"*. Il s'agit donc bien d'une obligation spécifique au télétravail qui s'ajoute pour l'employeur. Il ne peut y déroger.

Cette clause permet d'une part d'assurer la bonne marche de l'entreprise car si le télétravail convient à celui qui y a recours, tel ne sera peut-être pas le cas de son équipe ou de ses

---

<sup>143</sup> Accord société INDDIGO, du 13 juillet 2021, T07321003433

<sup>144</sup> ANI du 19 juillet 2005, article 3 et ANI du 26 novembre 2020, article 2.3.5

supérieurs hiérarchiques. Or, si l'employeur n'a pas de prise sur cette décision, il pourrait être amené à passer par des décisions fatales. Par exemple, l'employeur pourrait organiser des réunions en présentiel obligatoire pour obliger le télétravailleur à revenir en interne. A défaut, il pourrait faire entrer en jeu le licenciement pour abandon de poste. Quid du télétravailleur qui, après une période de confinement, a estimé qu'il pourrait continuer le télétravail de façon permanente et qui a décidé de s'exiler plus loin pour bénéficier d'un meilleur environnement de vie ? Là encore, le télétravail met en confrontation deux intérêts qui peuvent très rapidement être divergents.

Cependant, la crise sanitaire et le déploiement massif du télétravail ont fait naître un nouveau débat juridique relatif à l'interprétation de l'article L.1121-1 du code du travail. En effet, les confinements ont laissé le temps à la remise en question de l'équilibre entre vie personnelle et vie professionnelle. A ce titre, cela a fait ressortir de nombreuses envies individuelles “*souvent très légitimes, mais incompatibles avec la communauté de travail et/ou la performance de l'entreprise.*”<sup>145</sup> Ainsi l'article relatif aux respects des droits et libertés individuelles et collectives a été le fondement de certains en estimant que la volonté patronale de leur retour au télétravail était en confrontation avec le respect de la vie privée et familiale. Ainsi, certains télétravailleurs estiment que la productivité qu'il assure depuis leur domicile est la même que celle qu'ils peuvent produire en entreprise sans devoir subir de nombreuses contrariétés dans la journée telle que la perte d'heure de sommeil occasionné par les heures de transports avant de pouvoir accéder aux locaux de l'entreprise.

Pour éviter des dérives, certains accords collectifs prévoient que pendant les jours de télétravail, le collaborateur reste tenu de se rendre dans les locaux de l'entreprise en cas de demande de son manager, pour participer notamment aux réunions ou tout autre motif justifié par le bon fonctionnement du service. Or, il serait pour certains télétravailleurs pas “*justifiées par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnées au but recherché*” d'avoir pour obligation de retourner dans les locaux de l'entreprise alors que le résultat attendu est atteint. Le débat étant nouveau, aucune décision jurisprudentielle n'a encore confronté ce litige.

Enfin, l'article 1833 du code civil relatif à l'intérêt social de l'entreprise est également sollicité. L'article dispose qu'au regard de l'intérêt social, la société “*prend en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*”. C'est sur le fondement de

---

<sup>145</sup> J-E Ray “ De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance”, Droit social, 2021, p.236

l'environnement que l'entreprise devrait pouvoir laisser les salariés travailler à distance. Une justification dont il en ressort une antinomie liée à la pollution numérique dans une époque où, il est prouvé qu'envoyer un simple mail peut polluer par le biais du stockage de ces mails dans des datas centers.

Le champ d'application du télétravail est également encadré par des critères nécessaires à la bonne pratique du télétravail, délimitant son accès.

## SECTION II- La délimitation de l'accès au télétravail

L'ordonnance du 22 septembre 2017 modifiant les articles relatifs au télétravail ont fait naître l'utopie d'un "*droit au télétravail*". Or, si le télétravail est soumis à un caractère volontaire du télétravailleur, parler d'un "droit" serait un abus de langage et il faudrait se limiter à "*une ébauche de droit au télétravail*"<sup>146</sup> (*Paragraphe I*). En effet, tout salarié n'est pas éligible à ce mode d'organisation et divers critères sont à prendre en compte (*Paragraphe II*).

### Paragraphe I- La décision objective et patronale de l'accès au télétravail

Le télétravail ne constitue "*ni une faveur (pour l'ami(e) du manager) ni une sanction*"<sup>147</sup>. La demande de recours au télétravail doit donc être appréciée objectivement.

L'article L.1222-9 du code du travail dispose que "*L'employeur qui refuse d'accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse.*" En ce sens, tout salarié est a priori, en droit de demander le recours au télétravail et c'est à l'employeur d'accompagner sa réponse négative de justifications objectives. Cette obligation pour l'employeur est également applicable dans le cas d'une demande par un travailleur handicapé<sup>148</sup> ou d'un proche aidant<sup>149</sup> même en l'absence d'accord collectif et de charte. L'ANI de 2020 confirme ce principe en faisant référence à l'article L.1222-9 du code du travail qui prévoit cette motivation "*dès lors que l'accès au télétravail est ouvert dans l'entreprise par un accord collectif de travail ou par une charte*".

De même, concernant le recours au télétravail par le biais de l'accord ou de la charte, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a prévu que l'employeur se doit, lorsqu'il souhaite mettre en place collectivement le télétravail, de déterminer "*les conditions de passage en télétravail*"<sup>150</sup>. Il convient alors de mener en amont une réflexion sur la définition du télétravail d'une

---

<sup>146</sup> J-E Ray, "De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail", Droit social, 2018, p52.

<sup>147</sup> J-E Ray, "De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail", Droit social, 2018, p52.

<sup>148</sup> C.trav. art.L.5212-13

<sup>149</sup> CASF. art.L.113-1-3

<sup>150</sup> C.trav L.12229

part, au regard de critères objectifs, mais d'autre part, compatibles avec le fonctionnement de l'entreprise.

Cependant, en l'absence d'accord collectif ou de charte sur le télétravail, l'employeur est libre de donner suite, ou non, à la demande du salarié. Aucune sanction n'est prévue dans l'éventualité où l'employeur ne motive pas sa décision de refus. En effet, L'ANI du 19 juillet 2005 dispose que le salarié qui désire opter pour le télétravail se verra délivrer un retour "après examen" par l'employeur. Il n'est pas expressément indiqué que l'employeur motive sa décision dans le cas d'un refus. Néanmoins, il semble que l'employeur devra apprécier les capacités du salarié à pourvoir travailler à distance. Rien ne lui impose cependant d'expliquer son choix au salarié une fois celui-ci définitif.

A ce titre, l'ANI du 26 novembre 2020 prévoit que "*Dans les autres cas ( quand il n'y a pas d'accord ou de charte), l'employeur est invité à préciser les raisons de son refus d'accéder à la demande de télétravail émanant d'un salarié*"<sup>151</sup>. La tournure de phrase proposée par les partenaires sociaux ne semble pas créer une obligation de motivation lorsqu'il s'agit d'un accord de gré à gré. L'employeur semble pouvoir décliner cette invitation et de simplement refuser la demande. Ce choix de l'ANI de 2020 s'inscrit dans la continuité de son existence: l'accord ne souhaite pas créer de nouvelles règles juridiques.

Cette prise de position peut s'expliquer d'une part dans la volonté de rester en cohérence avec les règles édictées par le code du travail. Cela peut également s'expliquer par la volonté de ne pas imposer à l'employeur de consacrer un temps conséquent dès lors qu'il se retrouve avec un effectif trop important qui souhaiterait bénéficier de ce mode d'organisation. Une justification qui reste cependant très fragile lorsqu'il est exigé par le code du travail que l'employeur qui refuse la demande d'un salarié alors qu'un accord ou une charte existe, doit dûment motiver sa réponse. Pour autant, l'employeur aura tout intérêt à motiver sa décision afin d'éviter que le salarié doute sur le motif premier de son refus qui serait éventuellement litigieux.

En effet, le refus de motiver peut mettre en lumière les refus discriminatoires de l'employeur. L'article L.1132-1 du code du travail qui régit la liste des motifs prohibés vient à s'appliquer tout au long de la relation de travail. La situation familiale est le motif discriminatoire le plus souvent évoqué par la doctrine qui pourrait ainsi donner lieu à des contentieux, notamment pour les familles avec un enfant en bas-âge. A ce titre, la DARES souligne que "*les salariés*

---

<sup>151</sup> ANI du 26 novembre 2020, article 2.3.3

avec un enfant de moins de 3 ans sont plus souvent télétravailleurs"<sup>152</sup>. En ce sens, l'employeur qui connaît la situation familiale d'un de ses salariés, notamment pour une femme à qui la société assimile plus facilement les tâches domestiques et familiales, aura tendance à penser que la demande de télétravail cache une diminution de son temps de travail pour s'occuper de sa vie de famille. Or, le premier intérêt qu'à l'employeur d'accepter le télétravail est d'assurer une productivité. Il s'agit d'un enjeu déterminant pour l'employeur notamment car les dommages et intérêts pour discriminations n'ont pas été plafonnés par les ordonnances Macron de 2017.

D'où l'importance notamment de définir avec exactitude les critères d'éligibilité. Les managers de proximité seront des acteurs clés dans cette délimitation puisqu'ils seront le plus à même d'identifier les situations et les profils aptes à pouvoir télétravailler selon leurs secteurs d'activités et l'organisation des équipes. A l'inverse, si les frontières sont mal déterminées, l'employeur pourrait se retrouver face à des contestations syndicales qui lui reprocheront une exécution déloyale de l'accord<sup>153</sup> ou des abus de droit.

Ainsi, l'obligation de prévoir des critères d'éligibilité lorsque le télétravail est mis en place de façon collective permettra à l'employeur d'éviter des reproches sur une potentiellement mauvaise foi. De même, l'acte étant propre à l'entreprise, les comparaisons avec d'autres ne seront pas envisageables dès lors que le critère reste fondé sur un élément objectif. De ce fait, de simples exigences managériales peuvent justifier le refus du télétravail<sup>154</sup>.

En outre, l'ordonnance de 2017 permet tout de même d'assurer une protection juridique pour les salariés qui souhaitent recourir au télétravail. Le gouvernement a en effet souhaité aller au delà d'une simple "*opposition de principe*"<sup>155</sup>. Ainsi, il est souligné par l'entourage de la ministre du travail lors de l'ordonnance Macron que "*nous renversons la charge de la preuve*". Une corrélation peut ainsi être faite avec le régime prohibitif de la discrimination. Ce régime prévoit un allègement de la preuve. La victime doit alors faire supposer un doute aux juges du fond et non apporter une preuve en tant que de telle de la discrimination.

Cependant il faut remarquer que ni le législateur, ni les partenaires sociaux n'ont déterminé une liste indicative permettant de déterminer des critères d'éligibilité qui permettrait à l'employeur de pouvoir s'appuyer dessus. S'il est certain qu'aucune liste exhaustive ne peut

---

<sup>152</sup> DARES ANALYSES, "Quels sont les salariés concernés par le télétravail?" novembre 2019, n°051

<sup>153</sup> J-E Ray, "De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail", Droit social, 2018, p52.

<sup>154</sup> CA Versailles, 17<sup>e</sup> chambre, 8 Janvier 2020, n° 17/02252

<sup>155</sup> A.Barriet "Les ordonnances Macron consolident le droit au télétravail", actuel RH, 2017

être envisageable au regard de la multiplicité des cas qui pourrait être soumis aux employeurs, il aurait pu être appréciable pour l'employeur de détenir une base afin notamment de faire une distinction entre des éléments objectifs et subjectifs qui sont parfois mal identifiables.

Dans tous les cas, le régime juridique existant avec la mise en place de la motivation du refus et les conditions d'éligibilité en amont ne représente qu'une étape "*aucune procédure de contestation de la décision n'est prévue*". Cependant, il s'agit d'un premier pas pour flexibiliser et encourager le télétravail afin de répondre aux besoins organisationnels qui se présentent de plus en plus dans la vie quotidien de chacun et ainsi "*opérer un changement culturel pour démocratiser le recours au télétravail*"<sup>156</sup>.

La décision reste unilatérale puisque l'employeur reste détenteur du pouvoir de gestion et assure le bon fonctionnement de son entreprise; "*reconnaître l'existence d'un droit au télétravail reviendrait en effet à conférer au salarié la possibilité d'imposer le recours au télétravail, ce qui n'est pas compatible avec le pouvoir général de direction et d'organisation de l'employeur*"<sup>157</sup>. C'est sur ce fondement que le législateur estime que des critères d'éligibilité peuvent être établis pour déterminer si le salarié est éligible ou non au télétravail. Un fondement que l'ANI du 26 novembre 2020 rappelle en indiquant que "*la mise en œuvre du télétravail doit être compatible avec les objectifs de performance économique et sociale de l'entreprise*". Ainsi, l'employeur conserve la maîtrise de ce choix.

Finalement, le dernier mot semble rester à l'employeur car 'employeur "*demeure seul juge de sa pertinence*"<sup>158</sup> En effet, la délimitation du champ d'application du télétravail dans l'entreprise est un enjeu crucial pour assurer le management et la gestion organisationnelle.

Cette décision unilatérale repose sur de nombreux critères qui, bien qu'ils doivent être objectifs, répondent à une certaine subjectivité et besoin organisationnel.

---

<sup>156</sup> A.Barriet "Les ordonnances Macron consolident le droit au télétravail", actuel RH, 2017

<sup>157</sup> D.Castel "Le lieu de travail, espace en voie d'évolution" JA 2020, n°626, p30

<sup>158</sup> B. Géniaut " Covid-19 et télétravail", Droit social, 2020, p.607

## Paragraphe II - La décision unilatérale fondée sur des critères variées

L'accès au télétravail a longtemps connu un profil type: le cadre, qui part de son statut, est de nature à être autonome et qui occupe un métier intellectuel.

Avec le déploiement massif du télétravail, les critères ont pu s'affiner. Il est intéressant de noter que toutes les entreprises ne conçoivent pas l'éligibilité de la même façon à tous les niveaux. Ainsi, quand bien même les critères reposent sur des fondements objectifs, la liste retenue repose nécessairement sur un fond de subjectivité. Il faut ainsi évoquer des critères qui portent sur la fonction mais également sur son profil.

Parmi les critères retenus, le statut du travailleur est le premier à être identifié. Il est souvent distingué le travailleur-salarié, ( qu'il soit en temps plein ou en temps partiel<sup>159</sup> ) du travailleur assimilé à l'entreprise par le biais de contrats d'apprentissage, de professionnalisation ou encore les stages. A ce titre, certaines accords d'entreprise estiment que les apprentis (entendu généralement), ne sont pas en capacité de pouvoir effectuer du télétravail "*considérant que leur présence dans une communauté de travail est un élément indispensable à leur apprentissage*"<sup>160</sup> tandis que d'autre l'admettent totalement<sup>161</sup>. L'exclusion potentielle de ces derniers a pour fondement l'essence même de ces contrats. La contractualisation avec des apprentis a pour but de leur faire acquérir "*une formation professionnelle complète*" qui sera "*dispensée pour partie en entreprise*"<sup>162</sup>. Une finalité similaire dans le cadre d'un contrat de professionnalisation<sup>163</sup> ou d'un stage<sup>164</sup>. En effet, il semble beaucoup plus accessible d'apprendre un métier en étant présent sur le site puisque les fonctions d'un poste sont très souvent intrinsèquement liées aux autres services de l'entreprise et donc à la création de liens sociaux avec l'ensemble des collaborateurs et à la compréhension du fonctionnement de l'entreprise.

Ce critère de formation peut également être assimilé aux salariés dans le cadre de l'utilisation des outils informatiques. En effet, de nombreux accords et chartes estiment que le salarié doit

---

<sup>159</sup> Accord d'entreprise, SOCIETE COOPERATIVE D'APPROVISIONNEMENT DE LA REGION DE L'ARTOIS SCAPARTOIS, 21/04/2021 :

<sup>160</sup> Accord d'entreprise, SOCIETE COOPERATIVE D'APPROVISIONNEMENT DE LA REGION DE L'ARTOIS SCAPARTOIS, 21/04/2021 :

<sup>161</sup> Accord d'entreprise, SOCIETE GENERAL, 07/01/2021

<sup>162</sup> C.trav L.6221-1

<sup>163</sup> C.trav. L.6325-1

<sup>164</sup> C.educ. L.124-1

*"maîtriser les outils informatiques et de communication"*<sup>165</sup>. Néanmoins, ce point peut facilement être maîtrisé au regard de l'obligation d'adaptation au poste de l'employeur<sup>166</sup>. En pratique, le salarié qui est amené à utiliser régulièrement les outils informatiques sera formé avant même qu'une potentielle demande soit faite pour recourir au télétravail.

En outre, le critère d'ancienneté délimite également le champ d'application du télétravail. Il est fréquemment prévu dans les accords relatifs au télétravail. La Société Coca-Cola Services France (CCSF) estime que le salarié nécessite au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise<sup>167</sup>. Il est possible d'assimiler ce critère à celui de la formation précédemment énoncée puisque le temps permet l'expérience et l'apprentissage. Ce critère peut également justifier la distinction effectuée par les entreprises entre les contrats à durée indéterminée (CDI) et les contrats à durée déterminée (CDD) qui sont parfois éligibles qu'à partir de 6 mois de présence dans l'entreprise. De même, l'ancienneté justifie l'intégration à la communauté de travail, une condition sinéquanone pour être productif. En effet, développer un sentiment d'appartenance est un levier d'engagement, de cohésion et par conséquent de performance. De plus, pouvoir s'identifier à son équipe ou encore les valeurs de l'entreprise participe au bien être du salarié. Il s'agit d'un élément pris en compte par la qualité de vie au travail (QVT). Ainsi, l'ancienneté peut en être un indicateur. A défaut, l'employeur renonce à l'idée d'octroyer le télétravail à salarié déjà fortement isolé, notamment s'il s'agissait d'une demande sur du long-terme et avec une majorité du temps de travail sous cette forme. En ce sens, certaines entreprises ne voudront pas embaucher de salarié qui débute avec du télétravail pour éviter cette perte d'adhésion. D'autres ne trouveront aucun inconvénient à laisser une telle flexibilité dès le départ.

Il découle de tous ces éléments l'appréciation d'une qualification plus globale: celle de l'autonomie. Il s'agit du critère qui se dégagent le plus des accords collectifs. C'est un terme que l'on retrouve quasiment systématiquement, pour ne pas dire toujours. Cette condition suppose la gestion de soi et de son temps. C'est les capacités organisationnelles de l'individu pour arriver aux objectifs de façon indépendante. le Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux définit l'autonomie au travail comme *"la possibilité pour le salarié d'être acteur dans sa participation à la production de richesses et dans la conduite de sa vie professionnelle [...] Elle inclut non seulement les marges manoeuvre, mais aussi la*

---

<sup>165</sup> Accord d'entreprise, COCA COLA, 01/03/2021, T09221025394

<sup>166</sup> C.trav. art. L6321-1

<sup>167</sup> Accord d'entreprise, COCA COLA, 01/03/2021, T09221025394

*participation aux décisions ainsi que l'utilisation et le développement de ses compétences*<sup>168</sup>.

Or, il existe plusieurs manières d'acquérir de l'autonomie. En ce sens, le télétravail pourrait être porteur du développement de cette autonomie. En effet, être seul face à ses difficultés est parfois le meilleur moyen pour trouver une solution de son propre chef. A ce titre, 88% des salariés et 86% des employeurs ont estimé que le télétravail avait pour conséquence directe d'accroître cette autonomie<sup>169</sup> selon des statistiques relevés par MANUTAN<sup>170</sup> en novembre 2020. Un chiffre surprenant au regard des conditions de travail qui sont survenus depuis mars 2020. Une année durant laquelle le télétravail à domicile a été imposé précipitamment notamment pendant le premier confinement. Un contexte difficilement sain pour pratiquer du télétravail au regard d'un contexte familial fortement présent puisque parents et enfants devaient cohabiter pendant plusieurs mois sans avoir nécessairement la possibilité de disposer d'un espace professionnel adapté.

Dans tous les cas, il est compréhensif que l'appréciation de l'autonomie soit nécessaire pour consentir au télétravail. En effet, les différents accords et chartes justifient le choix par la nécessité du bon fonctionnement de l'entreprise. Pour autant, il serait intéressant d'aborder le télétravail non pas comme une finalité à cette autonomie mais comme un facteur de développement de cette dernière.

En outre, les critères d'éligibilité relatifs à la fonction relèvent d'éléments plus matérielles et factuelles. En effet, quand bien même le salarié dispose d'une autonomie suffisante, si les missions propres à son poste ne sont réalisables qu'en entreprise, il ne lui sera pas possible de télétravailler quand bien même l'employeur estime qu'il dispose des qualifications.

Cette approche a été confirmée par la crise sanitaire qui a frappé le monde depuis maintenant plus d'un an. Le premier confinement avait démontré l'impossibilité totale de mettre en place le télétravail à domicile pour tous malgré qu'il soit fortement recommandé, pour ne pas dire imposé, par le gouvernement à défaut de potentielles sanctions. C'est ainsi qu'une partie de la population s'est retrouvée en chômage partiel pendant plusieurs mois pour certains, voire une bonne année. A ce titre, deux éléments sont à dégager de cette période: en premier lieu les métiers qui ne peuvent matériellement pas effectuer du télétravail sont principalement les

---

<sup>168</sup>Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé Le Collège d'expertise sur le suivi statistique des risques psychosociaux au travail, 2015 : <https://www.vie-publique.fr/rapport/31710-mesurer-les-facteurs-psychosociaux-de-risque-au-travail-pour-les-maitris>

<sup>169</sup> MANUTAN, "le guide du télétravail: les facteurs clés de réussite" Novembre 2020, p.4

<sup>170</sup> MANUTAN est le leader européen du e-commerce BtoB, spécialisé dans la distribution multicanale d'équipements pour les entreprises et les collectivités.

métiers manuels qui nécessitent d'autres outils que les TIC. En second lieu, les métiers qui ont continué d'exécuter leur prestations de travail en présentiel sont ce que Monsieur Antoine Lyon-Caen nomme "*les travailleurs du devoir*"<sup>171</sup> soit "*les emplois du dernier kilomètre, les emplois de fin de parcours*" qui concernent les emplois soumis à la précarité, souvent délaissés par les débats médiatiques et juridiques mais qui ont se sont estimés être indispensables lors de cette période. Il se dégage de ces éléments l'impossibilité, même dans une période où l'article L1222-11 à vocation à s'appliquer, de mettre en place le télétravail pour tous.

Dans le cas d'une période plus classique, d'autres critères seront déterminés par l'entreprise et aiguïsera la liste des télétravailleurs potentiels. Pour exemple, la confidentialité des informations traitées par le salarié pourrait l'amener à ne pas pouvoir recourir au télétravail. Les origines des risques sont nombreux: les risques de piratages avec un système de connexion du domicile qui ne serait pas adapté, ou encore l'accessibilité au reste des membres de la famille, voire de l'ensemble des proches qui passeraient au cours de la journée. Il semble ainsi pragmatique et raisonnable pour l'employeur de limiter les chances que des données sensibles de l'entreprise ou de clients puissent s'échapper vers des canaux informatiques inconnus. On retiendra également les fonctions avec une forte relation client dont la présence sera fortement appréciée pour créer et entretenir la fidélisation de ces derniers. Il s'agirait principalement de fonctions commerciales, qui certes, sont amenées à se déplacer vers les clients, mais également à créer des rencontres dans les locaux. Or, il est toujours préférable, notamment lors d'un premier contact, de pouvoir bénéficier d'un échange en présentiel.

Dans tous les cas, il arrive parfois que malgré que le salarié répondent à l'ensemble des critères, ce dernier ne soit pas retenu pour pouvoir recourir au télétravail. En effet, pour des raisons liés à l'organisation des équipes, il peut arriver que l'accord collectif ou la charte retiennent des quotas par service "*selon les besoins, on dépassera rarement 25% dans un premier temps, lors de la période expérimentale, avec des critères de priorité: distance domicile/travail handicapés, parents de jeunes enfants ...*"<sup>172</sup>. Il est intéressant de noter que finalement, les critères d'ordres seront sous-jacents, selon Monsieur Jean-Emmanuel Ray, à des critères liés à la vie personnelle du salarié. Or, la Direction, et plus précisément le service de ressources humaines ( ou les managers de proximité) n'auront pas systématiquement accès

---

<sup>171</sup> A.Lyon-Caen " les travailleurs du devoir", RDT 2020, 221.

<sup>172</sup> J-E Ray, "De la question sociale du XXIe siècle au télétravail", Droit social, 2018, p52.

à ces informations délicates. De plus, cela peut amener une forme de subjectivité qui peut être contestée par d'autres salariés.

Néanmoins, il est certain qu'en pratique l'objectivité complète est irréalisable car, comme constaté au regard des différents critères énoncés, certaines entreprises vont considérer que certains profils sont télétravaillables alors que d'autres non. Cela peut ainsi générer des incompréhensions qu'il faudrait surtout arbitrer dans le cadre d'une entreprise à multisites si plusieurs accords sont conclus à l'échelle des établissements et dont les postes télétravaillables seraient très divergents pour des postes similaires. La confusion interne pourrait alors facilement surgir et créer des conflits.

La mise en place du télétravail reste limitée. Alors que la voie est ouverte à de nombreuses sources juridiques, permettant d'y recourir par le biais de nombreuses formes, le contenu reste encadré par l'application du régime juridique salarié. En effet, les dispositions du code du travail doivent continuer à être appliquées. Si ces dernières sont cohérentes avec le contrat qui lie le télétravailleur à l'employeur et qui représente un gage de garanties sociales et juridiques pour ce dernier, il n'en reste pas moins que la pratique du télétravail ne peut pas trouver une totale efficacité dans l'application des normes. En effet, le télétravail, par son essence, est en contradiction avec des notions juridiques qui nécessitent un cadrage de temps et de lieu. La problématique sera ainsi abordée par les deux éléments nécessaires à la pratique du télétravail : l'utilisation de technologies d'informations et de communications et le travail à distance, plus spécifiquement dans cette étude, à domicile.

## **TITRE II- Les effets substantiels à la pratique du télétravail**

La définition légale du télétravail qui dispose à l'article L.1222-9 du code du travail prévoit deux critères en plus de l'existence d'un contrat de travail: l'utilisation de moyens d'information et de communications et une prestation de travail qui s'effectue en dehors des locaux de l'entreprise. C'est la réunion de ces deux éléments qui forme l'innovation sociale qu'est le télétravail. Mais le droit positif s'accorde rarement dans les temps avec les nouvelles pratiques. En effet, le télétravail s'associe difficilement avec les règles classiques du code du travail qui est fondé sur la règle des 3 unités. Pour comprendre les incidences que peut avoir le télétravail, il est tenté ici de détacher les deux éléments qui le composent, bien que ces derniers restent intrinsèquement liés dans leurs effets. Il sera ainsi d'abord abordé la délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié aux technologies d'information et de communication (*CHAPITRE I*) avant de se concentrer sur la délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié au lieu de travail à domicile (*CHAPITRE II*)

# CHAPITRE I- La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié aux technologies d'information et de communication

Quelle que soit la structure, *“l'utilisation des ressources numériques est désormais au cœur de toutes les activités du personnel”*<sup>173</sup> L'ère du numérique ouvre la voie à une nouvelle forme de communication: celle des technologies d'information et de communication. Il faut d'ailleurs entendre par “TIC” l'ensemble des outils informatiques et de communication tels que les ordinateurs, tablettes, smartphones mais aussi les outils dématérialisés tels que les logiciels, internet et extranet, ou encore les connexions sans fil. L'utilisation des TIC est une condition *sine qua none* à la pratique du télétravail. Or, l'utilisation massive du digital offre certes l'immédiateté de l'information mais reste, dans la pratique, difficilement docile. En effet il faut rappeler que *« l'information, c'est le pouvoir »*<sup>174</sup>. Ces informations peuvent concerner tant les données personnelles du télétravailleur que celles de l'employeur. De plus, l'utilisation des TIC peut amener à être utilisé dans le cadre de la surveillance du télétravailleur. Ainsi, ces outils peuvent rapidement créer des dérives lorsque leur contrôle n'est pas encadré (*SECTION I*). Ce contrôle est notamment opéré afin de surveiller le salarié sur la durée effective de son temps de travail. En effet, c'est grâce à l'utilisation de ces outils que le télétravail est possible et permet des horaires plus flexibles, saccadés de temps personnel. Il en découle une appropriation plus délicate des règles relatives à la durée du travail et par conséquent, de nombreux risques (*SECTION II*).

---

<sup>173</sup> B.Roussel “les dérives des chartes informatiques”, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 175, 1er novembre 2020

<sup>174</sup> John Edgard Hoover au milieu du XXème siècle, fondateur du FBI.

## **SECTION I- Le double contrôle opéré pour et par le biais d'une utilisation des technologies de l'information et de la communication**

L'utilisation des TIC est nécessaire pour répondre à la définition légale du télétravail. Cette utilisation sera à la fois la cause et la conséquence d'un contrôle dans le cadre du télétravail. En effet, ils en seront une conséquence puisqu'un contrôle est opéré sur leur utilisation pour la protection des données personnelles tant de l'entreprise que du télétravailleur (*Paragraphe I*). Leur utilisation est également la cause d'un renforcement de la surveillance du télétravailleur (*Paragraphe II*).

### **Paragraphe I - L'intervention d'un contrôle à l'usage des outils informatiques face à la nécessaire protection des données personnelles**

L'entreprise met à disposition, en principe, les outils informatiques nécessaires à la réalisation effective des missions du télétravailleur. L'utilisation des TIC peut rapidement s'adjoindre des dérives auxquelles le droit positif tente de répondre par l'instauration de textes juridiques, notamment sur la protection des données tant du télétravailleur que sur celles de l'entreprise.

A ce titre, le traitement des données personnelles est défini par la CNIL comme *“une opération, ou un ensemble d'opérations, portant sur des données personnelles, quel que soit le procédé utilisé”*<sup>175</sup> tandis que le *“risque informatique”* se définit comme le *“risque de perte résultant d'une organisation inadéquate, d'un défaut de fonctionnement, ou d'une insuffisante sécurité du système d'information, entendu comme l'ensemble des équipements systèmes et réseaux et des moyens humains destinés au traitement de l'information de l'institution”*<sup>176</sup>.

Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>177</sup> portant sur les données personnelles entré en vigueur en droit français le 25 mai 2018 consacre de nouvelles règles en la matière. Ce texte s'inscrit dans la continuité de la loi française Informatique et Libertés de

---

<sup>175</sup> Site de la CNIL: [cnil.fr/fr/rgpd-de-quoi-parle-t-on](http://cnil.fr/fr/rgpd-de-quoi-parle-t-on)

<sup>176</sup> M. Quémener, RGDA 2018, n° 115, p. 9, p. 6

<sup>177</sup> Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles

1978<sup>178</sup> et vient renforcer le contrôle de l'utilisation des données de l'ensemble de la population de l'Union européenne.

L'ANI du 26 novembre 2020 fait référence à ce texte en rappelant que *“l'usage des outils numériques est encadré par l'employeur; auquel il incombe de prendre, dans le respect du Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 sur la protection des données personnelles [...] les mesures nécessaires pour assurer la protection des données personnelle du salarié en télétravail et celles traitées par ce dernier à des fins professionnelles”*. Ainsi, le télétravail doit prendre en compte ces obligations relatives aux données.

Le RGPD harmonise les législations et offre une protection juridique demandée mais surtout, impacte sur la responsabilité de l'employeur par son article 4<sup>179</sup>. Cela entraîne la fin des demandes d'autorisation préalable effectuées auprès de la CNIL et l'auto-responsabilise. Ce principe d'« *accountability* » suppose la mise en place d'une véritable gouvernance protectrice des données personnelles et une obligation de preuve de cette mise en conformité.

Néanmoins, il existe un partage des responsabilités entre l'employeur et le salarié dans la pratique, notamment sur les données de l'entreprise. En effet, l'utilisation des TIC soulève de nombreuses questions sur la sécurité des données de l'entreprise notamment sur les données des clients.

Selon une étude, les télétravailleurs sont des cibles pour les cyberattaques et entraînent donc davantage de piratages.<sup>180</sup> La situation de crise sanitaire qui a frappé le monde a également mis en exergue le développement de ces actes malveillants en cas de recours massifs et soudains au télétravail<sup>181</sup> notamment car les télétravailleurs ont été amenés à recourir à leurs matériels personnels qui *“ ne bénéficient pas toujours du même niveau de protection que ceux mis à disposition par l'employeur; notamment en raison de l'absence de proxy ou de mise à jour des anti-virus”*<sup>182</sup>.

La problématique est davantage présente dès lors que le télétravailleur sera amené à utiliser des objets connectés personnels et des outils dématérialisés tels que le réseau de son domicile

---

<sup>178</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

<sup>179</sup> « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ».

<sup>180</sup> V.étude Symantec : [www.usine-digitale.fr](http://www.usine-digitale.fr)

<sup>181</sup> M.Quéméner, C. Wierre, , “Les cyberattaques à l'heure du coronavirus”, D. actu., 21 mars 2020

<sup>182</sup> M.Quéméner, “Télétravail à l'heure des risques sanitaires et numériques”,Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 171, 1er juin 2020

dont les fuites de données pourraient compromettre le patrimoine informationnel de l'entreprise et plus largement encore, sa viabilité.

Si l'employeur détient la “ *maîtrise de l'employeur sur son système d'information et de la sécurité qu'il doit y assurer*”<sup>183</sup> et que “ *le salarié ne dispose pas d'un droit acquis à s'interconnecter au système d'information de son employeur*”<sup>184</sup>, les situations d'interconnexion des objets personnels du télétravailleur avec ceux de l'entreprise sont multiples. En effet, il est difficilement envisageable pour l'employeur d'interdire l'usage des biens du télétravailleur et d'autant plus à son domicile. En effet, qu'il s'agisse du télétravailleur régulier qui se retrouve à utiliser une clé usb personnel sur son ordinateur professionnel ( un acte minime qui peut engendrer de fortes conséquences si celle-ci contient un virus), ou le télétravailleur dit occasionnel (pour ne pas dire sauvage), qui n'a pas un réseau informatique sécurisé ou bien qui utilise son ordinateur personnel pour un usage professionnel. Il en ressort que les possibilités de menaces sont larges et laborieuses.

D'où l'intérêt d'instaurer un véritable encadrement préventif par le biais de l'information préalable pour sensibiliser le salarié sur l'usage des TIC.

Ainsi, l'ANI du 19 juillet 2005 prévoit de déterminer les règles relatives aux équipements et à leurs règles d'utilisation <sup>185</sup> . L'article 5 évoque explicitement la prise en compte de la protection des données “*utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles*”<sup>186</sup>. Cette volonté d'informer le salarié se retrouve également dans l'ANI du 26 novembre 2020<sup>187</sup> qui ajoute une délimitation du champ d'application : “ *dès lors que le salarié utilise un outil personnel, ces restrictions ne concernent que leur usage à des fins professionnels* ”. Il encourage également les partenaires sociaux à développer au sein des entreprises “les bonnes pratiques” en mettant en place des protocoles et des socles de consignes qui pourront permettre de garantir la protection des données et la confidentialité des échanges. Enfin, le code du travail prévoit également à l'article L.1222-10 “*les modalités d'information concernant l'usage d'équipements ou outils informatiques ou de services de communication électronique*”.

---

<sup>183</sup> I.Desbarats “ Les objets connectés au travail: quelles régulations pour quels enjeux ?” Droit social, 2021, p.139

<sup>184</sup> I.Desbarats “ Les objets connectés au travail: quelles régulations pour quels enjeux ?” Droit social, 2021, p.139

<sup>185</sup> ANI 19 juillet 2005, article 2

<sup>186</sup> ANI 19 juillet 2005, article 5

<sup>187</sup> Ani 26 novembre 2020, l'article 3.1.4

En outre, l'employeur peut s'appuyer sur différentes ressources complémentaires tels que les nombreux articles de la CNIL. Par exemple, la Commission a actualisé une fiche pratique sur le BYOD (*Bring your own device*)<sup>188</sup> au regard de l'utilisation massive de ses propres biens informatiques dans le cadre de la crise sanitaire et qui permet ainsi de donner des indications pour le télétravail.

Cependant, assurer la protection des données et l'information restent un processus qui peut être long et coûteux. La crise sanitaire a montré les difficultés de prendre toutes les mesures nécessaires. D'autant plus que la CNIL est intervenu dans le cadre de questions-réponses relative au télétravail le 12 novembre 2020<sup>189</sup>. Parmi les conseils d'utilisations des équipements professionnels, elle rappelle que l'exigence est strictement identique quel que soit l'équipement utilisé.

Pour répondre aux mesures d'informations préalable, l'employeur dispose de la charte informatique qui a pour fonction de sécuriser l'usage du réseau informatique de l'entreprise et d'informer le personnel sur leurs droits et obligations de ces TIC.

Malgré l'existence du règlement intérieur qui peut également encadrer l'utilisation des TIC<sup>190</sup>, la progression fulgurante de la dématérialisation de l'information nécessite de leur consacrer un document à part entière<sup>191</sup>. Cependant, la Charte informatique reste un document adjoint au règlement intérieur, notamment pour lui consacrer une valeur normative<sup>192</sup>. Ainsi, elle doit, pour être mise en place, répondre aux formalismes du règlement intérieur: soumettre la charte au CSE pour un avis consultatif, répondre à des modalités de dépôt et de publicité, dont notamment la communication à l'inspecteur du travail<sup>193</sup>.

Cette charte est vivement conseillée dans le cadre du télétravail puisque la sensibilisation du télétravailleur sur l'utilisation des TIC est davantage attendue. En outre, certains auteurs estiment qu'il faudrait formuler dans l'acte juridique de mise en place du télétravail une liste exhaustive concernant «*les manipulations que le salarié ne pourra effectuer avec les données*

---

<sup>188</sup> qui signifie « prenez vos appareils personnels »

<sup>189</sup> site de la CNIL relatif au télétravail

<https://www.cnil.fr/fr/les-questions-reponses-de-la-cnil-sur-le-teletravail>

<sup>190</sup> CE, 8 juillet 1988, n° 71484 71542 ; CAA de Douai, 2e chambre, 22 sept. 2020, n° 19DA01755

<sup>191</sup> B.Roussel "les dérives des chartes informatiques", Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 175, 1er novembre 2020

<sup>192</sup> Cass. soc. 15 déc. 2010 n° 09-42.691 : « [ ] la charte informatique mise en place dans l'entreprise et intégrée au règlement intérieur [ ] ». Cass. soc. 18 déc. 2013 n° 12-17.832.

<sup>193</sup> C.trav. art. L.1321-4

*lorsqu'il travaille à distance ( interdiction de dupliquer et enregistrer certains fichier sur une clé USB, interdiction de connexion à certains réseaux ...)*<sup>194</sup>. Le renforcement des mesures quant à l'utilisation des outils numériques peut permettre une plus grande sécurité mais engendrer des rigidités pour le télétravailleur dans la réalisation de ses missions.

Ces mesures sont protectrices pour le télétravailleur puisqu'en cas de non-respect des règles relatives à la protection des données, le Règlement prévoit jusqu'à 20 millions d'euros et 4% de chiffres d'affaires mondial en cas de manquements relatifs aux droits des personnes.

A l'inverse, c'est l'existence de ces mesures et de ces écrits en amont qui pourront permettre de sanctionner le télétravailleur en cas de non-respect des règles qui occasionnerait l'intrusion d'un tiers malveillant dans les systèmes de l'entreprise. En effet, l'entrée en jeu de son pouvoir disciplinaire semble légitime. Ainsi, la Cour d'appel de Nancy n'a pas hésité à confirmer le licenciement d'un salarié qui consultait fréquemment des sites non professionnels à partir de son ordinateur professionnel et pendant ses horaires de travail et qui a été atteint d'un virus informatique alors qu'il disposait à son domicile d'un ordinateur personnel<sup>195</sup>.

Ces mesures disciplinaires se justifient notamment au regard des enjeux pour l'entreprise. En effet, dans le cas où le télétravailleur, par sa maladresse, entraînerait la fuite de données personnelles de clients, c'est l'employeur qui serait responsable et tenu de la condamnation pécuniaire sans pouvoir mener une action récursoire contre le télétravailleur. De plus, il faut rappeler que l'article L.1331-2 du code du travail prohibe les sanctions pécuniaires dans le cadre de la relation de travail. Néanmoins, l'employeur pourra toujours sanctionner une faute lourde du télétravailleur lorsqu'il aura endommagé ou perdu des données importantes dès lors qu'il avait l'intention de nuire à l'employeur.<sup>196</sup>

Finalement, la question de la confiance revient au premier plan car en effet, au-delà d'un encadrement effectif, chaque partie doit compter sur la bonne foi de l'autre. Cette réflexion est également le fondement de la conciliation entre les méthodes de surveillance du télétravailleur et le respect de ses droits et libertés dans le cadre du télétravail.

---

<sup>194</sup> Julien Abella " Ordonnance du 22 septembre 2017 et RGPD: le télétravail en demi-teinte" Les Cahiers Sociaux, - n°308 , 2018, page 313

<sup>195</sup> CA Nancy, 28 mars 2018, n°16-03.174, JurisData, n°2018-026787

<sup>196</sup> Cass. Soc. 30 mars 2011, n°10-10.521

## Paragraphe II- L'intervention d'une cybersurveillance face à une autonomie renforcée

Le télétravailleur reste un salarié soumis au régime juridique du contrat de travail. La reconnaissance du contrat de travail s'effectue lorsqu'il est constaté la réunion de trois éléments: la prestation de travail, la rémunération et le lien de subordination. Le lien de subordination est le caractère spécifique à ce contrat qui justifie les prérogatives de l'employeur envers son salarié. Il est défini par le fameux arrêt du 3 novembre 1996 comme *“l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné”*<sup>197</sup>. Ainsi il s'en dégage trois pouvoirs: donner des ordres, contrôler la prestation de travail et sanctionner. Cependant ce droit prétorien qu'est le droit du travail connaît désormais de nombreuses évolutions qui tend à changer la logique du contrat de travail.

Le lien de subordination a initialement fait débat au regard de deux concepts existants. C'est finalement l'arrêt Bardou<sup>198</sup> qui a tranché pour retenir le lien de subordination juridique et rejeter l'idée d'un lien de subordination économique. Pourtant, le développement de l'autonomie du salarié laisse à penser que l'existence d'un lien de subordination économique n'est pas totalement à exclure. En effet, ces derniers disposent *“ d'une grande indépendance technique et c'est finalement la dépendance économique qui justifierait l'application du code du travail ”*<sup>199</sup>. La réflexion est notamment revenue sur le devant de la scène depuis quelques années avec l'émergence des plateformes numériques ou plus communément appelé *“l'ubérisation”* qui a donné lieu à la requalification en contrat de travail de ces indépendants<sup>200</sup>. Ainsi, la question pourrait également se poser dans le cadre du télétravail.

Néanmoins, le télétravailleur reste à ce jour un salarié. Monsieur Jean-Pierre Robin estime que *“c'est au concept de subordination de s'adapter, ce qu'il fait”*<sup>201</sup>. Ainsi, ces derniers disposent d'une indépendance technique mais restent liés par un lien de subordination juridique. En effet, *“l'autonomie sur le plan des conditions de travail est le corollaire de l'indépendance*

---

<sup>197</sup> Cass. soc., 13 novembre 1996, n° 94-13.187

<sup>198</sup> Civ., 6 juill. 1931, 4<sup>e</sup> éd., GADT, Dalloz, 2008, n° 1.

<sup>199</sup> B.Bossu “Quel contrat de travail au XXI<sup>e</sup> siècle ?”, Droit social, 2018 p.232

<sup>200</sup> Cass. Soc., 28 novembre 2018, n°7.20.079

<sup>201</sup> Robin J.-P., « Le télétravail va-t-il sonner le glas du salariat ? », Le Figaro Économie, 30 sept. 2020, p. 15.

*technique*”<sup>202</sup>. Il s’agit d’un salarié externalisé mais qui peut être amené à de nouveau travailler dans un cadre plus traditionnel (aux horaires de bureau et dans les locaux). De même, il faut rappeler que l’employeur fournit les éléments nécessaires à la prestation de travail, ou encore, assure les coûts et les charges. En ce sens, il se différencie d’un travailleur à domicile ou d’un indépendant, qui va supporter les risques de son activité<sup>203</sup>. L’autonomie renforcée du télétravailleur ne suffit pas à le détacher de ce lien de subordination. Ainsi, l’employeur reste légitime dans son droit de contrôle.

Cependant, la digitalisation des moyens a fait grandir la liberté du télétravailleur et déconstruit le cadre spatio-temporel. De cette façon l’autonomie *“se traduit par la possibilité de travailler n’importe où et n’importe quand”*<sup>204</sup>. Il en découle également un travail qui se veut plus individualiste, qui ne nécessite plus de recourir autant aux collègues pour avancer dans son propre travail. Le telemanagement peut rencontrer des difficultés car il n’est pas inné. A ce titre, *“56 % des managers évoquent des difficultés à contrôler leurs subordonnés placés en télétravail”*<sup>205</sup>. En effet, le télétravail bouleverse les repères du management classique ce qui remet en question *“la relation hiérarchique basée sur la supervision directe et les principes de visibilité et de présence des travailleurs”*.<sup>206</sup> Ainsi paradoxalement, l’autonomie du salarié est un point de vigilance qui peut soumettre le salarié à une plus grande dépendance à l’égard de l’employeur.

C’est par le biais de son pouvoir de direction que l’employeur met en place des outils de surveillance. En ce sens, une étude a été menée auprès de 1 418 salariés français et 45% d’entre eux sont surveillés par un outil de surveillance<sup>207</sup>. Un chiffre important lorsqu’on sait que la mise en place du télétravail repose sur la base d’une confiance mutuelle. Il faut cependant nuancer le propos puisqu’il s’agit d’un sondage réalisé dans le cadre de la crise sanitaire qui a conduit à la mise en place contrainte du télétravail pour beaucoup de salariés. Cependant, confiance ou non, l’employeur n’est pas libre et les moyens de surveillance sont strictement encadrés.

---

<sup>202</sup> J. Barthélémy, “Évolution du droit social. Une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux des travailleurs”, 2009, Lamy, Axe droit, p. 149

<sup>203</sup> Cass. Soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111

<sup>204</sup> A. Donnette-Boissière, “L’autonomie du travailleur subordonné”, BJT juillet 2021, n°2006, p.49

<sup>205</sup> Etude réalisée par Getapp France.

<sup>206</sup> Anact “10 questions sur le télétravail”; Conjard. P; “Le management du travail, une alternative pour améliorer le bien-être et efficacité au travail”, 2015, Editions Anact, Référence.

<sup>207</sup> Etude réalisée par Getapp France.

Afin de mettre en place un moyen de surveillance, l'employeur est soumis à une obligation d'information préalable des salariés selon un arrêt de principe de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 novembre 1991<sup>208</sup> qui a été consacré par la suite à l'article L.1222-4 du code du travail. De même, lorsqu'il existe, le comité économique et social doit être informé et consulté<sup>209</sup>. S'il existe de nombreuses dérogations à cette information lorsque la surveillance est opérée par un homme ou un service interne à l'entreprise<sup>210</sup>, la jurisprudence est plus stricte dès lors qu'il s'agit d'un dispositif spécifique qui ne se limite pas à la surveillance des locaux<sup>211</sup> mais bien au contrôle du salarié. Cependant, grâce à cette information, il est formellement interdit d'utiliser des logiciels "espions".

Cependant, depuis la crise sanitaire une constatation est faite, "*l'exploitation du télétravail lors de la crise de la Covid a montré les inépuisables ressources des technologies de la surveillance : logiciels de keylogging<sup>212</sup>, contrôle à distance de la caméra, etc.*"<sup>213</sup> La cybersurveillance dans le cadre du télétravail se veut au-delà du contenu informatique. L'employeur veut assurer un suivi du travail du salarié tant sur le temps qu'il effectue que sur l'utilisation réelle des moyens informatiques ( est-il réellement sur son fichier excel ou regarde t-il un énième site web? ). Le contrôle a donc un enjeu de résultat et de performance et les fautes plus traditionnelles s'amenuisent ( retard, état d'ivresse, non-respect du règlement intérieur etc.)<sup>214</sup>. Mais rapidement, ce contrôle peut mener à des dérives s'il n'est pas limité.

Néanmoins, l'article L.1121-1 du code du travail prévoit qu'il doit être justifié et proportionné au but recherché. Il en découle le respect de la vie privée. Il est acquis depuis l'arrêt *Nikon* que dans le cadre de la relation de travail "*le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée*"<sup>215</sup>. Le dispositif de surveillance ne doit donc pas porter une atteinte excessive au respect des droits et libertés des salariés. En ce sens, la CNIL suggère de ne pas utiliser d'outils de surveillance permanente sauf en dehors de

---

<sup>208</sup>Cass.soc., 20 novembre 1991, n°88-43-120

<sup>209</sup> C.trav.art L.2312-38

<sup>210</sup> Par un supérieur hiérarchique par exemple : Cass. Soc. 26 avr. 2006, n° 04-43.582 ; par un service interne : Cass. Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427

<sup>211</sup> Cass. Soc. 19 avr. 2005, n° 02-46.295

<sup>212</sup> logiciel espion installé sur l'ordinateur du salarié qui enregistre toutes ses actions telles que les frappes sur le clavier et les clics de souris

<sup>213</sup> P.Lokiec "Les excès de la surveillance en entreprise " Recueil Dalloz, 2021 .1472

<sup>214</sup> F.Bousez "Télétravail et vie privée", Cah. soc. juin 2018, n°308, p.317

<sup>215</sup> Cass. Soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942

cas qui justifient un fort impératif de sécurité (comme la lutte contre la divulgation de secrets industriels). En effet, le télétravailleur doit disposer de temps libre pendant lesquels aucun contrôle n'est opéré. Cette exigence prohibe l'utilisation de pratiques telles que le *keylogger* ou encore les captures d'écrans qui est "*ni pertinente ni proportionnée puisqu'il s'agit d'une image figée d'une action isolée de l'employé, qui ne reflète pas fidèlement son travail*"<sup>216</sup>.

Le contrôle peut également être opéré par un moyen informatique qui ne résulte pas d'un procédé mis en place à l'initiative de l'employeur mais qui peut atteindre la vie privée du télétravailleur. Ainsi, il faut évoquer la problématique récente qui s'est posée concernant l'obligation d'activer la webcam lors des visio-conférences. La CNIL déconseille fortement cette pratique, notamment sur le fondement de la vie privée et considère qu'une participation via le micro est suffisante dans la plupart des cas. Le manager ne peut donc utiliser ce temps pour contrôler la présence effective du télétravailleur. Au-delà de l'aspect de surveillance, les échanges étant limités à ces réunions d'équipe, l'absence de visuel ne rend pas aisé le repérage des émotions de chacun et vient affaiblir les temps de communications qui sont déjà amoindris par le travail à distance. Certains groupes tels que Bouygues Telecom ont tenté d'inscrire cette obligation dans le cadre de l'accord collectif. Une mesure fortement contestée par les syndicats alors que la société met en avant la qualité de l'interaction "*La communication visuelle et non verbale étant importante pour la qualité des échanges, il serait demandé aux collaborateurs qu'ils soient sur site ou en télétravail d'activer la caméra en utilisant l'arrière-plan, qui masque à la fois la pièce dans laquelle le collaborateur travaille et l'éventuel passage de personnes qui traverseraient cette pièce de sorte que seul le visage du collaborateur apparaît à l'écran*"<sup>217</sup>

Pour autant, la généralisation du télétravail serait inéluctablement intrusif à la vie privée du télétravailleur. La jurisprudence construit depuis une vingtaine d'année cette conception étendue de la vie privée qui prend par extension la vie personnelle du télétravailleur et qui peut parfois, selon Madame Lise Canaux-Labrunée "*manquer de bon sens et de cohérence*"<sup>218</sup> face à cette interpénétration constante entre la sphère professionnelle et la sphère privée. En effet, l'immersion de la vie privée dans la vie professionnelle ne doit pas

---

<sup>216</sup> CNIL, "L'enregistrement vidéo ou la capture d'écran couplé à l'enregistrement des conversations téléphoniques au travail", [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr) 17 septembre 2019

<sup>217</sup> Liaisons sociales Quotidien - L'actualité, N° 18193, Section Acteurs, débats, événements, 30 novembre 2020

<sup>218</sup> L. Casaux-Labrunée " La vie privée des salariés et de vie de l'entreprise " Droit social, 2012, 331

empêcher de sanctionner les utilisations abusives du télétravailleur. En ce sens, s'il ne semble pas acceptable d'ouvrir la voie à des dispositifs excessifs et permanents, la loyauté de la preuve pourra éventuellement être interprétée avec plus de faveur pour l'employeur.

En effet l'administration de la preuve est encadrée strictement. Les procédés déloyaux ou l'utilisation de ruse ne sont pas des moyens légitimes. Ce principe a été consacré par l'Assemblée plénière du 7 janvier 2011<sup>219</sup> sur le fondement d'une preuve conforme à la loi<sup>220</sup> et sur l'égalité des armes<sup>221</sup>. Ainsi, la liberté de la preuve est tempérée. Mais un recul de la loyauté de la preuve pourrait survenir sur le plan de l'obligation d'information. En ce sens, une jurisprudence récente remet en cause la violation de la loi relative à l'informatique, aux fichiers, aux libertés sur les données personnelles en considérant que *“l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 [...], n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats”*<sup>222</sup> En l'espèce, la déclaration préalable à la CNIL n'avait pas été faite alors que l'employeur avait identifié l'auteur d'un message par le biais de son adresse IP qui constitue une donnée personnelle<sup>223</sup>. Cette décision résulterait *“dès lors que l'ordre social est gravement remis en cause, l'impératif de vérité commanderait d'admettre la preuve illicite”*<sup>224</sup>. Ainsi, toute preuve illicite ne serait pas systématiquement déloyale, une distinction fondamentale car *“ si la Cour de cassation admet que le caractère indispensable d'une preuve évince certains principes et règles, c'est toujours dans la limite de la loyauté de la preuve”*<sup>225</sup>. Une conception également retrouvée pour des éléments de preuve d'un compte facebook d'une salariée dont l'employeur n'avait pas usé de stratagèmes pour accéder aux informations. Il apparaît que les TIC tendent à une recevabilité élargie de la preuve qui pourrait permettre d'équilibrer le droit à la vie privée de la prérogative de surveillance de l'employeur dans le cadre du télétravail.

Mais l'utilisation des TIC peut également avoir des répercussions quant à la durée de travail du télétravailleur, tant dans son application que dans ses effets.

---

<sup>219</sup> AP. 7 janvier 2011, JCP Entreprise 2011, p.1053 ; Cass. Soc., 23 mai 2012, JCPS, 2012, p1371.

<sup>220</sup> CPC. art. 9

<sup>221</sup> CEDH, art 6

<sup>222</sup> Cass. soc. 25 novembre 2020, n°17-19.523

<sup>223</sup> Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 art 2

<sup>224</sup> B.Bossu “ Surveillance au travail: une protection du salarié en recul”, Hebdo édition sociale, 24 juin 2021, n°870

<sup>225</sup> P.Lemoine “La loyauté de la preuve” rapport conseiller référendaire à la Cour de cassation

## SECTION II - Les répercussions des technologies de l'information et de la communication sur la durée effective du travail

L'utilisation des TIC bouscule la temporalité traditionnelle du travail dont il peut en résulter des conséquences sur la santé du télétravailleur qui nécessitent l'intervention de mesures protectrices (*Paragraphe II*). Pour comprendre ce résultat, il faut d'abord s'arrêter sur les règles relatives à la durée du temps de travail qui lui sont appliquées (*Paragraphe I*).

### Paragraphe I - L'application épineuse des règles relative au temps de travail

Monsieur Jean-Emmanuel Ray exprime "*Le télétravail n'est pas une forme novatrice de travail à temps partiel ou d'astreinte*"<sup>226</sup>. Le télétravail ne répond pas nécessairement au travail à temps partiel. Le travail à temps partiel vise les hypothèses d'emploi où le temps de travail est inférieur, sur une période de référence, à celui du travail à temps plein.<sup>227</sup> Ces règles sont prévues aux articles L.3123-1 et suivants du code du travail. Le temps de télétravail sera, généralement, partiel ( car il est rare de voir du 100% télétravail) mais il ne répondra pas aux règles du travail à temps partiel puisqu'il n'y aura pas de distinction établie entre son temps de travail dans les locaux et son temps de travail à distance.

Le télétravail ne répond pas non plus exclusivement aux règles des astreintes. La définition légale retenue par la loi Travail de 2016<sup>228</sup> dispose à l'article L.3121-9 du code du travail "*une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise*".

L'astreinte est ainsi une forme de travail prévue pour répondre à une situation d'urgence ou de dépannage sur un temps qui n'est, en principe, pas travaillable. Contrairement au télétravail, elle n'entraîne pas une modification du contrat de travail. Cependant, le télétravail peut être utilisé dans le cadre de l'astreinte. En effet, puisqu'il s'agit d'un temps de travail effectif<sup>229</sup> qui s'exécute en dehors des locaux, il est fort possible que l'astreinte nécessite l'utilisation des TIC si ce dernier n'a pas besoin de se déplacer pour retourner dans les

---

<sup>226</sup> J-E Ray, "De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail", Droit social, 2018; p.52

<sup>227</sup> C.trav art. .L.3121-3

<sup>228</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

<sup>229</sup> C.trav art. L.3121-1

locaux de l'entreprise, surtout si la simple mise à disposition d'un téléphone portable à un salarié autorise l'organisation d'une astreinte<sup>230</sup>. Dans ce cas, le salarié sera amené à réaliser son activité par le biais de ce mode d'organisation.

Cependant, en principe, le télétravailleur est assujéti aux mêmes règles légales et conventionnelles que le salarié puisqu'il est lui-même, avant d'être un télétravailleur, un salarié. Le code du travail prévoit les règles relatives à la durée du travail aux articles L.3121-1 et suivants du code du travail. A ce titre, ce même code prévoit que "*La durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à trente-cinq heures par semaine.*"<sup>231</sup> La durée du temps de travail peut être étendue selon les règles légales et conventionnelles prévues aux articles L.3121-18 et suivants du code du travail. Cependant, l'employeur doit veiller à ce que le salarié ne dépasse pas la durée maximale prévue, par exemple de manière journalière soit une durée de 10 heures de travail par jour. Ainsi, il pourra bénéficier, tout comme les salariés, de l'application des règles relatives aux heures supplémentaires ou le cas échéant à un repos compensateur équivalent<sup>232</sup>.

Le salarié en télétravail effectue la même durée de travail que celle prévue dans le cadre de son contrat de travail lorsqu'il exécute ses heures dans les locaux. Le recours au télétravail ne vient pas modifier le temps de travail du télétravailleur. Pour rappel, le temps de travail constitue un élément essentiel qui nécessite le consentement préalable du salarié. Ainsi la mise en place d'une modulation du temps de travail, même prévue par accord collectif, nécessite son accord.<sup>233</sup> Il s'agirait alors de demander d'une part, le changement organisationnel de son activité et d'autre part, un changement de la durée de travail de son contrat. Le consentement est alors double.

Mais, "*le télétravail n'a, en principe, pas pour effet de modifier l'activité habituelle du salarié ou encore sa charge et son amplitude de travail*".<sup>234</sup> Le télétravailleur doit réaliser ses objectifs dans le même temps imparti. Ainsi, il n'y a pas lieu à ce que la mise en œuvre du télétravail soit conditionnée par une modification de la durée de travail. A l'inverse, il

---

<sup>230</sup> Cass. Soc., 31 mai 2017, n°15-23.313

<sup>231</sup> C.trav. art. L.3121-27

<sup>232</sup> C.trav. art. L.3121-28

<sup>233</sup> Cass. Soc. 28 Septembre 2010, n° 08-43.161

<sup>234</sup> J.Abella " Ordonnance du 22 septembre 2017 et RGPD: le télétravail en demi-teinte" Cah. soc. juin 2018, n°123, p.313

bénéficie des mêmes règles protectrices en matière de temps de restauration<sup>235</sup>, de temps de pause<sup>236</sup> ou encore le droit aux congés<sup>237</sup>.

Par exception, il faut évoquer le cadre dirigeant. Ce dernier est défini par le code du travail à l'article L.3111-2 "*les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.*" Il en ressort trois critères restrictifs qui délimitent l'application de ce statut. Ces cadres dirigeants restent des salariés mais ne répondent pas aux règles relatives à la durée du travail. Ainsi ils ne bénéficient pas de temps de travail maximal ou de repos minimal ni de jours fériés. Il ne conservent que le droit à des congés. En outre, "*on comprend alors l'appréhension restrictive de la notion de cadre dirigeant et la nécessité d'apporter la preuve de la réunion des trois critères légaux*"<sup>238</sup>. Ainsi, ces derniers disposent de la flexibilité la plus élevée qui pourrait correspondre à une exécution du travail par le biais du télétravail. Cependant, ces personnes ne représentent qu'une infime part du nombre de salariés en France.

A l'inverse, une partie des salariés, notamment dans le secteur tertiaire, dispose de de plus en plus d'une liberté organisationnelle et d'une autonomie qui rend l'application de ce régime juridique plus délicat. Ainsi, le recours au télétravail bouscule les règles relatives à la durée de travail. En effet, avec ce mode d'organisation, les horaires sont davantage individualisés.

Les règles collectives sont mises à mal et le télétravail est acteur de cette décomposition du temps en instaurant de plus en plus des horaires variables. Or, "*qu'il s'agisse de durée ou d'accident de travail, on ne peut traiter comme un salarié classique ce salarié pas du tout classique, travaillant de son domicile un ou deux jours par semaine*"<sup>239</sup>. Cependant il n'est pas aisé pour l'employeur de véritablement déterminer le temps de travail effectif de son salarié. Le télétravail accroît cette complexité. Si la distinction entre le temps de travail effectif et le temps de repos est difficilement appréciable au sein même de l'entreprise, elle

---

<sup>235</sup> C.trav. art. L.3121-2

<sup>236</sup> C.trav. art. L.3121-16

<sup>237</sup> C.trav. art. L.3141-1 et suiv.

<sup>238</sup> A.Donnelle-Boissière, " L'autonomie du travailleur subordonné", BJT juillet 2021, n°2006, p.49

<sup>239</sup> J-E.Ray, "Qualité de vie(s) et travail de demain" Droit social, 2015, p.147

l'est davantage lorsque le salarié travaille à distance, et plus spécifiquement en l'espèce, à son domicile. La frontière entre les activités professionnelles et personnelles est ainsi poreuse.

Néanmoins, l'article L.3171-4 du code du travail incombe la charge de la preuve à l'employeur en cas de litige “ *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.* ”. Par conséquent, c'est à l'employeur de démontrer que le télétravailleur n'a pas répondu à ses obligations contractuelles. Il existe alors une présomption du temps de travail effectif.

La définition légale de la notion dispose à l'article L.3121-1 du code du travail “ *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ”. Cette définition a été consacrée par la loi du 13 juin 1998 qui a adoptée la définition prétorienne<sup>240</sup> en retenant la situation de subordination et non la productivité de cette activité<sup>241</sup>. Ainsi, le salarié doit être disponible sans pour autant être productif en tout instant.<sup>242</sup> Si ce critère est plus facilement acquis lors le salarié travaille dans les locaux, il reste applicable pour la qualification du temps de travail sur des lieux extérieurs à l'entreprise<sup>243</sup>. Par conséquent, et au regard de la définition retenue par le code du travail, le fait que le salarié travaille à domicile ou en tout autre lieu que les locaux de l'entreprise n'a aucune incidence sur l'appréciation du temps de travail.

Cependant, si l'employeur n'a pas besoin d'être productif, il doit être placé “ *dans l'impossibilité de vaquer à des occupations personnelles* ”<sup>244</sup>. Un concept que l'auteur, Madame Audrey Probst, reconnaît comme de plus en plus difficile à manier.<sup>245</sup> Il ne faut pas non plus confondre un temps de pause avec un temps pour ses occupations personnelles.

---

<sup>240</sup> La loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail

<sup>241</sup> BOISARD “Genèse et transformations de la notion de durée de travail effectif”, Centre d'études de l'emploi, janvier 2005

<sup>242</sup> H. Rose “Durée du travail : réglementation du temps de travail” Répertoire de droit du travail, juillet 2020 ( actualisation : juin 2021)

<sup>243</sup> Cass. soc. 10 févr. 2016, n° 14-14.213, RJS 2016, n° 250 ; RDT 2016. 349, obs. M. Véricel, pour la participation à caractère non obligatoire d'un salarié à des voyages d'accompagnement organisés chaque année à l'étranger par l'entreprise, sans mission particulière d'encadrement ou de prise en charge des clients

<sup>244</sup> A. Probst, “Confusion des lieux et distinction des temps”, Droit social, 2006, p.109

<sup>245</sup> A. Probst, “Confusion des lieux et distinction des temps”, Droit social, 2006, p.109

Désormais, il est difficile de scinder véritablement le temps de travail comme un temps n'intégrant pas une activité personnelle.

De plus, il faut rester vigilant sur l'appréciation de la notion et la distinguer du temps de pause. En effet la chambre sociale de la Cour de cassation rappelle dans un arrêt que “ *sans préciser la nature des pauses ni rechercher si, pendant celles-ci, le salarié retrouvait sa liberté de vaquer à des occupations personnelles ou si, au contraire, il restait à la disposition de son employeur*”. Il est ainsi considéré qu'un temps de pause constitue un temps qui reste sous le contrôle de l'employeur, et donc, qui le rend toujours disponible<sup>246</sup>. Cette solution répond aux nouvelles situations. Aujourd'hui, le salarié n'a plus nécessairement des temps de pause déterminés. Il peut prendre le temps d'écrire quelques sms ou de passer un coup de téléphone. Les progrès techniques facilitent et incitent cette tendance à assouvir un besoin à l'instant même où elle traverse notre pensée. C'est la réalisation dans l'immédiat. Dans le cadre du télétravail, il n'y a plus de scission entre le temps de travail et les autres temps puisque “ *L'utilisation de la messagerie électronique personnelle, d'internet ou aux SMS et appels privés sur le temps et le lieu de travail s'accompagne d'une réelle contribution professionnelle du salarié pendant des temps traditionnellement dévolus à sa vie personnelle*”<sup>247</sup>.

Mais il est légitime pour l'employeur de déterminer le temps de travail effectif du télétravailleur. Il y a en effet, des enjeux de productivités et financiers qui s'en dégagent pour ce dernier. Ainsi, des risques propres aux problématiques du temps de travail, qui sont accrues par les outils d'informations et de communication, peuvent rapidement survenir tant sur la santé du télétravailleur que sur le contournement des règles par l'employeur.

---

<sup>246</sup> Cass. soc. 13 mars 2001 n°99-45.254

<sup>247</sup> P. Vivien, “Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ?” Cah. soc. juill. 2017, n° 1212, p. 42

## **Paragraphe II - Les risques inhérents aux technologies de l'information et de la communication pour le respect du temps de travail**

Parmi les risques existants, les TIC peuvent entraîner une surconnexion du télétravailleur et fragiliser l'équilibre entre vie personnelle et vie professionnelle. C'est ce qui s'est dégagé des partenaires sociaux en 2013 dans le cadre de l'ANI sur la qualité de vie au travail<sup>248</sup> puis du Rapport Mettling de 2015: "*l'articulation entre vie privée et vie professionnelle se complexifie. Les salariés peuvent ainsi travailler d'eux-mêmes hors temps de travail ; mais aussi être sollicités sur les temps réservés au temps de repos quotidien ou hebdomadaire, voire pendant les vacances*"<sup>249</sup>. En effet, l'utilisation massive de messages électroniques ou de SMS, l'abondance de documents numérisés ou encore des visioconférences complexifie la délimitation du temps de travail et du temps de repos et intensifie certains risques.

A ce titre, la surconnexion est l'une problématique. Elle peut résulter d'une pression managériale (opéré éventuellement par un contrôle renforcé dans le cadre du télétravail). Ce dernier peut alors se sentir dans l'obligation d'être disponible et actif en tout temps, même au-delà de son temps de travail. Il confond alors la flexibilité et l'ultra-disponibilité<sup>250</sup>.

Néanmoins, la loi du 8 août 2016<sup>251</sup> a consacré "un droit à la déconnexion" aux salariés qui, selon l'article L.2242-8 du code du travail vise à "*assurer le respect des temps repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale*". Il s'agit de respecter l'équilibre entre vie personnelle et vie professionnelle. L'introduction de ce droit dans le code du travail lui donne une dimension d'autant plus légitime. Pour autant, ce concept d'équilibre existait déjà par une construction jurisprudentielle qui refusait de retenir de la faute au salarié en affirmant que la disponibilité de ce dernier ne peut et ne doit pas être totale<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Ministère du Travail, Accord national interprofessionnel du 19 juin 2013, « Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle », art. 17.

<sup>249</sup> B. Mettling, Rapp., « Transformation numérique et vie au travail », sept. 2015, p.18

<sup>250</sup> C.Leborgne "Technologie de l'information et de la communication et télétravail: un couple paradoxale", Bulletin Joly Travail, 2018, n°02, p.139

<sup>251</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

<sup>252</sup> Soc. 17 févr. 2004, n° 01-45.889, inédit : « Le fait de n'avoir pu être joint en dehors de ses horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire pour faute grave ».

Son contenu n'est cependant pas défini par le code du travail. Il est laissé à l'appréciation des partenaires sociaux durant les négociations annuelles sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou encore sur celle portant sur la qualité de vie au travail. Il s'agit d'un droit qui se négocie dans le cadre de l'accord collectif relatif au télétravail. En effet, l'article L.1222-9 du code du travail prévoit "*La détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail*" dans lequel il faut comprendre implicitement le respect de ce droit.

La lecture de ce droit répond à deux concepts d'équilibre intrinsèquement liés. D'une part, il s'agit d'une déconnexion qui est garantie au télétravailleur en dehors de ses heures de travail afin de définir une frontière plus visible entre la vie professionnelle et la vie personnelle. C'est la déconnexion au travail entendu largement avec le respect des temps de repos : "*Ce n'est pas seulement un travail commandé de manière plus ou moins diffuse qu'il faut prohiber, c'est toute forme d'intervention de l'employeur pendant le temps de repos : ni appel téléphonique, ni fax. La qualité du repos commande une coupure totale, et la coupure psychologique ne peut exister sans coupure matérielle*"<sup>253</sup>. Pour se faire, plusieurs méthodes ont été tentées par les entreprises en proposant des dispositifs de régulation telle que l'impossibilité d'accès aux systèmes passés une certaine heure. Un choix qui reste délicat, notamment face à la flexibilité du télétravailleur sur ses heures de travail.

D'autre part, il s'agit d'une déconnexion avec les outils d'informations et de communication. Pour exemple, l'accord Orange du 27 septembre 2016 préconise "*à ses salariés de prévoir des temps de non-utilisation de la messagerie électronique pendant leur temps de travail, notamment les réunions ou pour faciliter la concentration*". Une déconnexion digitale difficilement envisageable dans le cadre du télétravailleur qui est soit devant son ordinateur, soit au téléphone. Là encore, le droit à la déconnexion semble partiellement applicable.

Néanmoins, cette situation n'est pas uniquement du fait de l'employeur et de pratiques managériales discutables. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 septembre 2016 le démontre. Il s'agissait d'un groupe d'infirmières qui avaient mis en place un service d'entraide téléphonique en tout temps. L'une d'entre elles fait la demande d'indemnités d'astreintes suite à une prise d'acte en invoquant l'existence d'un accord implicite avec

---

<sup>253</sup> F.Waquet, "Le temps de repos", Droit social, mars 2000, 228

l'employeur. Cependant, il a été apprécié par la Haute juridiction qu'il s'agissait d'une pratique mise en œuvre par la propre initiative des salariées. La solution transposée aux pratiques du télétravail démontre la nécessité, aussi, de la part du salarié, de gérer son temps. D'où la nécessité d'avoir acquis une autonomie suffisante pour avoir recours à ce mode d'organisation.

De plus “ l'arrêt du 8 septembre 2016 a le mérite de rappeler que le droit à la déconnexion ne doit pas être seulement vertical-descendant”<sup>254</sup>. Il s'agit également pour le télétravailleur d'être vigilant quant aux rapports entre collègues. Le cas d'espèce en est un exemple concret: il suffit que quelques collègues lancent une idée pour que les autres se sentent obligés de suivre le mouvement. Le télétravailleur est donc tout autant responsable des risques afférents aux TIC. Ainsi, il est intéressant de noter que la rédaction l'article 9 de l'ANI de 2005 met à la charge du télétravailleur le “*respect (de) la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale de travail et les temps de repos*” alors que l'obligation pèse légalement sur l'employeur.<sup>255</sup>

Cependant, plusieurs moyens peuvent être ainsi mis en œuvre pour assurer ce droit à la déconnexion : qualifier explicitement les périodes de déconnexion, sensibiliser sur la pratique des outils numériques afin d'avoir une utilisation raisonnée, voire mettre en place des formations notamment pour les managers. Si aucune sanction n'est prévue spécifiquement en cas de non-respect, la thématique doit tout même être obligatoirement négociée dans le cadre de la négociation sur la qualité de vie<sup>256</sup>. A défaut, l'employeur pourra être sanctionné pénalement. De plus, l'employeur ne pourra retenir la faute du télétravailleur en dehors des horaires de joignabilité.

En outre, le développement des outils d'information et de télécommunication impacte également la charge de travail. La question relative à l'épuisement professionnel suite à une charge de travail conséquente n'est pas récente. Alors que la semaine est réduite à 35 heures en France<sup>257</sup>, l'intensification du travail est quant à elle, développée par la transformation numérique “*Si la réduction du temps de travail est effective, pour autant, elle est parallèle à une intensification du travail et à une culture de l'urgence (le « zapping professionnel »)*”

---

<sup>254</sup> J-E. Ray “ Grande accélération et droit à la déconnexion” Droit social 2016, p.912

<sup>255</sup> P.Bailly, “La mesure nécessaire du temps de travail”; Gaz. Pal. 17 sept. 2019, n° 3593, p. 40

<sup>256</sup> C.trav. art. L.2243-2

<sup>257</sup> Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail

*imputable aux contraintes temporelles industrielles, marchandes, évènementielles et hiérarchiques.*”<sup>258</sup>. L’expression de “*charge de travail*” vient s’inscrire dans “le paradigme d’une organisation taylorienne du travail.”<sup>259</sup> Désormais, les conditions de travail ont bien changé, et le concept s’articule avec la notion de “*qualité de vie au travail*” d’où sa prise en compte dans le cadre des risques psychosociaux et non plus uniquement sous l’angle de la performance.

Ainsi, le code du travail prévoit à l’article L.1222-9 que l’accord ou à défaut, la charte, doit prévoir “*Les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail*”. Comme évoqué précédemment, les dispositifs de contrôle peuvent être une source d’anxiété pour le télétravailleur. Mais ils peuvent également être un moyen de protection de ce dernier afin de prouver et de garantir le respect de la réglementation relative à la durée du travail. Ainsi, l’employeur ne pourra lui reprocher de ne pas avoir effectué ses heures. C’est une mesure également protectrice pour l’employeur qui lui permet de justifier que la charge de travail reste raisonnable<sup>260</sup>.

Se pose alors la problématique du mécanisme de forfait-jours. Il s’agit d’une convention individuelle permettant à l’employeur d’assurer une liberté organisationnelle aux concernés. Elle permet de simplifier la gestion et le contrôle du temps de travail effectif. Or, il est démontré qu’en pratique, le télétravail demande un management renforcé puisque ces derniers ne sont pas là jusqu’à plusieurs jours par semaine. L’incompatibilité existante entre le télétravail et le décompte du temps, amène à ce que les télétravailleurs soient souvent sous un contrat en forfait-jours.

Ce dispositif permet de prévoir une durée différente de la durée légale ou conventionnelle, sur la base d’un forfait établi en jours. Il est exigé deux conditions pour pouvoir le mettre en place. La première est le consentement du salarié, qui doit être formalisée par une convention individuelle, qu’il existe un accord collectif prévoyant les modalités ou non. En second, la convention de forfait est accessible uniquement aux salariés qui disposent d’une réelle autonomie dans l’organisation de leur temps<sup>261</sup>. Ainsi, le critère déterminant reste l’autonomie. Or, par analogie, il s’agit d’un critère essentiel pour recourir au télétravail. Ainsi

---

<sup>258</sup> S.Fantoni “Difficultés juridiques posées par l’impact des TIC sur la santé au travail” Travail et Protection sociale n° 3, Mars 2005, étude 5

<sup>259</sup> S.Fantoni, P-Y Verkindt, “Charge de travail et qualité de vie au travail”, Droit social 2015, p.106

<sup>260</sup> Cass. Soc., 29 janvier 2020, n°18-22.401

<sup>261</sup> C.trav. L.3121-56 , L.3121-58

l'employeur ne serait-il pas tenté d'utiliser ce dispositif pour contourner la législation relative à la durée du travail ?

Mais en réalité une protection reste dans tous les cas garantie à ces salariés. En effet, l'article L.3121-60 dispose que “ *L'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.*” Il fait suite à une solution rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation qui a exigé que l'accord collectif qui autorise la convention de forfait en jours prévoit des stipulations garantissant le respect des durées maximales de travail et des temps de repos<sup>262</sup>.

Cet arrêt prévoit également que l'accord collectif organise les modalités de suivi de la charge de travail ainsi que les modalités de communication. Des exigences qui se retrouvent à l'article L.3121-64 du code du travail. Ainsi le télétravailleur qui se trouve en forfait jour doit bénéficier d'un contrôle afin de vérifier “ *la compatibilité de la charge de travail avec le respect des temps de repos* ”<sup>263</sup>.

A ce titre, l'entretien annuel est de rigueur<sup>264</sup> afin d'échanger sur la charge de travail et les délais d'exécution. En ce sens, L'accord SAFT SAS avait précisé que cette charge et ces délais soient évalués suivant les mêmes méthodes que celles utilisées pour les travaux exécutés dans l'établissement d'appartenance du salarié afin d'assurer une égalité de traitement<sup>265</sup>.

L'utilisation des TIC restent difficilement gérables dans le cadre du télétravail et de nombreux risques peuvent en découler: mauvaise application des règles relatives à la durée du travail, droit à la déconnexion ou encore une surcharge du travail. Mais pour comprendre dans sa globalité les effets que peuvent créer le télétravail, il faut désormais s'attarder sur ceux en lien avec l'existence d'un travail qui se fait à distance et plus spécifiquement, à domicile.

---

<sup>262</sup> Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807 : Bull. civ. IV, n° 63, commenté au Rapport annuel. Plus récemment, v. Cass. soc., 17 janv. 2018, n° 16-15124.

<sup>263</sup> P.Bailly “La mesure nécessaire du temps de travail” *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, n° 359k3, p. 40

<sup>264</sup> C.trav. L.3121-65

<sup>265</sup> H.Guyot “ La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire”, *JCPS*, 22 septembre 2020, n°38

## **CHAPITRE II-La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié au lieu de travail à domicile**

Le lieu de travail à domicile est vecteur d'une qualité de vie améliorée car il permet fondamentalement de changer les conditions de travail du salarié. Néanmoins, les avantages peuvent rapidement devenir des inconvénients, ce qui nécessite l'intervention de dispositifs pour préserver sa santé mentale (*SECTION I*). Ce lieu de travail est également sujet à de nombreux questionnements quant au respect de mesures sécuritaires alors qu'il s'agit de l'espace le plus sacré de chacun. Néanmoins, il apporte une autre forme de sécurité, celui de l'emploi (*SECTION II*)

## **SECTION I- L'incidence du travail à domicile sur le bien-être du télétravailleur**

Le travail à distance n'est pas une nouveauté: le salarié commercial qui se rend chez des clients effectue du travail à distance. Néanmoins, le télétravail présente une différence car il suppose une certaine fixité du lieu de travail et qu'il n'est pas amené, en principe, à revenir au local de l'entreprise une fois la tâche accomplie. Il se dégage de cette pratique, notamment lorsqu'elle est sur du long-terme, des effets sur la qualité de vie du télétravailleur en demi-teinte (*Paragraphe I*). Pour prévenir ou répondre aux dégradations de la santé mentale du télétravailleur, l'entreprise dispose de nombreux moyens qu'elle tente d'appliquer afin de les appréhender (*Paragraphe II*).

### **Paragraphe I - Une qualité de vie controversée**

Le télétravail à domicile recouvre de nombreux bénéfices. En ce sens, le groupe Malakoff Humanis<sup>266</sup> a présenté en 2020 son étude annuelle qui prend en compte les grèves de décembre 2019 ainsi que la crise sanitaire. Le contexte social et sanitaire a entraîné le recours massif au télétravail qui a permis d'identifier les différents apports de ce mode d'organisation pour 1 610 salariés et 402 dirigeants dans le secteur privé<sup>267</sup>. Ainsi, le taux de satisfaction est en progression par rapport à 2018 : 82% contre 77%. A ce titre, l'intervention de la réforme en 2017 a pu être un facteur de progrès.

En outre, le domicile constitue le lieu de prédilection des télétravailleurs dans 90% des cas et plusieurs avantages du télétravail se dégagent de cette étude. Ainsi, 89% salariés estiment que le télétravail facilite la conciliation de la vie professionnelle et la vie personnelle, l'augmentation de l'autonomie (88%) ou encore une contribution à la diminution de la fatigue (86%) et des économies financières (82% en province vs 72% en Ile-de-France). En effet, il est intéressant de mettre en relation ces derniers points (fatigue et économie financière) avec le temps de trajet et le coût du transport. En 2021, il a été observé par jour un déplacement quotidien de 1H19 avec une durée moyenne de 35 minutes<sup>268</sup> par personne et par jour pour se

<sup>266</sup> groupe de protection sociale français, paritaire et mutualiste.

<sup>267</sup> Etudes de perception CSA pour Malakoff Humanis, réalisées auprès de deux échantillons représentatifs de 1 610 salariés (recueil par internet) et 402 dirigeants et DRH (enquêtes menées par téléphone) d'entreprises du secteur privée, contactés en deux périodes : novembre-décembre 2019 et février 2020.

<sup>268</sup> Données ne prenant pas en compte l'Ile-de-France

déplacer jusqu'au travail. Il s'agit du motif de déplacement auquel chacun consacre le plus de temps et qui induit les plus longues distances<sup>269</sup>. Le télétravail permet d'atténuer ce temps et le stress occasionné par les transports ( embouteillage, transports en commun bondés, pannes, retard ...) . Concernant la région Ile-de-France, plus que le coût, il s'agit d'un impact conséquent sur le temps passé dans les transports en communs. Il est reconnu que les Franciliens passent en moyenne 1H05 minutes de temps de trajet entre son domicile et son lieu de travail. Ainsi, l'adage "métro-boulot-dodo"<sup>270</sup> y trouve tout son sens. En outre, la réduction de ce temps de transport atténue un sentiment de sacrifice et accroît la productivité du télétravailleur qui estime débiter plus tôt sa journée et pouvoir terminer plus de tâches. C'est également la garantie d'un maintien de l'emploi " *c'est particulièrement le cas d'un salarié suite à une dépression, qui en l'absence de cette organisation alternative, n'aurait pu continuer à pratiquer son activité professionnelle sur site traditionnel du fait des 150 km quotidiens de transport*".<sup>271</sup>

Finally, teleworking at home is an issue for the quality of work life. At this title, teleworking has been associated with the idea of well-being at work since the ANI of July 19, 2005 which declares in its preamble that teleworking is the " *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*" but also to increase " *la qualité des emplois*". Teleworking contributes thus to new reflections which are carried out on the health of the salaried worker and on " *le développement de l'individu au travail*"<sup>272</sup>.

Thus, according to a survey carried out in 2017 by the ANDRH, negotiations relative to the Quality of work life increasingly take into account the recourse to teleworking<sup>273</sup> in order to aim at the well-being of the salaried worker. This negotiation is compulsory since the law Rebsamen of August 17, 2015<sup>274</sup> and which according to the ANACT<sup>275</sup> comprises three elements: the conditions of work, the capacity to express oneself, the capacity to act and the content of work<sup>276</sup>. In this sense, the ANI of June 26

---

<sup>269</sup> Observatoire des territoires, "1h19 : le temps de déplacement quotidien moyen" publié en 2021

<sup>270</sup> Transformation de la strophe P. BÉARN « Métro-Boulot-Dodo », Couleurs d'usine, poèmes (1951) 2 Bilan Social 5/17 - 01/04/2017

<sup>271</sup> M.Dumas, C.Ruiller " Le télétravail: les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ?" Management & Avenir 2014, n°74

<sup>272</sup> A. Patrice, « Qualité de vie au travail : la part des juristes », RDT 2017, p. 476.

<sup>273</sup> « Le télétravail : le point de vue des DRH », JCP S 2017, act. 159.

<sup>274</sup> Loi n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi.

<sup>275</sup> Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail

<sup>276</sup> ANACT – ARACT, « 10 Questions sur la qualité de vie au travail », 2016.

novembre 2020 incite à l'article 2.2 de prendre en compte cette négociation dans le cadre du télétravail afin d'obtenir un dialogue social aboutit et de ne pas uniquement prendre en compte l'encadrement des modalités relatives à la mise en place de cette organisation.

En outre, l'environnement de travail constitue un facteur important dans le développement du bien-être et le télétravail à domicile peut contribuer à cette amélioration au point de constater une baisse de l'absentéisme au sein des entreprises<sup>277</sup>.

L'incidence du télétravail est réelle et près de 5% des salariés souhaiteraient continuer à travailler à distance au moins une fois par semaine malgré la mise en place pour certains d'un full-télétravail durant plusieurs mois suite à la pandémie.

L'attractivité de ce mode d'organisation à distance n'est pas à délaissier et peut constituer un vrai facteur de développement de la qualité de vie au travail. Cependant, il ne serait pas pragmatique de considérer que le télétravail "*participerait ainsi à l'enchantement du travail, n'offrant que des effets vertueux*"<sup>278</sup>. En effet, il serait utopique de croire que le télétravail à domicile n'apporte que des bienfaits au télétravailleur. Comme toute forme de travail, il présente des risques physiques et psychosociaux dont certains ont déjà été évoqués par le lien qu'ils présentent avec l'utilisation des technologies de l'information et des communications.

Le télétravail peut créer de nouvelles formes de mal être par le biais de harcèlement. En ce sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait retenu un cas de harcèlement moral le 19 février 2019<sup>279</sup> dans lequel la salariée avait été mise en télétravail en contradiction avec sa fiche de poste, l'isolant des autres salariés. Cet aménagement avait permis à l'employeur de créer une proximité avec la salariée et d'avoir eu des gestes et paroles inadaptés et se rapportant à la définition du harcèlement moral défini par l'article 222-33-2 du code pénal.

En outre, la pratique du télétravail peut amener à développer des cas de harcèlements managériaux. En ce sens la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique, se traduisant par la forme d'une pression continuelle, de reproches incessants ainsi que d'ordres et de contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe constitue des faits de harcèlement correspondant à

---

<sup>277</sup> Etude Malakoff Humanis "51% des dirigeants qui proposent le télétravail estiment qu'il contribue à faire baisser l'absentéisme au sein de leur entreprise"

<sup>278</sup> M.Dumas, C.Ruiller " Le télétravail: les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ?" *Management & Avenir* 2014/8 (N° 74), pages 71 à 95

<sup>279</sup> Cass. Soc. 19 février 2019, n°18-83.268

l'article L.1152-1 du code du travail<sup>280</sup>. En effet, par le biais de la distance, le manager peut être amené à commettre des pressions envers son salarié dans le but, non pas de le nuire directement, mais de le surveiller pour répondre aux objectifs de résultats. Or, cet élément moral n'est pas une exigence déterminante pour retenir la qualification<sup>281</sup>. Le harcèlement moral peut amener jusqu'à un épuisement professionnel ou un burn-out qui peut être considéré comme un risque psychosocial.

Plus généralement, le télétravail, par son essence même, peut créer diverses dérives qui conduisent à des risques psychosociaux. Ces derniers sont définis par l'INRS<sup>282</sup> comme étant un risque pour la santé physique et mentale des travailleurs. Leurs causes sont à rechercher à la fois dans les conditions d'emploi, les facteurs liés à l'organisation du travail et aux relations de travail. En ce sens les risques "*ne sont finalement que le revers de ces bénéfices*"<sup>283</sup>.

Ainsi, le télétravail peut créer l'absence de repères temporels, sociaux et créer l'isolement du télétravailleur. En ce sens, l'ANI du 19 juillet 2005 prévoyait déjà ce risque en indiquant à l'article 9 que "*l'employeur s'assure que des mesures sont prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres salariés de l'entreprise*" puis continue en conseillant "*le télétravailleur doit pouvoir rencontrer régulièrement sa hiérarchie [...] Le télétravailleur doit également avoir la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et avoir accès aux informations et aux activités sociales de l'entreprise*". Cette dernière partie démontre la nécessité d'avoir recours au télétravail avec modération. Le télétravailleur régulier doit pouvoir bénéficier de moments au sein de l'entreprise, par le biais de temps de travail tels que des réunions, mais également par la création de moments d'échanges notamment quand il est constaté que 11% des télétravailleurs n'ont aucun contact dans la journée avec les membres de leur équipe, et 28% avoir un seul contact par jour<sup>284</sup>. Cette attention doit notamment être renforcée auprès du salarié qui a été embauché sous la condition d'être en télétravail dès le début et qui trouvera difficilement l'occasion de s'intégrer socialement à l'entreprise à laquelle il contribue. L'ANI du 26 novembre 2020 renforce cette position suite à la crise sanitaire en rappelant la nécessité d'une vigilance

---

<sup>280</sup> Cass. Soc. 10 novembre 2009, n°07-45.321

<sup>281</sup> Cass. Crim. 13 novembre 2019, n° 18-85.367

<sup>282</sup> Institut national de recherche et de sécurité

<sup>283</sup> M.Babin "Télétravail et santé: le risque à distance ?" JCPS, 22 septembre 2020, n°38

<sup>284</sup> Etudes de perception CSA pour Malakoff Humanis

accrue “aux conditions de maintien du lien social entre les collaborateurs” qui s’inscrit notamment dans la Responsabilité sociétale des entreprises.

Plus encore, la liberté organisationnelle et l’autonomie consacrée dans le cadre du télétravail peuvent, comme évoqué précédemment, briser la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Ainsi, “ *bien qu’un certain nombre de travaux voient dans ce brouillage des frontières privées et professionnelles une fluidification et une convergence harmonieuse des usages, la plupart des études mettent l’accent sur les risques que ce brouillage représente pour le bien-être des salariés, à la fois dans leur vie au travail et hors travail*”<sup>285</sup>. Le télétravailleur qui estime bénéfique d’avoir ses enfants à proximité tout en travaillant, peut très rapidement perdre la notion du temps de travail au regard de cet environnement qui est à la fois l’environnement professionnel et l’environnement domestique.

Le travail à domicile reste ainsi controversé pour la santé mentale du télétravailleur et peut conduire à de nombreux risques psychosociaux qui nécessitent des actions tant individuelles que collectives de la part de l’entreprise afin d’y remédier.

## **Paragraphe II- Une diversité de moyens propre à tempérer les risques psychosociaux du télétravailleur**

Malgré un travail à distance, les risques liés au travail à distance sont inclus dans de nombreux dispositifs prévus par le code du travail pour assurer son bien-être tant physique que psychique.

L’ANI de 2005 prévoit en son article 8 le respect des règles conventionnelles et légales relatives à la santé et sécurité au travail sans spécifier les éventuelles démarches concernant la prévention des risques qui peuvent apparaître. A ce titre, l’article 8 se limite à évoquer l’information préalable du télétravailleur en la matière en se focalisant sur les risques survenant des écrans de visualisation. L’ANI de 2020 prévoit quant à lui un article qui évoque expressément la prise en compte des risques professionnels. Ainsi, l’article 3.4.1 renvoie à l’article portant sur l’obligation de sécurité et de santé de l’employeur<sup>286</sup> en estimant que les

---

<sup>285</sup> KLEIN T., RATIER D. (coord.), 2012, L’impact des TIC sur les conditions de travail, Rapports & Documents du Centre d’Analyse Stratégique, La Documentation Française, février, p.184

<sup>286</sup> C.trav. art. L.4121-1

risques relatifs au télétravail s'intègrent à l'évaluation des risques transposés par la suite dans le Document Unique.

L'article L.4121-3 du code du travail prévoit cette évaluation des risques. Pour transposer ces données, il existe désormais un document unique d'évaluation des risques professionnels (DUERP). Ce document est né de la directive du 12 juin 1989<sup>287</sup>. Elle a été transposée dans le code du travail en 1991<sup>288</sup> mais il a fallu attendre 10 ans avant que les dispositions réglementaires surviennent par un décret du 5 novembre 2001<sup>289</sup>. Il s'agit d'un document spécifique auquel aucun autre document ne peut se substituer. En ce sens, la fiche d'entreprise élaborés par le médecin du travail<sup>290</sup> qui intervient également sur l'identification des risques professionnels ou encore le plan de prévention<sup>291</sup> ne peuvent suffirent bien qu'ils participent à la réalisation du Document unique. Il permettra d'une part, de recenser l'ensemble des résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité au travail<sup>292</sup> et d'autre part, d'élaborer le programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail.

Le Document Unique suit une dynamique annuelle ou lors d'aménagements importants modifiant les conditions de travail ou d'hygiène et de sécurité ( telle qu'une restructuration importante). La construction de ce document est l'affaire de tous. Ainsi, il est à l'initiative de l'employeur, notamment au regard de son obligation de prévention qui résulte à l'article L.4121-2 du code du travail. Mais il n'est pas le seul à intervenir.

En outre, puisque le Document Unique participe au programme annuel de prévention, qui est présenté au comité économique et social lors de la consultation relative à la politique sociale de l'entreprise<sup>293</sup>, ces derniers participent également à la prévention des risques. Grâce à cette consultation, les représentants du personnels disposent des informations et émettent un avis sur les démarches concrètes à entreprendre dans le cadre de cette prévention. De plus et de manière constante, les élus du CSE contribuent à la promotion de la santé. A ce titre, par un

---

<sup>287</sup> Dir. 89/391/CEE du 12 juin 1989, art. 9

<sup>288</sup> L. n° 91-1414 du 31 déc. 1991, art. 5

<sup>289</sup> Décr. n° 2001-1016 du 5 nov. 2001

<sup>290</sup> C.trav. art. D4624-37; CE 14 octobre 1996, n° 170.833 : selon le Conseil d'État, la fiche d'entreprise n'exonère pas l'employeur de ses obligations en matière d'évaluation des risques professionnels

<sup>291</sup> C.trav. art. R4512-6

<sup>292</sup> Circ. DRT n° 2002-6, 18 avr. 2002

<sup>293</sup> C.trav. art.L2312-17

travail de terrain et d'inspection des locaux mais également d'échanges avec l'ensemble des salariés, les élus peuvent identifier des risques. Cette évaluation des risques portera sur une analyse de l'ensemble des postes de travail et qui sera complétée par la Commission santé, sécurité et conditions de travail( CSSCT) lorsqu'elle existe. Les actions d'enquêtes que peuvent mener les représentants du personnel dans ce cadre peuvent être ralentis par

Néanmoins, le salarié ne doit pas oublier qu'il est tout aussi acteur de la sécurité et de l'évaluation des propres risques qui le concerne et de son environnement de travail. En effet, ils seront le plus à même de détecter les éléments néfastes de son organisation de travail.

Il s'agit finalement de développer la culture de la "*prévention primaire*" qui consiste à agir avant l'apparition du risque qui se distingue de la prévention secondaire qui consiste à "*accepter l'apparition d'un risque, mais à en éviter le dommage*"<sup>294</sup>.

Avec le développement du télétravail, de nouvelles formes de risques peuvent survenir, notamment des risques psychosociaux. C'est pourquoi intervenir dans le cadre de la prévention primaire semble nécessaire ici afin d'agir de manière anticipée sur des risques potentiels. Mais il n'est pas toujours évident de prévoir toutes les difficultés qui peuvent être rencontrées et les impacts négatifs qui peuvent en naître. De même, l'évaluation des risques en télétravail fait face à de nombreux obstacles: tout d'abord, l'intervention des élus est limitée. Le télétravail s'exerçant à domicile, et sans accord du télétravailleur, ce dernier ne pourra pas inspecter le lieu de travail. De même, si le télétravailleur n'est pas ouvert à la discussion, il peut être laborieux pour le membre du comité d'obtenir le ressenti du télétravailleur. L'employeur a ainsi tout intérêt à prévoir d'une part, des démarches quant au retour d'expérience des salariés et d'autre part, de distinguer les types de télétravail effectués en prenant en compte par exemple, le rythme ou encore le lieu de travail.<sup>295</sup>

Le suivi de la santé du télétravailleur passe également par le biais de mesures individuelles. Elles sont notamment la conséquence des mesures prévues à la suite de l'élaboration du Document Unique et par les dispositifs légaux déjà mis en place.

Le code du travail prévoit de nombreux entretiens qui rythment la carrière professionnelle du salarié de l'entretien d'embauche à l'entretien de fin de carrière. A ce titre, parmi les diverses

---

<sup>294</sup> L.Lerouge, "Droit des risques psychosociaux au travail ", Répertoire de droit du travail, Avril, 2021

<sup>295</sup> M.Babin "Télétravail et santé: le risque à distance ?" JCPS, 22 septembre 2020, n°38

entretiens légaux, deux entretiens prévus en principe pour l'ensemble des salariés peuvent être bénéfiques pour le télétravailleur.

En premier lieu, il existe l'entretien professionnel<sup>296</sup>. Il est prévu à l'article L.6315-1 du code du travail. Il suit un rythme biennal mais intervient également à la suite de certaines situations spécifiques prévues par le code du travail<sup>297</sup>. Il s'agit d'un temps d'échange entre le salarié et son responsable hiérarchique afin de faire le bilan du parcours professionnel et de définir les perspectives d'évolution du collaborateur. Il s'agit notamment d'en dégager les besoins de formations. Il faut noter que cet entretien n'est qu'à la genèse de sa vie puisqu'il n'a à date que six ans d'existence. Or, il est la résultante d'une constatation législative de l'évolution fulgurante des métiers. En effet le législateur a souhaité "*anticiper et minimiser les impacts et les transformations massive des emplois et des tâches sur l'employabilité des salariés*"<sup>298</sup>. A ce titre, le télétravail répond à une transformation profonde du mode d'organisation de l'activité. Ainsi, des formations sont à prévoir lors du recours au télétravail. Elles portent tant sur le management à distance pour un chef d'équipe que sur l'utilisation des TIC pour l'ensemble des télétravailleurs. L'intérêt de ces formations est d'offrir les connaissances nécessaires aux télétravailleurs sur la réglementation liées aux pratiques du télétravail ( TIC, frontière entre la vie personnelle et la vie professionnelle) mais surtout d'éviter les dérives. Ainsi, cet échange et ces formations pourront permettre d'éviter la création de risques psychosociaux en maintenant le sentiment d'appartenance à l'entreprise. En effet, en discutant sur des possibles formations pour le télétravailleur, ce dernier ne sentira valorisé par l'intérêt que l'entreprise porte à sa montée en compétence.

Pour montrer la valeur de cet entretien, le législateur a renforcé le dispositif en intégrant un bilan qui récapitule l'ensemble des entretiens professionnels des 6 dernières années.

Il existe également l'entretien annuel d'évaluation. Contrairement à l'entretien professionnel, ce dernier n'est pas obligatoire sauf si une convention ou un accord collectif le prévoit. Sa finalité diffère également puisqu'il a pour but d'évaluer la qualité du travail du salarié et notamment l'adéquation des aptitudes professionnelles de ce dernier avec les exigences du poste. C'est également le moment d'apprécier les motivations du salarié sur le poste. L'enjeu est donc présent dans le cadre du télétravail. En effet, par la distance existante, notamment

---

<sup>296</sup> Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ; Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

<sup>297</sup> C.trav. art. L.6315-1

<sup>298</sup> M-H Bensadoun, "Tenir l'entretien professionnel", Les Cahiers du DRH, N° 279, 1er octobre 2020

lorsque le télétravailleur est régulièrement sous cette forme de travail, il n'est pas toujours aisé pour le manager de disposer de temps et de créer des discussions plus informelles pour prendre connaissance de l'état du télétravailleur.

Néanmoins, l'entretien devient contraignant dès lors que le salarié dispos d'une convention en forfait-jours<sup>299</sup> un entretien annuel prévu par l'article L.3121-65 du code du travail. Une obligation qui s'inscrit dans la surveillance renforcée des salariés sous ce dispositif afin notamment, d'assurer le respect de la charge de travail du salarié. Ainsi à défaut de respect de cet entretien, la chambre sociale de la Cour de cassation n'hésite pas à sanctionner l'employeur<sup>300</sup> Or, cette convention de forfait est souvent attribuée aux salariés disposant d'une autonomie suffisante. Par analogie, le télétravailleur bénéficie nécessairement de cette autonomie et sera donc fréquemment en forfait-jours.

Enfin, le législateur entend renforcer le suivi du télétravailleur en disposant à l'article L.1222-10 du code du travail qu'« *outre ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail d'organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail* ».

Mais il faut rappeler que ces actions managériales constituent un coût et du temps. Pour exemple, l'entretien annuel répond à plusieurs formalités telles que l'information des salariés et du comité économique et social. De plus, il s'agit d'un échange qui nécessite une préparation en amont pour le manager.

De même, si l'ensemble des entretiens sont obligatoires et peuvent mener à des sanctions en cas de non respect<sup>301</sup>, il faut rappeler qu'ils constituent un droit pour le salarié et peut refuser de les effectuer ce qui peut engendrer des difficultés de communication entre les deux parties. Cependant, pour mettre en place le télétravail, il est exigé implicitement une confiance mutuelle. Le salarié très réfractaire ne devrait pas pouvoir recourir au télétravail.

Le travail à domicile doit également être abordé sous l'angle de la sécurité. Une sécurité d'abord pour la santé physique du télétravailleur mais également la sécurité d'emploi que peut permettre le télétravail.

---

<sup>299</sup> C.trav. art. L.3121-65

<sup>300</sup> Cass. Soc 12 mars 2014, n°12-29141

<sup>301</sup> pour exemple, le salarié d'une entreprise de plus de 50 salariés, qui n'a pas bénéficié de son entretien professionnel et d'au moins une formation obligatoire peut voir son compte CPF abondé de 3 000 euros.

## SECTION II- L'incidence du travail à domicile sur la sécurité du télétravailleur

La sécurité du lieu de travail à domicile s'entend d'une part matériellement. En effet, alors que l'employeur a une obligation de santé et sécurité qui prend en compte la sécurité de l'environnement de travail, le droit du travail se retrouve en confrontation avec le droit privé qui irrigue le domicile du télétravailleur (*Paragraphe I*). D'autre part, la sécurité du lieu de travail à domicile est vecteur d'employabilité (*Paragraphe II*).

### **Paragraphe I: Un lieu de travail impactant la sécurité du télétravailleur**

L'article L.1222-9 du code du travail prévoit que *“le télétravailleur a les mêmes droits que le salarié qui exécute son travail dans les locaux de l'entreprise”*. La lecture de cet article, comme rappelé plus haut, signifie que le télétravailleur se voit appliquer les mêmes droits (mais également obligations) qu'un salarié disposant d'une organisation de travail plus traditionnelle. Ainsi, l'employeur doit respecter son obligation de santé et sécurité.

Dans le cadre de cette obligation, l'employeur doit informer le télétravailleur de la politique d'entreprise en matière de santé et sécurité selon l'article 8 de l'ANI de 2005. Cette mesure s'inscrit dans le cadre des actions de prévention que l'employeur doit mettre en place pour assurer son obligation de sécurité. Cette information est d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit d'un salarié qui a recours à ce mode d'organisation dès son embauche.

En outre, l'ANI de 2005 le rappelle expressément à l'article 8 *“les dispositions légales et conventionnelles relatives à la santé et à la sécurité au travail sont applicables aux télétravailleurs”* ainsi qu'à l'article 3.4 de l'ANI de 2020. A ce titre, le législateur lui impose *“de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs”* ( et non pas uniquement des télétravailleurs) de l'établissement. Cette obligation se dégage de l'article L.4121-1 du code du travail. L'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur est fondée par la chambre sociale le 28 février 2002<sup>302</sup> et dont l'évolution jurisprudentielle s'est conclue par l'arrêt Air France<sup>303</sup> qui rappelle que

---

<sup>302</sup> Cass. Soc, 28 février 2002, n°00-10.051

<sup>303</sup> Cass. Soc, 25 novembre 2015, n°14-24.444

l'obligation ne s'entend pas d'une absence totale d'accident mais de prendre les mesures nécessaires et adaptées à l'entreprise. Les juges du fond se réfèrent à cette obligation en cas de contentieux portant sur les accidents de travail.

Néanmoins, la loi du 22 mars 2012 n'avait pas prévu la réglementation relative à la santé du télétravailleur, et plus spécifiquement sur la qualification des accidents survenus dans le cadre du télétravail. C'est finalement l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui comble le vide juridique sur l'accident de travail. Elle clarifie la situation en introduisant la présomption selon laquelle l'accident qui survient en temps et en lieu du télétravail est présumé être un accident du travail. C'est une reprise de la position consacrée depuis de longues dates par la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>304</sup> et qui est instituée à l'article L.411 du code de la sécurité sociale. Cette transposition des dispositions est notamment possible au regard de l'absence de texte spécifique excluant les télétravailleurs de l'application des articles du code de la sécurité sociale.

Désormais, si un accident survient pendant la plage horaire de joignabilité définie par l'employeur, la présomption s'applique et c'est à l'employeur de démontrer que l'événement survenu est sans lien avec l'exécution du travail. A l'inverse, si l'accident intervient durant un temps où le télétravailleur avait interrompu sa mission pour un motif personnel, il appartiendra à ce dernier de démontrer que l'accident est survenu pendant l'exercice de l'activité professionnelle. Une garantie pour le télétravailleur qui semble cohérente au regard du corps de règles avantageux qui se dégage de cette présomption. Si certaines entreprises avait, avant 2017, conclu des accords d'entreprise qui attribuait le bénéfice de cette présomption, d'autres avait exclu l'application de ce mécanisme protecteur<sup>305</sup>. L'intégration des règles légales en matière d'accident de travail à l'article L.1222-9 du code du travail permettent d'uniformiser les droits des télétravailleurs.

Mais cette présomption d'imputabilité « *semble difficilement transposable au télétravailleur à domicile [ dans la mesure où] l'employeur ne dispose [...] d'aucune autorité sur son domicile* »<sup>306</sup>. Le télétravail à domicile interfère sur le droit à la vie privée et le droit à la

---

<sup>304</sup> Cass. Soc. 11 avril 1996, n°96-12.208

<sup>305</sup> I.Desbarats « Entre la protection des salariés et la performance de l'entreprise : la gestation d'un droit français du télétravail » les Cahiers de droit, vol. 54, n°2-3, 2013,

<sup>306</sup> B.Fournier et H.Guyot, « Le télétravail », JCP. S, 2007, 1072, n°33. ; S. Niel, « Virtual Office », Les Cahiers du D.R.H. 2006, p.124.7

propriété. Ainsi, la réparation des accidents survenus au télétravailleur, déjà coûteux dans le cadre du des accidents en entreprise, serait une source de contentieux. En effet, le domicile s'écarte de tout pouvoir de l'employeur notamment puisque « *la protection du droit au respect de la vie privée [devrait être] à son apogée lorsqu'une personne est à son domicile* »<sup>307</sup>. C'est pourquoi notamment ce lieu de travail peut poser des difficultés aux acteurs de prévention telle que la CSSCT qui n'a pas d'accès au domicile sans l'accord du salarié et qui peut donc faire obstacle à sa mission.

C'est l'ANI de 2005 qui prévoit expressément l'intervention des représentants du personnel pour vérifier la bonne application des dispositions et la compétence d'accès au lieu du télétravail<sup>308</sup>. L'accès est également conditionné par une notification du télétravailleur qui donne préalablement son accord dans le cas du télétravail à domicile. En ce sens, l'ANI de 2020 est venu préciser que le télétravailleur «*doit tenir compte du fait que l'employeur ne peut avoir une complète maîtrise du lieu dans lequel il exerce le télétravail et de l'environnement qui relève de la vie privée*». Face aux difficultés de l'employeur, le télétravailleur doit prendre sa part de responsabilité en cas de refus d'aménagements des conditions de travail afin d'éviter tout accident.

Au-delà d'une atténuation du respect du droit à la protection sociale des télétravailleurs au regard du droit à la vie privée du télétravailleur, il faut rappeler que l'application du droit commun peut faire face à d'autres limites. Monsieur Laurent Draï constate que «*le contrôle du respect des règles d'hygiène et de sécurité au domicile apparaît très hypothétique*»<sup>309</sup> en dehors des demandes de visite du télétravailleur lui-même qui sont prévus à l'article 8 de l'ANI de 2005. Deux autres grandes limites factuelles viennent confronter le respect de cette obligation de travail.

Tout d'abord, il faut rappeler que le télétravail peut être mis en place par le biais d'un accord collectif, ou à défaut d'une charte ou d'un accord de gré à gré. Depuis l'ordonnance de 2017, le télétravail informel a été atténué par la suppression du caractère régulier et contractuel. Désormais, le salarié qui décide d'avoir recours au télétravail de manière exceptionnelle, par

---

<sup>307</sup> R. Cox, J. Desmarais et K. Lippel « Les enjeux juridiques du télétravail au Québec », Québec, Centre francophone d'information des organisations, 2001, p. 11

<sup>308</sup> ANI 2005, article 8.

<sup>309</sup> Laurent Draï, Fasc. 3-24 : TRAVAIL À DOMICILE ET TÉLÉTRAVAIL, JurisClasseur Travail Traité,, 30 avril 2021

le biais d'un simple échange de mail avec son supérieur hiérarchique, peut bénéficier des règles protectrices en la matière. Cependant, comment s'assurer du respect de l'ensemble des dispositions légales relative à l'obligation de santé et sécurité de l'employeur dans le cadre du télétravail irrégulier ?

En outre, l'article L.4121-13°, prévoit "*La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.*" Pour se faire, l'employeur doit agir par prévention en évaluant les risques au préalable mais également les minimiser par le biais d'actions concrètes. Dans le même sens, l'article L.4121-2, 4° insiste sur l'obligation d'adapter les postes de travail aux nécessités physiologiques "*Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé*". Cette "*adaptation du travail à l'homme*" est l'un des grands principes de la loi de modernisation de 2002 qui redéfinit la relation entre l'homme et le travail et entre la santé et le travail<sup>310</sup>. Dans le cadre d'un travail intellectuel auquel répond le télétravail, il faut notamment l'entendre par le choix des équipements de travail afin de disposer d'un bureau ergonomique. Cette mesure s'accompagne de l'obligation pour l'employeur de fournir le matériel nécessaire pour exercer sa prestation de travail à domicile. Cependant, qu'en est-il du télétravailleur qui, par le biais d'un télétravail occasionnel, se retrouve avachi dans son canapé pendant plusieurs heures de travail ? De la mauvaise lumière affectant la vue ou du bureau trop bas pour assurer une bonne position musculaire?

En pratique, le télétravailleur dit "occasionnel" ne bénéficiera pas d'un aménagement effectif puisque le recours soudain et temporaire ne donnera pas l'occasion à l'employeur de mettre en place les mesures souhaitées.

S'il est certains que les articles L.4121-1 et suivants du code du travail pourront permettre aux télétravailleurs de contester le confort dont il dispose pour son activité, il sera difficilement appréciable de considérer que l'employeur ne respecte pas son obligation de moyen dès lors que le télétravail reste exceptionnel puisque ce dernier disposera, en principe, des équipements conformes dans les locaux de l'entreprise. Ainsi, l'ensemble des

---

<sup>310</sup>Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale

dispositions semblent difficilement applicables pour tout type de télétravailleur, qu'elles aient dans la finalité ou non, des répercussions conséquentes.

Cependant, pour le télétravailleur plus régulier, il semble nécessaire pour l'employeur de mettre en place des démarches de prévention afin d'assumer sa responsabilité. Dans ce cadre, la possibilité de reprendre son activité dans les locaux dès lors que les garanties de sécurité sont insuffisantes doit être claire et permet d'assurer le respect de son obligation de sécurité.

Au-delà des difficultés rencontrées relatives au poste de travail du télétravailleur, d'autres aménagements semblent peu compatibles avec le domicile du télétravailleur. En effet, *“l'employeur, n'ayant pas la maîtrise de la conception, de la construction et de l'aménagement de l'espace de travail, pourra difficilement le conformer aux exigences de nombreuses règles techniques”*<sup>311</sup>. Il est soumis à de nombreuses normes relatives aux locaux : sorties de secours<sup>312</sup>, en matière d'aération, d'éclairage et de lumière, d'espace de travail minimum, protection contre les incendies<sup>313</sup> ...

En matière de secours d'urgence, il est également intéressant de relever que le télétravailleur, par son isolement, ne pourra bénéficier d'un dispositif d'alerte ou de la mise à disposition de matériels de premier secours. Plus encore, la présence de secouristes sur les lieux de travail est obligatoire pour de nombreuses entreprises, ce qui permet d'assurer les premiers gestes lorsqu'un salarié se trouve en danger. Le télétravailleur qui se trouve à son domicile ne pourra en tirer avantage. Par conséquent, il en résulte des risques physiques qui ne peuvent être couverts complètement tels que des risques musculosquelettiques, visuels, électriques et bien plus encore lorsque les règles d'aménagements sont négligées et dont il en résulte une mauvaise ergonomie ou une installation défectueuse.

L'accès au domicile du salarié vient faire obstacle à l'obligation de sécurité de l'employeur ce qui, dans la finalité, peut porter atteinte au télétravailleur. Néanmoins, le télétravail à domicile regorge également d'aspects positifs et peut être un facteur de sécurité d'emploi tant pour des situations temporaires que pour des situations de longues durées.

---

<sup>311</sup> S.Mraouahi., “Le (télé)travail, c'est la santé ...?”, Cah. soc. juin 2018, n°1231, p.321

<sup>312</sup> C.trav. R.4216-2

<sup>313</sup> C.trav. R.4216-1 et s.

## Paragraphe II- Un lieu de travail offrant une sécurité d'emploi

L'ANI de 2005 exposait déjà la volonté de recourir au télétravail pour les travailleurs handicapés *“les possibilités offertes aux personnes handicapées sur le marché du travail soient renforcées tant en matière d'insertion que de maintien dans l'emploi”*. Le nouvel ANI du 26 novembre 2020 maintient cette position en consacrant l'article 4.3.3 sur le sujet. L'approche a été personnalisée par la loi du 5 Septembre 2018<sup>314</sup> qui avait modifié les dispositions du code du travail relatives au télétravail dans l'objectif de favoriser les travailleurs handicapés à bénéficier de ce mode d'organisation afin de garantir le l'insertion professionnelle et le maintien à l'emploi. Ainsi, cette forme de travail constituerait un véritable *“ vecteur d'égalité des chances »*<sup>315</sup>.

En ce sens, l'accord collectif ou la charte doit désormais prévoir, selon l'article L.1222-9 du code du travail, III, 5° *“ Les modalités d'accès des travailleurs handicapés à une organisation en télétravail, en application des mesures prévues à l'article L. 5213-6.”* L'employeur doit prendre, selon l'article auquel il renvoie, des mesures appropriées afin que le travailleur handicapé puisse bénéficier d'un accès à l'emploi et exercer sa fonction, de conserver un emploi qui correspond à sa qualification et enfin, d'accéder à une formation adaptée à ses besoins. Plus spécifiquement, depuis le 8 août 2019, l'article précédemment cité dispose que l'employeur assure l'accessibilité du poste en télétravail pour les personnes handicapées.

L'employeur fait face à une première contrainte: celles du financement de l'agencement du lieu de travail du télétravailleur handicapé. Il faudra ainsi agencer un bureau à élévation électrique, un double écran ou encore des supports pour les bras et les poignets. A ce titre, l'ANI de 2020 rappelle que *“ des financements de l'AGEFIPH peuvent être mobilisés”*. En effet, l'organisme propose une aide exceptionnelle à la mise en place du télétravail. Plus encore, l'aide financière apportée aux employeurs est prévue à l'article L.5213-10 du code du travail. Un coût qui encourage la politique du handicap dans les entreprises.

Contrairement aux salariés lambdas, le code du travail prévoit que ce dernier doit motiver la décision de son refus pour un télétravailleur handicapé (selon l'article définissant les

---

<sup>314</sup> Loi n°2018-771 du 5 Septembre 2018

<sup>315</sup> I.Desbarats « Entre la protection des salariés et la performance de l'entreprise : la gestation d'un droit français du télétravail » les Cahiers de droit, vol. 54, n°2-3, 2013

bénéficiaires<sup>316</sup>) et ce, qu'importe le moyen utilisé pour la mise en place du télétravail. Une décision louable pour la protection de ces travailleurs afin de pouvoir bénéficier d'une preuve dans le cas d'un motif discriminatoire<sup>317</sup>. En effet, le code du travail prévoit que *“le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L.1133-3”*<sup>318</sup>.

Néanmoins l'employeur n'a pas pour autant obligation d'assurer l'accès à chaque travailleur handicapé. Son obligation prend fin là où il n'est plus en capacité de supporter les charges relatives à la mise en œuvre des mesures pour ces derniers. Les juges du fond apprécieront alors le caractère disproportionné du coût qui peuvent accompagner la mise en place du télétravail. Un coût qui peut rapidement devenir conséquent dès lors que *“ces dispositions appellent évidemment à une analyse personnalisée tenant compte du handicap et des besoins propre à l'individu”*<sup>319</sup>.

En outre, les pratiques managériales peuvent ne pas être adaptées à cette situation. En effet, s'il est déjà observable que le management peine à s'adapter à cette forme de travail au regard de la distance, le manager de proximité pourrait éprouver des difficultés à adapter son dialogue à un salarié dont il faut redoubler d'attention et d'accompagnement. Il est donc nécessaire d'assurer des formations et des suivis réguliers tant pour le manager que pour le télétravailleur handicapé.

Enfin, il faut rappeler que toute entreprise qui emploie depuis au moins depuis 3 ans au minimum 20 salariés est tenue d'embaucher des personnes en situation de handicap dans une proportion de 6% de l'effectif total<sup>320</sup>. Quid de l'utilisation du télétravail pour répondre à cette obligation et par la suite isoler le télétravailleur handicapé ? Notamment quant on sait que ces derniers n'ont pas nécessairement l'envie de travailler chez eux : *“Mais, là encore, méfiance à l'égard des idées reçues : nombre de personnes handicapées veulent justement travailler en dehors de chez eux, et dans un collectif.”*<sup>321</sup>

---

<sup>316</sup> C.trav. L.5212-13

<sup>317</sup> C.trav. L.1132- ; C.trav. L.1133-1

<sup>318</sup> C.trav. L.5213-6 al.4

<sup>319</sup> M.Babin “ Télétravail et santé: le risque à distance ?” JCPS, 22 septembre 2020, 3018.

<sup>320</sup> C.trav. L5212-6 al 1

<sup>321</sup> J-E.Ray, “Légaliser le télétravail : une bonne idée ?”, Droit social, 2012, 443.

Ainsi, une exclusion qui peut très vite survenir et qui est partagée par certains auteurs *“le déplacement au travail est indispensable, afin de maintenir un lien de socialisation”*<sup>322</sup> en estimant que le télétravail doit rester partiel pour être prometteur d’une part d’un maintien à l’emploi et d’autre part d’une intégration effective à la communauté de travail.

L’ANI de 2020 évoque également la pratique du télétravail pour les salariés *“atteints d’une maladie chronique évolutive ou invalidante (pouvant notamment nécessiter un temps partiel thérapeutique) ou dans le cadre du maintien à l’emploi”*<sup>323</sup>. Ainsi, sans se limiter aux travailleurs handicapés, cette forme de travail participe au maintien à l’emploi des personnes dont l’état de santé est altéré. En outre, au regard de l’obligation de reclassement<sup>324</sup>, le télétravail peut être préconisé par le médecin du travail pour le salarié inapte<sup>325</sup>.

Il faut cependant rappeler que l’emploi doit être aussi comparable que possible à celui précédemment occupé avec de potentiels réglages par le biais *“de mutation, aménagements, ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail”*<sup>326</sup>. Or le télétravail répond à des fonctions intellectuelles qui semblent alors inaccessibles à certains postes manuels.

Le télétravail reste un moyen à privilégier dans le cas des télétravailleurs handicapés ou dans le cadre de reclassement malgré les contraintes qui peuvent être rencontrées. Cependant il peut également s’agir d’une forme de travail qui répond à des besoins temporaires mais tout autant importants pour la politique sociale et inclusive de l’entreprise. Ainsi, le mode d’organisation que propose le télétravail peut bénéficier à différents types de profils en sécurisant leur emploi.

Tout d’abord, le télétravail peut apparaître comme la solution pour une reprise du travail après un arrêt maladie de longue durée. Il peut s’agir d’un passage de transition pour reprendre progressivement connaissance de ses missions tout en bénéficiant d’une liberté organisationnelle et l’aménagement de son temps, pour par exemple, continuer à suivre des

---

<sup>322</sup> France, Assemblée nationale, Rapport au premier ministre. Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l’économie française, par Pierre Morel A-L’Huissier, Paris, La Documentation française, 2006, p. 125.

<sup>323</sup> ANI 2020, article 3.4.4

<sup>324</sup> C.trav. art. L.1226-2 et L.1226-10

<sup>325</sup> C.trav. art. L.4624-4

<sup>326</sup> S.Mraouahi., “Le (télé)travail, c’est la santé ...?”, Cah. soc. juin 2018, n°123h1, p.321 ; C.trav. L.4624-3

rendez-vous médicaux récurrents. A l'inverse, cela peut également être préconisé par le médecin du travail, tout comme pour le salarié inapte, mais dans le cadre d'un aménagement des conditions de travail temporaire. Il s'agirait alors de mesures individuelles d'aménagements de poste prévues par l'article L.4624-3 du code du travail.

En outre, le télétravail peut être un vecteur d'égalité de traitement professionnelle entre les femmes et les hommes<sup>327</sup> notamment au regard des femmes enceintes. En effet, la pratique démontre que les employeurs sont plus frileux à employer des femmes face au congé maternité et par conséquent, des absences qui sont impactantes pour l'entreprise.. A l'inverse, les femmes seraient plus productives et enclines à diminuer leur absence durant cette période si elles bénéficient de conditions de travail leur permettant une plus grande liberté d'organisation et d'éviter des déplacements qui peuvent devenir une véritable source d'épuisement.

En ce sens, la députée LREM Celine Calvez a déposé le 30 avril 2021 un amendement dans le cadre de l'examen du projet de loi pour l'égalité économique et professionnelle<sup>328</sup> afin de faciliter le télétravail au dernier trimestre de la grossesse. Elle souhaite ainsi que l'article L1225-17 soit rédigé de la manière suivante *« À sa demande, et sous réserve que ses missions puissent être exécutées hors des locaux de l'employeur, conformément à l'article L. 1222-9 du présent code, la salariée peut bénéficier du télétravail, dans les douze semaines précédant son congé de maternité. »* Une proposition qui a été adoptée le 5 mai 2021 en première lecture. Elle estime que de nombreux arrêts maladies sont sollicités en amont et en retour de congé maternité lié à la fatigue et à des difficultés survenant durant la grossesse. La crise sanitaire aurait démontré la réduction de de prise de congé maladie dans cette situation et a eu un effet positif sur la néo-natalité.

De même, le télétravail peut sécuriser l'emploi lors de situation de harcèlement afin d'éviter de détériorer la santé du télétravailleur qui le conduirait éventuellement, à l'arrêt. En effet, si les situations de harcèlement ne sont pas inexistantes lorsqu'un salarié se trouve en télétravail<sup>329</sup>, ce mode d'organisation peut être envisagé et proposé à l'une des parties ( potentiel harceleur ou potentielle victime) . Le recours au télétravail permettrait d'atténuer les

---

<sup>327</sup> C.trav. art. L.1141-1 et s.

<sup>328</sup> Proposition de loi n° 4000 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle

<sup>329</sup> Cass. Crim. 19 févr. 2019, n° 18-83.268

tensions durant l'enquête interne mise en œuvre par la Direction et le comité économique et social lorsqu'il existe une situation de harcèlement dans les locaux de l'entreprise et que les concernés sont amenés à se rencontrer régulièrement, voire partager un même espace de travail. Ainsi, le télétravail peut permettre le respect de la discrétion préconisée par l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail, article 4.2 “ *Il est dans l'intérêt de tous d'agir avec la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun*”. A défaut, la Haute juridiction peut retenir la faute de l'employeur qui justifie l'allocation de dommages et intérêts au salarié concerné<sup>330</sup>.

Cependant, une situation potentielle de harcèlement ne constitue pas un motif permettant l'application de l'article L.1222-11 du code du travail pouvant contourner la nécessité du consentement du salarié. En effet, cette proposition peut s'assimiler à une forme de sanction, telle une mutation ou une forme de mise à pied pour le potentiel harceleur, notamment lorsqu'il conteste les actes qui lui sont reprochés. A l'inverse, la potentielle victime peut estimer que ce changement d'organisation est subi et qu'elle souhaite continuer à travailler dans un cadre collectif, notamment pour démontrer qu'elle ne souhaite pas se réfugier et au contraire affirmer sa présence qu'elle considère légitime.

Enfin, la Charte européenne du travail à distance estime que «*le travail à distance a le potentiel d'accroître les opportunités de nouveaux emplois, particulièrement parmi les personnes défavorisées*»<sup>331</sup>. En ce sens, les personnes âgées, qui sont souvent associées à l'âge légal de départ à la retraite (entre 60 et 62 ans en France), peuvent ici s'entendre sur une échelle un peu plus large. En effet, ces derniers font partie d'une catégorie de personnes vulnérables dont un rapport de 2006 estimait que “ *le développement du télétravail au profit des travailleurs âgés fait partie des opportunités qui s'offrent pour résoudre des cas individuels* ”<sup>332</sup>. Or, si l'autonomie est une condition intrinsèque du télétravail auquel les personnes âgées répondent de part leur expérience, cette dernière peut très vite être atténuée dès lors qu'elle s'entend sous l'angle de l'appropriation des technologies de l'information et

---

<sup>330</sup> Cass. Soc., 9 février 2012, n° 10-26123

<sup>331</sup> Charte européenne du travail à distance, lancée en juin 1997 sous l'autorité de la Commission européenne DG XIII, [En ligne], [rad2000.free.fr/chareuro.htm] (21 juin 2013).

<sup>332</sup> France, Assemblée nationale, Rapport au premier ministre. Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l'économie française, par Pierre MorelA-L'Huissier, Paris, La Documentation française, 2006, p. 125

de la communication. En effet, *“le fossé numérique reste difficile à combler, notamment chez les plus âgées”*<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> I. Desbarats préc. : une enquête confirme que «les écarts liés à l'âge semblent plus difficiles à résorber que ceux observés selon le diplôme ou les revenus»: Régis Bigot et Patricia Croutte, La diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société française, Paris, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, 2010, p. 13. Voir aussi: Centre d'analyse stratégique, préc., note 5, p. 102.

# CONCLUSION

Le cadre juridique du télétravail se veut flexible et adaptable. Cette volonté législative a pour but de séduire les entreprises à le mettre en œuvre. C'est aussi pour répondre à la nécessaire évolution du télétravail dans la mesure où le concept reste, au regard du peu de pratique en France avant ces deux dernières années, à la genèse de sa vie. Or, le télétravail ne recouvre pas la même dimension selon le métier ou l'entreprise dans lequel il est pratiqué. C'est d'ailleurs pourquoi il est encouragé de le mettre en place par le biais du dialogue social afin de lui donner toute légitimité et de personnaliser au mieux son recours dans l'entreprise.

Mais la flexibilité ne doit pas donner lieu à des insécurités. Et l'absence de prise de positions par le législateur sur des aspects essentiels du télétravail donne lieu à des incohérences normatives<sup>334</sup> qui viennent faire obstacle à un recours opérationnel de cette forme de travail.

C'est notamment après les deux années de pandémie que nous pouvons aujourd'hui faire un bilan : le recours au télétravail peut difficilement être généralisé aujourd'hui. Il remet en cause le fondement même de notre droit du travail qui ne répond que partiellement à ces problématiques modernes. Les temps prochains devront être à l'observation, afin de repenser les conditions d'application du droit du travail ou de pencher la balance vers l'obtention d'un statut distinct au télétravailleur.

Néanmoins, certains facteurs au développement du télétravail se situent en dehors de la sphère juridique. A ce titre, la culture managériale française nécessite elle aussi d'évoluer afin d'être porteur du sujet. Il faudra également apprendre à analyser les gains de productivité que crée le télétravailleur. Il s'agit également de mettre en place des infrastructures adaptées afin d'étendre la pratique à tout territoire. L'efficacité du télétravail ne se résume donc pas qu'à une simple volonté législative.

Le télétravail semble dans tous les cas s'inscrire comme une simple alternative aux méthodes de travail plus classiques et non comme l'unique solution au travail de demain. Il reste

---

<sup>334</sup> B.Sourbès, A.Probst "Controverse: Faut-il une "autre" réforme du télétravail ?" Revue du droit du travail, 2020, p.514

subjectif et tout salarié ne pourra s’y épanouir. Ainsi les entreprises devront garder en tête que *“Tout ce qui est techniquement possible n’est pas forcément souhaitable”*<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> Philosophe allemand H.Jonas

# BIBLIOGRAPHIE

## ● **Ouvrages**

- A.Touffler, *Future Shock*, Bantam; Reissue édition, 1970
- L.Rozes, *Entreprise-organisations sociale de l'entreprise*, Répertoire de droit du travail, chapitre 2, section 1, article 1, avril 1991
- H.Rose, *Durée du travail : réglementation du temps de travail*; Répertoire de droit du travail, juillet 2020 ( actualisation : juin 2021)
- J-E Ray, *Droit du travail: droit vivant*, Liaisons, Droit vivant 29e édition, 2020
- L.DRAI, Fasc. 3-24 : *TRAVAIL À DOMICILE ET TÉLÉTRAVAIL*, JurisClasseur Travail Traité, Lexis360, 30 avril 2021.
- L.Lerouge, *Droit des risques psychosociaux au travail*, Répertoire de droit du travail, Avril, 2021

## ● **Revue juridiques**

- J-E Ray “ Nouvelles technologies, nouveau droit du travail ? “ Droit social 1992. 519
- F.Waquet, “Le temps de repos”, Droit social, mars 2000, 228
- R. Cox, J. Desmarais et K. Lippel « Les enjeux juridiques du télétravail au Québec », Québec, Centre francophone d'informatisation des organisations, 2001, p. 11
- BERRA, Les chartes d'entreprise et le droit du travail, Mélanges Despax, 2002, Presse Universitaire de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p.125
- J-D Combrexelle, “Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication” Droit social, 2002, 103.
- S.Fantoni “Difficultés juridiques posées par l'impact des TIC sur la santé au travail” Travail et Protection sociale n° 3, Mars 2005, étude 5
- A.Probst “Télétravail au domicile”, Droit social, 2006, 1109
- M. Morand “ Mobilités et libertés” Semaine sociale Lamy 9 juill. 2006, p. 8
- A.Probst, “Confusion des lieux et distinction des temps”, Droit social, 2006, p.109
- S. Niel, « Virtual Office », Les Cahiers du D.R.H. 2006, p.124.7
- A.Donnette-Boissière, “ L'autonomie du travailleur subordonné”, BJT juillet 2021, n°2006, p.49
- Antonmattei et Vivien, “Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives”, Doc. fr. 2007
- B.Fournier et H.Guyot, « Le télétravail », JCP. S, 2007, 1072, n°33
- B.Bossu “ L'employeur ne peut pas remettre en cause unilatéralement le télétravail “JCP S, 4 mars 2008, n°10, 1150
- J. Barthélémy, “Évolution du droit social. Une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux des travailleurs”, 2009, Lamy, Axe droit, p. 149
- P-YVerkindt, «À propos du télétravail et du télétravailleur... après la loi du 22 mars 2012», Les Cahiers du DRH, 2012.13
- H.Guyot, “Le télétravail codifié”, JCP S, 2012 p.1204
- L. Casaux-Labrunée “ La vie privée des salariés et de vie de l'entreprise “ Droit social, 2012, 331
- J-E.Ray “ légaliser le télétravail : une bonne idée ?” Droit social, 2012.443
- C.Cariou et M. Gaulon-Brain “Du Minitel à l'internet”, La revue des médias, INA, 29 mars 2012
- G.Dedessus-Le-Moustier “Travail à domicile et télétravail- Le régime juridique du télétravail” Répertoire de droit du travail, 2013
- I.Desbarats « Entre la protection des salariés et la performance de l'entreprise : la gestation d'un droit français du télétravail » les Cahiers de droit, vol. 54, n°2-3, 2013
- X.Orgerit, « Le développement du “e-syndicalisme” et la liberté syndicale à l'ère de la communication numérique » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 octobre 2013
- M.Dumas, C.Ruiller “ Le télétravail: les risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ?”Management & Avenir 2014, n°74
- J-E.Ray, “Qualité de vie(s) et travail de demain” Droit social, 2015, p.147
- F. PETIT, “gérer et anticiper la modification du contrat de travail “ Le Droit Ouvrier, août 2016, n°817, p483.
- J-E. Ray “ Grande accélération et droit à la déconnexion” Droit social 2016, p.912
- A.Barriet “Les ordonnances Macron consolident le droit au télétravail”, actuel RH, 2017

- P. Vivien, “Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ?” Cah. soc. juill. 2017, n° 1212, p. 42
- M.Grignard “ La place de la négociation d'entreprise” Droit social, 2017, 429
- A. Patrice, « Qualité de vie au travail : la part des juristes », RDT 2017, p. 476.
- O. Daniel. « Le succès du télétravail. Les effets de la nouvelle loi Travail », *Études*, vol. , no. 12, 2017, pp. 33-46.
- G.Epitalon “ L’entreprise face aux défis du télétravail gris” LBMG Worklabs , 2017
- G.Loiseau “La valeur juridique de la charte”, Les Cahiers Sociaux, juillet 2017, n°298, p.52
- J-E Ray “ De la question sociale du XXI<sup>e</sup> siècle au télétravail” Droit social, 2018, 52
- C.Leborgne “ Technologie de l’information et de la communication et télétravail: un couple paradoxale”, Bulletin Joly Travail, 2018, n°02, p.139
- S.Mraouahi., “Le (télé)travail, c’est la santé ...?” Cah. soc. juin 2018, n°1231, p.321
- F.Chopin, “Le télétravail en 2018 : quels enjeux ?”, Gazette du Palais, 5 juin 2018, n°20, p. 59
- F.Bousez “ Télétravail et vie privée”, Cah. soc. juin 2018, n°1230, p.317
- B.Bossu “Quel contrat de travail au XXI<sup>e</sup> siècle ?”, Droit social, 2018 p.232
- Julien Abella “ Ordonnance du 22 septembre 2017 et RGPD: le télétravail en demi-teinte” Les Cahiers Sociaux, - n°308 , 2018, page 313
- M.Caron “Le télétravail: mise en oeuvre et fonctionnement “Les Cahiers Lamy du CSE, N° 189, 1er février 2019
- P.Bailly, “La mesure nécessaire du temps de travail”; Gaz. Pal. 17 sept. 2019, n° 3593, p. 40
- B.Géniaut “ Covid-19 et télétravail” Droit social, 2020, 607
- B.Gauriau “Le suivi du télétravail “, JCP S, 2020, 3017
- H.Guyot “ La mise en place du télétravail : les accords collectifs après la crise sanitaire”, JCPS, 22 septembre 2020, n°38
- D.Castel “Le lieu de travail, espace en voie d’évolution” JA 2020, n°626, p30
- H. Guyot, “Le télétravail en temps de crise sanitaire, un nouveau sport national “JCP S 2020, act. 135
- B.Sourbès et A.Probst “ Controverse: Faut-il une “autre” réforme du télétravail?”, Revue du droit du travail, 2020, p.514
- M.Quémener, C. Wierre, , “Les cyberattaques à l'heure du coronavirus”, D. actu., 21 mars 2020
- M-H Bensadoun, “Tenir l’entretien professionnel”,Les Cahiers du DRH, N° 279, 1er octobre 2020
- B.Roussel “les dérives des chartes informatiques”, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 175, 1er novembre 2020
- M.Quémener, “Télétravail à l'heure des risques sanitaires et numériques”,Revue Lamy Droit de l'Immatériel, N° 171, 1er juin 2020
- M.Babin “Télétravail et santé: le risque à distance ?” JCPS, 22 septembre 2020, n°38
- F. Lederlin “ Télétravail : un travail à distance du monde” Études, 2020, pages 35 à 45
- A.Lyon-Caen “ les travailleurs du devoir”, RDT 2020, 221.
- J-E Ray “ De l'ANI du 26 novembre 2020 sur le télétravail à l'avenir du travail à distance” Droit social, 2021, 236
- E.Lederlin, I.Saint-Lary “Les titres-restaurants : une illustration de la complexité d'application du principe d'égalité de traitement aux télétravailleurs” Semaine Sociale Lamy, N° 1950, 19 avril 2021
- B.Bossu “ Surveillance au travail: une protection du salarié en recul”, Hebdo édition sociale, 24 juin 2021, n°870
- I.Desbarats “ Les objets connectés au travail: quelles régulations pour quels enjeux ?” Droit social, 2021, p.139
- P.Lokiec “Les excès de la surveillance en entreprise “ Recueil Dalloz, 2021 .1472

- **Rapport :**

- Thierry Breton, *Le télétravail en France : situation actuelle, perspectives de développement et aspects juridiques*, Paris, la Documentation française, (Collection des rapports officiels), 1994
- France, Assemblée nationale, Rapport au premier ministre. Du télétravail au travail mobile. Un enjeu de modernisation de l’économie française, par Pierre Morel A-L’Huissier, Paris, La Documentation française, 2006, p. 125.
- KLEIN T., RATIER D. (coord.), 2012, L’impact des TIC sur les conditions de travail, Rapports & Documents du Centre d’Analyse Stratégique, La Documentation Française, février, p.184
- B. Mettling, Rapp., « Transformation numérique et vie au travail », sept. 2015, p.18
- ANACT – ARACT, « 10 Questions sur la qualité de vie au travail », 2016.
- OIT-Eurofound, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 15 February 2017

- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail
- Observatoire des territoires, “1h19 : le temps de déplacement quotidien moyen” publié en 2021

- **Loi**

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- L. n° 91-1414 du 31 déc. 1991, art. 5
- La loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail
- Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale
- Loi du 22 mars 2012 sur le télétravail relative à la simplification du droit à l'allégement des démarches administratives
- Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale ;
- Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel
- Loi n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi.
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels
- Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles

- **Décret**

- Décret. n° 2001-1016 du 5 nov. 2001

- **Circulaire/ directive**

- Circ. DRT n° 2002-6, 18 avr. 2002
- Circ. DSS/SDFSS/5B 2003-7, 7 janv. 2003, modifiée par Circ. DSS/SDFSS/5B 2005-376, 4 août 2005, § III, 3-3-4
- Circ. DGT n°2008/22, 19 nov.2008, BO Emploi, travail, formation professionnelle, cohésion sociale n°12, 30 nov. 2008
- Circ. DGT n° 2009-15, 25 juin 2009. – Circ. DRT n° 2009-16, 3 juill. 2009

- **Jurisprudence**

- Cass. soc. 25 septembre 1991 n° 87-42.396
- Cass. soc., 29 octobre 1996, no 92-43.68
- Cass. soc. 10 juillet 1996, pourvoi n° 93-40.966
- CE 14 octobre 1996, n° 170.833
- Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187
- Cass. soc., 2 avr. 1998, n° 95-43.541
- Cass. Soc. 2 octobre 2001 n°99-42.727
- Cass. Soc., 9 janvier 2001, n°98-44.833
- Cass. soc. 13 mars 2001 n°99-45.254
- Cass. Soc. 2 juillet 2002, n° 00-13.111
- Cass. Soc, 28 février 2002, n°00-10.051
- Cass. Soc., 3 juin 2003, n°01-43.573
- Cass. Soc. 17 févr. 2004, n° 01-45.889,
- Cass. Soc. Soc. 19 avr. 2005, n° 02-46.295
- Cass. soc., 31 mai 2006 n°04-43.592,
- Cass. Soc. 26 avr. 2006, n° 04-43.582
- TGI Paris, 28 oct. 2008, no 08-8842
- Cass. soc., 13 mai 2009, no 07-45.356
- Cass. Soc. 25 Mars 2010, n° 08-43.156
- Cass. Soc., 07 avril 2010, n° 08-44.865.
- Cass. Soc., 19 Mai 2010, n°09-40279
- Cass. Soc. 28 Septembre 2010, n° 08-43.161
- Cass. soc. 15 déc. 2010 n° 09-42.691

- Cass. Soc. 30 mars 2011, n°10-10.521
- Cass. Soc., 12 décembre 2012 n° 11-20502
- Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807
- Cass. Soc., 9 février 2012, n° 10-26123
- Cons. Const., 27 sept. 2013, n° 2013-345 QPC
- Cass. Soc. 13 février 2013 n°11-22.360
- Cass. Soc. 4 décembre 2013 n°12-19667
- Cass. Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427
- Cass. Soc 12 mars 2014, n°12-29141
- Cass. Soc, 25 novembre 2015, n°14-24.444
- Cass. soc. 10 févr. 2016, n° 14-14.213
- Cass. Soc., 31 mai 2017, n°15-23.313
- CA Nancy, 28 mars 2018, n°16-03.174
- Cass. Soc., 28 novembre 2018, n°7.20.079
- Cass. Crim. 13 novembre 2019, n° 18-85.367
- Cass. Crim. 19 févr. 2019, n° 18-83.268
- Cass. soc. 25 novembre 2020, n°17-19.523
- Cass. soc. 26 novembre 2020, n°00-42.401
- TJ Nanterre, 10 mars 2021, n° 20/09616
- CE 19 oct. 2020, n° 444809,
- Cass. Soc., 29 janvier 2020, n°18-22.401
- Cass. soc., 17 février 2021, n°19-13.783
- TJ Paris, 30 mars 2021, n° 20/09805

- **Sites web**

- Site de la CNIL: [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)
- Site sur le développement durable du gouvernement : [www.developpement-durable.gouv.fr](http://www.developpement-durable.gouv.fr)
- Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé Le Collège d'expertise sur le suivi statistique des risques psychosociaux au travail, 2015 : [www.vie-publique.fr](http://www.vie-publique.fr)
- Charte européenne du travail à distance, lancée en juin 1997 sous l'autorité de la Commission européenne DG XIII, [En ligne], [[rad2000.free.fr/chareuro.htm](http://rad2000.free.fr/chareuro.htm)] (21 juin 2013).
-

# TABLE DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	p.2
<b>INTRODUCTION</b> .....	p.6
<b>TITRE I - L'établissement juridique du télétravail</b> .....	p.16
<b>CHAPITRE I- La délimitation normative du télétravail</b> .....	p.17
<u>SECTION I-</u> L'appropriation du télétravail par la mobilisation de sources normatives multiples.....	p.18
PARAGRAPHE I- La construction collective du télétravail.....	p.18
PARAGRAPHE II - La construction unilatérale du télétravail.....	p.24
<u>SECTION II-</u> L'appropriation du télétravail limitée par l'application du régime juridique salarié.....	p.29
Paragraphe I - L'homogénéité recherchée par la transposition des droits et avantages.....	p.29
Paragraphe II - L'homogénéité recherchée par la prise en charge des frais professionnels..	p.34
<b>CHAPITRE II - La délimitation nécessaire du champ d'application du télétravail pour une exécution effective</b> .....	p.39
<u>SECTION I-</u> La délimitation temporelle de la mise en place du télétravail.....	p.40
Paragraphe I - La naissance du télétravail déterminée par le respect du principe du volontariat .....	p.40
Paragraphe II- La fin du télétravail déterminée par le respect du principe de réversibilité..	p.46
<u>SECTION II-</u> La délimitation de l'accès au télétravail.....	p.51
Paragraphe I- La décision objective et patronale de l'accès au télétravail.....	p.51
Paragraphe II - La décision unilatérale fondée sur des critères variées.....	p.55
<b>TITRE II- Les effets substantiels à la pratique du télétravail</b> .....	p.60

<b>CHAPITRE I- La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié aux technologies d'information et de communication</b> .....	p.61
<u>SECTION I-</u> Le double contrôle opéré pour et par le biais d'une utilisation des technologies de l'information et de la communication.....	p.62
Paragraphe I - L'intervention d'un contrôle à l'usage des outils informatiques face à la nécessaire protection des données personnelles.....	p.62
Paragraphe II- L'intervention d'une cybersurveillance face à une autonomie renforcée.....	p.67
<u>SECTION II-</u> Les répercussions des technologies de l'information et de la communication sur la durée effective du travail.....	p.72
Paragraphe I- L'application épineuse des règles relative au temps de travail.....	p.72
Paragraphe II- Les risques inhérents au technologies de l'information et de la communication pour le respect du temps de travail.....	p.77
<b>CHAPITRE II- La délicate appropriation législative d'un mode de travail sensiblement lié au lieu de travail à domicile</b> .....	p.82
<u>SECTION I-</u> L'incidence du travail à domicile sur le bien-être du télétravailleur.....	p.83
Paragraphe I- Une qualité de vie controversée.....	p.83
Paragraphe II - Une diversité de moyens propre à tempérer les risques psychosociaux du télétravailleur.....	p.87
<u>SECTION II-</u> L'incidence du travail à domicile sur la sécurité du télétravailleur.....	p.92
Paragraphe I - Un lieu de travail impactant la sécurité du télétravailleur.....	p.92
Paragraphe II - Un lieu de travail offrant un sécurité d'emploi.....	p.97
<b>CONCLUSION</b> .....	p.103