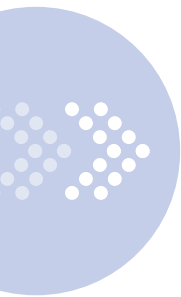


# Du télétravail exceptionnel au télétravail régulier : **quel encadrement juridique ?**



Octobre 2020



# SOMMAIRE

<b>RÉSUMÉ</b>	<b>3</b>
<b>SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS ET PROPOSITIONS</b>	<b>4</b>
■ RECOMMANDATIONS POUR SÉCURISER LA PRATIQUE DU TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL	4
■ PROPOSITIONS D'ÉVOLUTIONS DU CADRE RÉGLEMENTAIRE POUR UN DÉVELOPPEMENT DU TÉLÉTRAVAIL	5
<b>INTRODUCTION</b>	<b>6</b>
■ TÉLÉTRAVAIL : UNE SITUATION CONTRASTÉE AVANT LE CONFINEMENT	6
■ UN RECOURS MASSIF AU TÉLÉTRAVAIL PENDANT LE CONFINEMENT QUI DOIT ÊTRE SÉCURISÉ	7
■ TÉLÉTRAVAIL : EN ROUTE VERS LA REMOTE WORKER NATION ?	7
<b>I - SÉCURISER LES SITUATIONS DE « TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL DURABLE »</b>	<b>8</b>
■ TÉLÉTRAVAIL : UN CADRE JURIDIQUE SOUPLE MAIS CIRCONSCRIT AU TÉLÉTRAVAIL RÉGULIER	8
■ RECOMMANDATIONS POUR SÉCURISER LES SITUATIONS DE TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL	10
<b>II - COVID-19 : UNE MISE EN LUMIÈRE DES PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES TRADITIONNELLES DU TÉLÉTRAVAIL</b>	<b>13</b>
■ LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR EN MATIÈRE D'ACCIDENT DU TRAVAIL DU TÉLÉTRAVAILLEUR	13
■ LA DIFFICILE MESURE DU TEMPS DE TRAVAIL DU TÉLÉTRAVAILLEUR	14

Ce rapport a été réalisé par Philippe GOEZMANN, membre élu de la Commission droit du travail et questions sociales, CCI Paris -Ile-de-France, dans le cadre du programme annuel d'études et de rapports des CCI piloté par CCI France .



## RÉSUMÉ

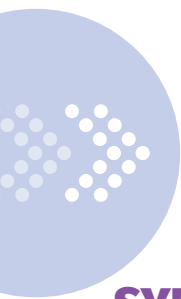
Alors même qu'il ne peut jamais être imposé ni au salarié ni à l'employeur, ni même être mis en place sans que ne soit possible un retour au travail dans les locaux de l'entreprises (principe de réversibilité), le télétravail s'est naturellement invité dans les entreprises depuis sept mois en raison de la crise sanitaire. Alors que seuls 7 % des salariés télétravaillaient habituellement avant le confinement, 25 % d'entre eux ont poursuivi leur activité sous cette forme pendant le confinement.

Cette expérimentation contrainte et massive du télétravail *in vivo* ne peut servir de point de référence à une diffusion plus large de ce mode de travail dans les entreprises. Défaut d'anticipation de beaucoup d'entre elles (manque de matériel, absence de dématérialisation des process, enjeux de cybersécurité...), télétravail en « mode dégradé » pour nombre de leurs collaborateurs en raison de l'épidémie de Covid-19 (domicile inadapté au télétravail, garde des enfants d'âge scolaire, contraintes familiales ou médicales...): le télétravail de crise n'est pas représentatif du télétravail. Il met néanmoins en évidence le nouvel attrait des salariés mais aussi des responsables politiques pour cette forme d'activité : amélioration de la qualité de vie au travail (meilleur équilibre vie familiale et vie professionnelle), désenclavement de certains territoires (en facilitant l'accès au marché du travail de leur population) ou encore impact environnemental positif (réduction globale des émissions de gaz à effet de serre) sont régulièrement mis en avant. Les chiffres traduisent cet engouement : selon une enquête conduite en avril et mai 2020, l'ANACT relève que 88 % des salariés souhaitent poursuivre le télétravail au-delà de la crise sanitaire.

Le télétravail est de ce fait devenu un nouvel enjeu du dialogue social, aussi bien au niveau national interprofessionnel, comme en attestent les concertations engagées par les partenaires sociaux, que dans l'entreprise, à l'instar des centaines d'accord en cours de négociation. Ces discussions doivent nécessairement inclure une dimension économique (quid des services à l'entreprise tels qu'immobilier de bureaux, entretien, gardiennage, restauration collective?), organisationnelle (référentiel des activités *télétravaillables*, mise en place des moyens d'un travail à distance sécurisé) et managériale (développement du management par projet, renforcement du lien de confiance et de solidarité au sein des équipes, consolidation de la culture d'entreprise). En la matière, les données existantes, complétées d'un retour d'expérience du télétravail en période de pandémie, doivent guider, dans les prochains mois, une réflexion collective associant entreprises, salariés et pouvoirs publics.

Au plan juridique, les entreprises sont aujourd'hui dans une « zone grise ». Autorisé en raison notamment du risque épidémique, le télétravail exceptionnel se poursuit aujourd'hui alors même que l'état d'urgence a été levé, créant une forte insécurité juridique. C'est pourquoi a été dressée la check-list permettant aux entreprises d'auditer leur situation au regard des exigences légales et conventionnelles. Six recommandations leur permettront d'encadrer leur pratique du télétravail exceptionnel.

A plus long terme, les entreprises qui s'engageraient sur la voie du télétravail pourraient se heurter à des problématiques au regard des règles relatives à la protection de la sécurité ou à la régulation du temps de travail des salariés, ces exigences trouvant une acception particulière dès lors que le travail s'exécute en dehors des locaux de l'entreprise. Deux adaptations du cadre réglementaire devraient résoudre ces difficultés.



# SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS ET PROPOSITIONS

## RECOMMANDATIONS POUR SÉCURISER LA PRATIQUE DU TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL

### **Recommandation n° 1**

Formaliser l'accord du salarié à la poursuite du télétravail au-delà de la date du 10 juillet 2020, date de fin de l'état d'urgence sanitaire, dès lors que la durée du télétravail est différente de celle habituellement accomplie avant la pandémie virale.

A cette fin, privilégier la signature d'un avenant au contrat de travail sauf disposition contraire prévue par accord ou charte d'entreprise.

### **Recommandation n° 2**

Conformément au principe d'égalité de traitement, appliquer à l'ensemble des télétravailleurs, habituels ou non, les règles collectives (accord collectif ou charte) arrêtées dans l'entreprise pour l'exercice du télétravail, y compris pour la période de télétravail « exceptionnel ».

### **Recommandation n° 3**

En l'absence de règles collectives (accord collectif ou charte) dans l'entreprise, préciser les modalités d'exercice du télétravail du salarié dans un avenant au contrat de travail.

### **Recommandation n° 4**

En l'absence de dispositions collectives dans l'entreprise, préciser, par avenant au contrat de travail, les modalités de remboursement des frais du salarié résultant du télétravail.

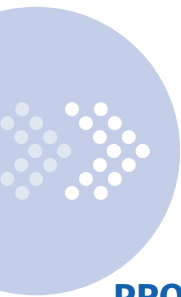
En tout état de cause, indemniser le salarié pour la période de télétravail exceptionnel en raison de l'état d'urgence sanitaire.

### **Recommandation n° 5**

Engager des négociations dans l'entreprise afin d'organiser durablement le recours au télétravail dans le cadre d'un accord collectif. Dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, recourir aux modes alternatifs de négociation (représentants élus, salariés mandatés ou référendum des salariés).

### **Recommandation n° 6**

Dans toutes les entreprises s'engageant dans le télétravail prévoir, par voie de négociation collective ou de charte de l'employeur, les modalités du droit à déconnexion des salariés.



## **PROPOSITIONS D'ÉVOLUTIONS DU CADRE RÉGLEMENTAIRE POUR UN DÉVELOPPEMENT DU TÉLÉTRAVAIL**

### **Proposition n° 1**

Renverser la présomption d'imputabilité de l'accident du travail en posant le principe que l'accident survenu au domicile du salarié n'est pris en charge au titre de l'assurance accident du travail que lorsque le salarié démontre son lien avec l'exécution de son contrat de travail.

A tout le moins, neutraliser l'effet de l'accident du travail du télétravailleur survenu à son domicile sur le niveau de la cotisation de l'entreprise et écarter toute action en responsabilité pour faute inexcusable à l'encontre de l'employeur.

### **Proposition n° 2**

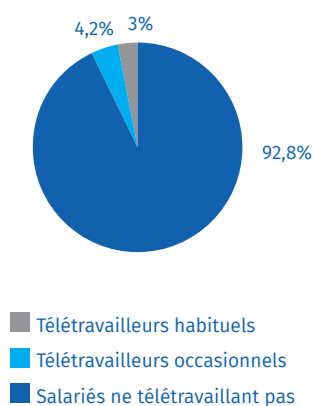
Écarter l'obligation de décompter le temps de travail des jours de télétravail exécutés en des lieux non mis à disposition par l'employeur et non soumis à son contrôle. En lieu et place, forfaitiser le temps de travail de ces jours de télétravail au prorata du temps de travail mensuel théorique.

# INTRODUCTION

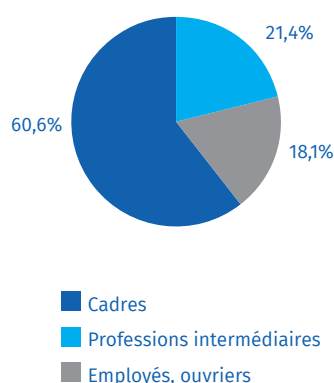
## ■ TÉLÉTRAVAIL : UNE SITUATION CONTRASTÉE AVANT LE CONFINEMENT

Bien qu'il ait fait l'objet d'un accord national interprofessionnel dès 2005 et de nombreuses lois depuis<sup>1</sup>, le télétravail a connu un développement modeste en France. Selon les données de l'enquête SUMER de 2017, reprises par le ministère du travail<sup>2</sup>, seuls 3 % des salariés français, principalement des cadres, télétravaillaient habituellement (au moins un jour par semaine) et 4,2 % de manière occasionnelle.

Part des télétravailleurs (2017)

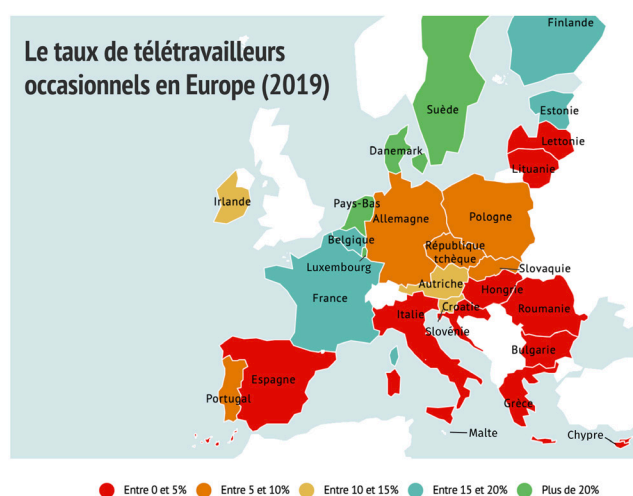
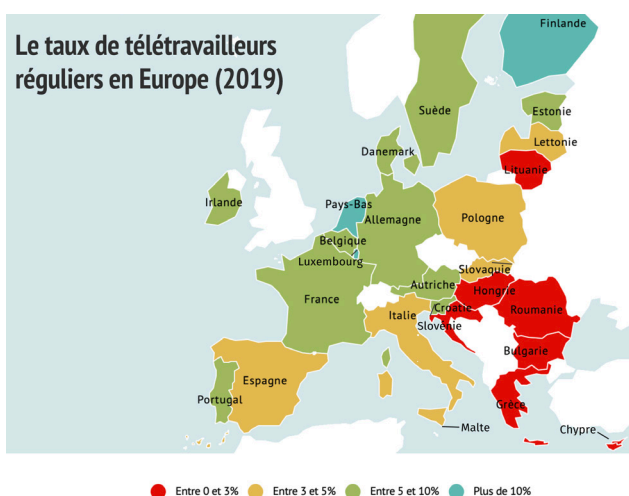


Répartition des télétravailleurs habituels selon la catégorie socioprofessionnelle (2017)



Source : Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? DARES Analyses, n° 51, novembre 2019

Si ces chiffres semblent avoir progressé depuis, la France, avec 7 % de télétravailleurs habituels en 2019, est encore loin de ses voisins européens recourant le plus au télétravail - Pays-Bas (14,1 %), Finlande (14,1 %), Luxembourg (11,6 %), Autriche (9,9 %) - même si on remarquera que notre pays privilégie le télétravail occasionnel (15,7 % des salariés), plus informel, mettant en évidence le décalage entre le droit et la pratique des entreprises.



Source : Barthélémy GAILLARD, Le télétravail en Europe, touteurope.eu, 23 avril 2020.

1. En dernier voir loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, J.O.R.F. n° 76 du 31 mars 2018

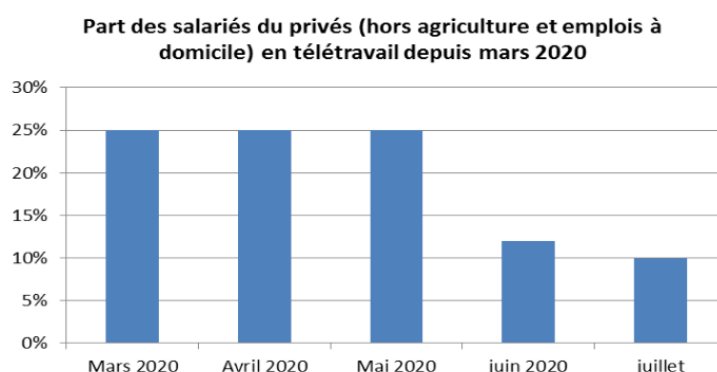
2. Quels sont les salariés concernés par le télétravail ? DARES Analyses, n° 51, novembre 2019

## ■ UN RECOURS MASSIF AU TÉLÉTRAVAIL PENDANT LE CONFINEMENT QUI DOIT ÊTRE SÉCURISÉ

L'épidémie de COVID-19 et le confinement qui s'ensuivit du 17 mars au 11 mai 2020 ont bouleversé la donne : le télétravail est apparu comme la solution idoine à la poursuite de l'activité pour les entreprises et emplois qui pouvaient s'y prêter.

Ainsi, selon le Ministère du travail<sup>3</sup>, fin mars 2020 un quart des salariés du privé (hors champ de l'agriculture) télétravaillait, un quart travaillait sur site et un quart voyait son activité suspendue au titre de l'activité partielle - les autres se répartissant entre arrêts maladie, y compris pour garde d'enfant d'âge scolaire, et congés.

Dès la fin du confinement, le retour des salariés sur site s'est engagé : 25 % des salariés télétravaillaient en avril 2020 et mai 2020, mais seulement 12 % en juin 2020 et 10 % en juillet 2020<sup>4</sup>. Cette situation est confortée, à ce jour, par le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19<sup>5</sup> qui n'impose plus le télétravail comme le mode ordinaire d'exécution du travail mais le recommande pour les personnes présentant un risque de développer une forme grave de la maladie ou dans les endroits où le coronavirus circule activement<sup>6</sup>.



Source : Activité et conditions d'emploi pendant la crise sanitaire de la COVID 19, DARES, août 2020

Nombre d'entreprises ont donc retrouvé leurs salariés sur site et doivent désormais dresser le bilan de leur pratique du télétravail exceptionnel. Celles qui ont opté, à moyen terme, pour la poursuite du télétravail doivent également s'interroger sur son cadre dès lors que l'état d'urgence sanitaire a été levé en métropole le 10 juillet 2020 et en Guyane et à Mayotte le 18 septembre 2020. En effet, si le code du travail prévoit la possibilité de recourir, en dehors de tout cadre juridique, au télétravail à titre exceptionnel, une telle situation est, dans la durée, source d'insécurité juridique, tant pour l'employeur que pour le salarié. C'est pourquoi il convient d'accompagner les entreprises dans la sécurisation de leur pratique du télétravail exceptionnel.

## ■ TÉLÉTRAVAIL : EN ROUTE VERS LA REMOTE WORKER NATION<sup>7</sup> ?

L'expérimentation soudaine, contrainte et massive du télétravail est-elle de nature à modifier dans un futur proche et durablement les comportements des entreprises et de leurs salariés ? Le télétravail sera-t-il le marqueur du « monde d'après ». La question est ouverte...

Certes, le nombre de télétravailleurs est en net recul depuis le mois de juin 2020.

3. Activité et conditions d'emploi de la main-d'œuvre pendant la crise sanitaire Covid-19, DARES, avril 2020

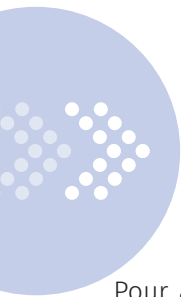
4. Activité et conditions d'emploi pendant la crise sanitaire de la COVID 19, DARES, août 2020

5. Protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19 mis à jour le 17 septembre 2020

6. Déclaration d'Élisabeth Borne, Ministre du travail, à l'issue de sa rencontre avec les partenaires sociaux le 18 août 2020

7. Une nation de travailleurs à distance





Pour autant, selon une enquête conduite en avril et mai 2020, l'ANACT relève que 88 % des salariés souhaitent poursuivre le télétravail au-delà de la crise sanitaire. Dans le même sens, un sondage Zevillage et Néonomade réalisé en août 2020 indique qu'à court-terme seuls 21 % des salariés et 37 % des managers envisagent de revenir à temps plein au bureau. A long terme, le télétravail reste plébiscité par les salariés (81 %) comme par les managers (71 %). Un phénomène plus marqué dans les grandes entreprises (87 %) que dans les PME (73 %). Dans l'ensemble, les répondants privilégient à 70 % une alternance entre domicile et bureau. Le risque sanitaire n'est pas seul en cause. 72 % pensent être plus performants en télétravail, managers (70 %) comme salariés (75 %), et 76 % estiment perdre trop de temps pour aller au bureau<sup>8</sup>. Sont également mis en avant les bénéfices pour la santé ou une meilleure articulation vie professionnelle / vie privée.

Par ailleurs, le télétravail est vanté pour ses mérites collectifs, principalement en matière environnementale. En ce sens, l'ADEME mesure qu'un jour de télétravail par semaine économise 140 Kg de CO2 par an par salarié, en tenant compte des effets « rebond » (consommation énergétique supplémentaire au sein du foyer, éloignement du lieu de résidence et donc augmentation du temps de trajet, pollution numérique)<sup>9</sup>. Le télétravail permet aussi le désenclavement de certains bassins d'emploi en facilitant l'accès à distance de leurs résidents au marché du travail, sans impact sur la qualité de l'air.

En outre, le télétravail est une variable importante pour l'entreprise, aussi bien en termes de coûts que de politique RH. Le télétravail induit de repenser la politique immobilière de l'entreprise à la fois dans une logique d'économie, même si à cette heure elle est difficile à chiffrer<sup>10</sup>, et d'organisation de l'espace de travail pour attirer des profils à fort potentiel et limiter le turnover. 80 % des salariés recherchent un emploi qui propose une solution de flexibilité et 54 % d'entre eux pensent que « le lieu de travail est plus important que de travailler pour une entreprise prestigieuse »<sup>11</sup>.

Fort de ces constats, le Gouvernement promeut le développement de ce mode de travail, l'inscrivant à l'agenda des partenaires sociaux<sup>12</sup>. La démarche appelle toutefois une révision du cadre juridique du télétravail dans une double perspective d'agilité et de garantie des droits des salariés et de l'entreprise.

## I - SÉCURISER LES SITUATIONS DE « TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL DURABLE »

### ■ TÉLÉTRAVAIL : UN CADRE JURIDIQUE SOUPLE MAIS CIRCONSCRIT AU TÉLÉTRAVAIL RÉGULIER

Le code du travail définit 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 (Article L. 1222-9 du Code de travail).

Cette définition du télétravail permet d'englober différentes formes de télétravail comme, par exemple, le cas des salariés travaillant à domicile ou celui des salariés « nomades » qui peuvent travailler n'importe où avec les moyens adaptés, dans des espaces collectifs en dehors de l'entreprise.

Selon le même article du code du travail, **le télétravail est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou, à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social économique, s'il existe. En l'absence de charte ou d'accord collectif, lorsque le salarié et l'employeur** conviennent de recourir au télétravail,

8. Enquête Zevillage et Néo nomade - août 2020

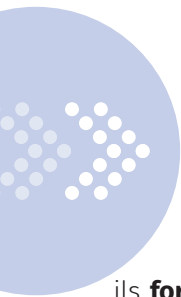
9. Caractérisation des effets rebonds induits par le télétravail, ADEME, septembre 2020

10. A. BERGEAUD et R. SIMON, Macroéconomie du télétravail, le Bulletin de la Banque de France n° 231, septembre 2020

11. Welcome to Generation flex – the employee powershift, The IWG Workspace Survey, mars 2019

12. Concertation initiée le 19 juin 2020 et devant aboutir à un diagnostic partagé au plus tard en octobre 2020





ils **formalisent leur accord par tout moyen**. L'accord collectif, ou à défaut, la charte élaborée par l'employeur précise :

- les conditions de passage en télétravail, en particulier en cas d'épisodes de pollution (au sens de l'article L. 223-1 du Code de l'environnement), et les conditions de retour à l'exécution du contrat de travail sans télétravail ;
- les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail ;
- les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ;
- la détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail ;
- les modalités d'accès des travailleurs handicapés à une organisation en télétravail.

Outre ses obligations de droit commun vis à vis de l'ensemble des salariés de l'entreprise, l'employeur est tenu à l'égard du salarié en télétravail :

- de l'informer de toute restriction à l'usage d'équipements, d'outils informatiques ou de services de communication électronique et des sanctions en cas de non-respect de telles restrictions (en d'autres termes préciser comme cela se fait dans le cadre de chartes informatiques les conditions d'utilisation à des fins privées ou non des outils informatiques mis à disposition du salarié ;
- de lui donner priorité pour 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 ;
- d'organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d'activité du salarié et sa charge de travail.

Les télétravailleurs bénéficient, quant à eux, des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que ceux applicables aux salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. 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, doit motiver sa réponse. Le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail.

L'ensemble de ces dispositions est complété de celles de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 applicables, en vertu de l'arrêté d'extension du 30 mai 2006, aux entreprises appartenant à une fédération professionnelle adhérente du MEDEF, de la CPME ou de l'U2P. Un accord d'entreprise peut toutefois déroger à ces prescriptions<sup>13</sup>.

**Les règles encadrant le télétravail régulier sont toutefois écartées en cas de circonstances exceptionnelles, comme la menace d'une épidémie (article L. 1222-11 du code du travail). La mise en œuvre du télétravail dans ce cadre ne nécessite aucun formalisme particulier et le salarié ne peut s'y soustraire.**

Le télétravail exceptionnel s'exécute alors :

- soit dans les conditions définies par l'accord collectif ou la charte d'entreprise, si ce document prévoit des modalités particulières applicables à cette situation, ce qui est peu fréquent ;
- soit dans les conditions définies par les parties dans le cadre d'un avenant au contrat de travail, ce qui là aussi paraît peu probable eu égard à la soudaineté des événements, pandémie et confinement.

Dans tous les autres cas, la plus grande majorité, le télétravail exceptionnel s'exécute donc en dehors de tout cadre juridique. Cette situation est opposable au salarié pour une courte durée au regard des règles relatives à l'aménagement des conditions de travail et tant que les circonstances exceptionnelles le justifient.

**A ce titre, la levée de l'état d'urgence sanitaire à la date du 10 juillet 2020<sup>14</sup> interroge la notion de circonstances exceptionnelles.** Si le télétravail reste, selon les termes de la ministre du travail, « recommandé », il ne s'impose

13. Art. L. 2253-3 C. Trav.

14. Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, J.O.R.F. n° 169 du 10 juillet 2020



pas et ce d'autant moins que le protocole national de sortie du confinement et, avant lui tous les guides métiers et fiches pratiques publiés sur le site du ministère, n'ont pas de valeur contraignante<sup>15</sup>. La légalité du maintien en télétravail d'un salarié, sans son accord, au-delà de la date du 10 juillet 2020 paraît donc discutable.

De surcroît, l'hypothèse ne peut être écartée qu'un salarié dont télétravail « exceptionnel » se prolongerait dans le temps, voire au-delà de la fin de l'état d'urgence sanitaire, et qui ne serait pas couvert par les dispositions d'un accord ou d'une charte d'entreprise, réclame, au nom de l'égalité de traitement entre salariés placés dans des situations identiques, le bénéfice des mêmes avantages (primes, titres-restaurant ou indemnités repas, indemnisation des frais engagés...) que ceux accordés au télétravailleur régulier.

## ■ RECOMMANDATIONS POUR SÉCURISER LES SITUATIONS DE TÉLÉTRAVAIL EXCEPTIONNEL

Dans ce contexte, il convient de recommander aux entreprises de diligenter un audit de la situation des salariés exécutant un télétravail exceptionnel au motif de la pandémie virale.

### → Mise en œuvre du télétravail

Pour la période relevant de l'état d'urgence sanitaire, la mise en œuvre du télétravail s'imposait au salarié. En revanche, l'état d'urgence étant désormais levé alors même que l'épidémie se poursuit, les entreprises devraient s'assurer de l'accord du salarié pour la poursuite du télétravail au-delà du 10 juillet 2020, dès lors que sa quotité de télétravail est supérieure à celle auparavant accomplie. Cet accord du salarié devrait être formalisé conformément aux dispositions de l'accord collectif ou de la charte d'entreprise s'ils existent et, à défaut, par tout moyen selon le code du travail. Toutefois, dans un souci de sécurité juridique et conformément à l'article 2 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, la conclusion d'un avenant au contrat de travail doit être privilégiée.

#### Recommandation n° 1

Formaliser l'accord du salarié à la poursuite du télétravail au-delà de la date du 10 juillet 2020, date de fin de l'état d'urgence sanitaire, dès lors que la durée du télétravail est différente de celle habituellement accomplie avant la pandémie virale.

A cette fin, privilégier la signature d'un avenant au contrat de travail sauf disposition contraire prévue par accord ou charte d'entreprise.

### → Régime du télétravail


Les entreprises doivent ensuite déterminer le régime juridique applicable au télétravail exceptionnel. Leur situation diffère selon qu'elles sont ou non couvertes par un accord collectif ou une charte.

Dans la première hypothèse, l'employeur doit se conformer strictement aux conditions collectives d'exécution du télétravail et ce même si le salarié n'est pas un télétravailleur habituel. En effet, conformément au principe d'égalité de traitement, les salariés placés dans des situations identiques doivent bénéficier des mêmes règles. Par conséquent, l'employeur devra appliquer à tous les dispositions d'entreprise relatives à l'indemnisation du télétravail, à la détermination des plages horaires du télétravail, aux modalités de contrôle du temps de travail pour la période de télétravail en cours mais aussi pour la période de télétravail « exceptionnel ».

#### Recommandation n° 2

Conformément au principe d'égalité de traitement, appliquer à l'ensemble des télétravailleurs, habituels ou non, les règles collectives (accord collectif ou charte) arrêtées dans l'entreprise pour l'exercice du télétravail, y compris pour la période de télétravail « exceptionnel ».

15. Le Conseil d'État admet certes la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces règles de « droit souple » dès lors qu'elles émanent de « documents de portée générale » sans pour autant leur reconnaître de caractère contraignant : Conseil d'État, Juge des référés, 29 mai 2020, n° 440452, « Fontaines à eaux » ; Conseil d'État, Section, 12 juin 2020, n° 418142, « GISTI ». Sur ce point, voir S. BLOCH et F. PINATEL, Le droit souple à l'épreuve du COVID, Actuel Rh, 29 juillet 2020



Dans la seconde hypothèse, en l'absence d'accord d'entreprise ou de charte, les modalités du télétravail doivent être définies par avenant au contrat de travail, toujours conformément à l'article 2 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005. Celui-ci doit préciser l'ensemble des modalités convenues : nombre de jours de télétravail, lieu du télétravail, calendrier, horaires de travail et modalités de contrôle du temps de travail, condition de l'accès de l'employeur au domicile du salarié, réversibilité du télétravail...

### Recommandation n° 3

En l'absence de règles collectives (accord collectif ou charte) dans l'entreprise, préciser les modalités d'exercice du télétravail du salarié dans un avenant au contrat de travail.

Dans le silence du code du travail<sup>16</sup>, l'article 7 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 impose, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, que l'employeur prenne « *en charge, dans tous les cas, les coûts directement engendrés par [le télétravail] en particulier ceux liés aux communications* », disposition qui ne peut être écartée que par accord d'entreprise.

Par conséquent, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires dans l'entreprise, les modalités de remboursement des frais du salarié occasionnés par le télétravail (abonnements, achat de matériel, communications, assurances...) doivent être précisées dans l'avenant au contrat de travail.

Les remboursements de l'employeur sur factures présentées par le salarié conformément aux dispositions conventionnelles ou contractuelles sont alors exonérés de cotisations sociales.

**L'indemnisation du salarié peut également prendre la forme d'une allocation forfaitaire versée par l'employeur au télétravailleur en vertu de l'accord collectif ou du contrat de travail. Ces versements sont exonérés - comme le remboursement des frais professionnels sur facture - de cotisations sociales, chaque mois, dans la limite de 10 euros par jour de télétravail par semaine (50 euros mensuels pour un télétravail à temps complet).** En d'autres termes, un salarié qui télétravaille habituellement un jour par semaine se voit versé une indemnisation forfaitaire de 10 euros mensuels, celui qui télétravaille habituellement 5 jours par semaine une indemnisation de 50 euros mensuels.

On comprend donc tout l'intérêt d'une formalisation des modalités d'indemnisation du salarié sans laquelle les sommes versées forfaitairement ne seront pas exonérées de cotisations sociales. En tout état de cause, l'employeur ne peut renoncer à indemniser les salariés placés en télétravail depuis le début du confinement au motif de l'absence d'accord opposable dans l'entreprise ou d'avenant au contrat de travail du salarié, conformément à l'article 7 de l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005.

### Recommandation n° 4

En l'absence de dispositions collectives dans l'entreprise, préciser, par avenant au contrat de travail, les modalités de remboursement des frais du salarié résultant du télétravail.

En tout état de cause, indemniser le salarié pour la période de télétravail exceptionnel en raison de l'état d'urgence sanitaire.

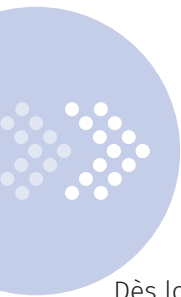
## → Organiser durablement le télétravail

La mise en œuvre imprévue et contrainte du télétravail ces derniers mois a permis aux entreprises de s'assurer de la bonne poursuite de l'activité à distance et à de nombreux salariés de découvrir les bénéfices de cette forme de travail. Nombre de ces derniers souhaitent d'ailleurs pérenniser leur télétravail ou en augmenter la quotité<sup>17</sup>.

Le télétravail sera donc un des enjeux sociaux dans l'entreprise dans les mois à venir, a fortiori puisque le Gouvernement entend le développer, mettant en avant ses avantages pour la collectivité.

16. Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, J.O.R.F. du 23 septembre 2017. Ce texte a supprimé l'obligation légale pour l'employeur de prendre en charge les frais engendrés par l'exercice du télétravail de ses salariés

17. 58 % des salariés télétravaillant pendant le confinement souhaitent télétravailler davantage qu'ils ne le faisaient auparavant. Enquête Res Publica du 1<sup>er</sup> au 20 avril 2020



Dès lors, il est souhaitable que l'employeur engage des discussions avec ses représentants syndicaux en vue de la signature d'un accord d'entreprise relatif au télétravail. Cette voie doit, en effet, être privilégiée car elle est juridiquement la seule qui lui permettra d'opter pour des dispositions dérogeant à l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005<sup>18</sup> auquel elle restera, à défaut, soumise. Quand bien même les discussions engagées par les partenaires sociaux aboutiraient-elles - rien n'est moins sûr pour l'heure - à un accord national interprofessionnel, les règles négociées en entreprise trouveraient toujours à s'appliquer prioritairement, conformément aux règles d'articulation des accords d'entreprise et des accords de niveau supérieur<sup>19</sup>.

En l'absence de représentants syndicaux dans l'entreprise, l'employeur pourra négocier l'accord d'entreprise relatif au télétravail avec les représentants élus du personnel ou des salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national interprofessionnel<sup>20</sup>. Par ailleurs, dans les entreprises de moins de 20 salariés, l'employeur pourra soumettre le projet d'accord qu'il aura rédigé à l'approbation des deux tiers des salariés<sup>21</sup>.

#### **Recommandation n° 5**

Engager des négociations dans l'entreprise afin d'organiser durablement le recours au télétravail dans le cadre d'un accord collectif. Dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, recourir aux modes alternatifs de négociation (représentants élus, salariés mandatés ou référendum des salariés)

#### **→ Organiser le droit à la déconnexion**

Selon l'article L. 2242-17 7° du code du travail, à défaut d'accord d'entreprise différent, la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes doit aborder « *les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. [...]* ».

Cette obligation conduit donc les entreprises de 11 salariés et plus dans lesquelles ont été désignés des délégués syndicaux à déterminer notamment :

- ce qu'il convient de qualifier de « période de déconnexion » : les accords peuvent prévoir un temps de déconnexion de référence (horaires détaillés, pause déjeuner...),
- les bonnes pratiques d'utilisation des outils numériques : utilisation raisonnée de la messagerie, du téléphone portable, activation des messageries d'absence et de réorientation, signature automatique indiquant le caractère non impératif d'une réponse immédiate...,
- les voies de sensibilisation et formation des salariés et de leurs responsables d'encadrement. Points réguliers d'échange sur l'organisation du travail, sur la charge de travail...

A défaut d'accord d'entreprise, l'employeur élabore une charte, après avis du comité social et économique. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit, en outre, la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques.

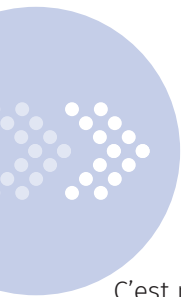
Dans les entreprises non soumises à cette obligation de négocier, il n'en reste pas moins que le droit à la déconnexion relève du droit à la santé et au repos du salarié. En tout état de cause, l'employeur devra donc s'assurer, *a fortiori* dans le cadre du télétravail, que chaque salarié est en mesure d'exercer son droit à la déconnexion. Dans le cas contraire, la responsabilité de l'employeur pourrait être engagée au titre de l'obligation de sécurité, singulièrement en cas de *burn-out* du salarié.

18. Article L. 2253-3 C. Trav. : « Dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique. »

19. Art. L. 2253-3 C. Trav.

20. Art. L. 2232-23-1, L. 2232-24, L. 2232-25 et L. 2232-26 C. Trav.

21. Art. L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-23 C. Trav.



C'est pourquoi toute entreprise devrait mettre en œuvre des modalités de déconnexion de ses salariés, particulièrement en cas de mise en œuvre du télétravail.

#### **Recommandation n° 6**

Dans toutes les entreprises s'engageant dans le télétravail prévoir, par voie de négociation collective ou de charte de l'employeur, les modalités du droit à déconnexion des salariés.

## **II - COVID-19 : UNE MISE EN LUMIÈRE DES PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES TRADITIONNELLES DU TÉLÉTRAVAIL**

Le passage contraint au télétravail du plus grand nombre a mis en évidence les opportunités en termes organisationnels, environnementaux et de compétitivité de cette forme d'exécution du contrat de travail. Deux difficultés juridiques persistent cependant, de nature à freiner le développement du télétravail.

### **■ LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR EN MATIÈRE D'ACCIDENT DU TRAVAIL DU TÉLÉTRAVAILLEUR**

L'employeur est garant de la santé et de la sécurité des salariés<sup>22</sup>. Cette obligation de moyen renforcée<sup>23</sup> engage sa responsabilité dès lors que survient un accident qui aurait pu être évité si l'employeur avait pris les dispositions qui s'imposaient.

Cette obligation justifie les règles particulières de prise en charge de l'accident du travail par le régime général de sécurité sociale : l'accident survenu sur le lieu et au temps du travail est présumé être un accident de travail au sens de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale. Cette présomption d'imputabilité peut, toutefois, être renversée par l'employeur en rapportant la preuve que le salarié n'exécutait pas le contrat de travail lorsque l'accident est survenu.

Ces dispositions, élaborées sur la base d'un modèle industriel dans lequel l'employeur contrôle le temps, le lieu et les modalités d'exécution du travail, s'imposent malgré tout au télétravail selon l'article L. 1222-9 du code du travail. Or, le télétravail se caractérise par une distension du lien de subordination, le contrôle de l'exécution du contrat de travail s'avérant compliqué au quotidien, a fortiori si le télétravail a lieu au domicile du salarié ce qui en ferme le libre accès à l'employeur. Celui-ci sera alors dans l'incapacité de démontrer, le cas échéant, l'absence de lien entre le travail et l'accident alors même qu'il supportera une majoration du montant des cotisations accidents du travail s'il est soumis au régime mixte ou au régime individuel (respectivement pour les entreprises de 20 à 149 salariés et pour celles d'au moins 150 salariés).

**C'est pourquoi, afin de libérer totalement le potentiel du télétravail, il convient de renverser la présomption d'imputabilité de l'accident survenu au domicile du télétravailleur.**

Sur ce point, on peut prendre appui sur la législation relative à l'accident de trajet qui est assimilé à l'accident de travail dès lors que le salarié rapporte la preuve que l'accident est survenu sur le trajet habituel entre le domicile et le lieu de travail<sup>24</sup>. Par analogie, il reviendrait au télétravailleur à domicile de justifier, par tous moyens, du lien entre l'exécution du contrat de travail et l'accident pour bénéficier des garanties de l'assurance accident du travail. A tout le moins, et dans la mesure où les prérogatives de l'employeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des salariés sont, de fait, limitées lorsque le télétravail s'exécute à domicile, l'accident qui y survient ne devrait avoir aucune incidence sur le niveau de la cotisation de l'entreprise. Le télétravailleur à domicile ne devrait pas pouvoir, de surcroît, engager d'action en responsabilité pour faute inexcusable à l'encontre de l'employeur (dans l'hypothèse par exemple où un incident d'origine électrique surviendrait alors que l'employeur n'aurait pas demandé à réaliser un diagnostic de l'installation au domicile du salarié).

22. Art. L. 4221-1 C. Trav.

23. Cour de cassation, chambre sociale, 25 novembre 2015, « Air France », pourvoi n° 14-24444

24. Art. L. 411-2 C. Séc. Soc.



### Proposition n° 1

Renverser la présomption d'imputabilité de l'accident du travail en posant le principe que l'accident survenu au domicile du salarié n'est pris en charge au titre de l'assurance accident du travail que lorsque le salarié démontre son lien avec l'exécution de son contrat de travail.

A tout le moins, neutraliser l'effet de l'accident du travail du télétravailleur survenu à son domicile sur le niveau de la cotisation de l'entreprise et écarter toute action en responsabilité pour faute inexcusable à l'encontre de l'employeur.

À titre complémentaire, on observera, dans le cadre du télétravail à domicile, que l'obligation de sécurité des télétravailleurs devrait trouver une expression particulière et renforcée, alors que celle de l'employeur devrait être appréciée plus soupagement par les juges.

## ■ LA DIFFICILE MESURE DU TEMPS DE TRAVAIL DU TÉLÉTRAVAILLEUR

Selon l'article L. 3174-1 du code du travail, 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. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ce régime probatoire est, dans le cadre du télétravail, très défavorable à l'employeur dans la mesure où il ne peut assurer qu'un contrôle à distance de la durée du travail du télétravailleur, principalement fondé sur l'auto-déclaration. L'employeur peut alors être confronté à un dépassement de la durée maximale quotidienne ou hebdomadaire de travail ou au non respect de la durée quotidienne de repos, sans moyen d'action directe sur le comportement du salarié mais au risque d'une sanction pénale lourde<sup>25</sup>.

Le régime légal du temps de travail est, en outre, totalement en contradiction avec le mode de management des travailleurs à distance pour lesquels le management par projet ou objectif, fondé sur la confiance réciproque entre salariés et employeur, et non sur la surveillance, doit être privilégié. En d'autres termes, **le télétravail conduit à passer d'une rémunération de la présence à une rémunération du résultat, du livrable, par analogie avec l'esprit de la forfaitisation du temps de travail de certains salariés.**

C'est pourquoi il convient d'envisager la mise en place d'un régime spécifique qui prenne en compte l'autonomie consubstantielle au télétravail à domicile et au télétravailleur nomade dès lors que cette autonomie du travailleur est un prérequis pour accéder au télétravail<sup>26</sup>.

Certains pays ont d'ores et déjà parfaitement assimilé cette donnée incontournable en l'intégrant dans la définition même du télétravail. Ainsi, au Japon, « *le télétravail est une méthode d'organisation qui, grâce à l'utilisation des moyens d'information et de télécommunication, n'est pas soumise à des conditions d'exercice liées au lieu et à la durée du travail* »<sup>27</sup>.

Au demeurant, en France, la loi adapte la réglementation du temps de travail à l'autonomie organisationnelle de certains travailleurs. Ainsi, les Voyageurs Représentants Placiers (VRP) sont soumis aux dispositions du Code du travail sous réserve de certaines exceptions ou adaptations rendues nécessaires par la nature de leur activité<sup>28</sup>.

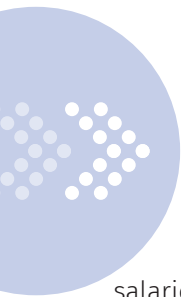
Par analogie et dans la logique guidant la réglementation sur le temps de travail forfaitisé de certaines catégories de

25. Le non-respect de la durée maximale quotidienne de travail ou de la durée minimale du repos quotidien est sanctionné d'une amende de 750 euros, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés : art. R. 3124-3 et R. 3135-1 C. Trav.

26. Voir par exemple la Charte Européenne du Travail à Distance, juin 1997 : « le travail à distance s'adresse aux personnes volontaires, autonomes et responsables et leur permet de mieux coordonner leur vie professionnelle avec leurs autres obligations et activités ; il offre aux salariés la possibilité de dégager du temps libre pour leur vie privée ou familiale ainsi que pour leurs loisirs »

27. Conseil d'analyse stratégique, Le développement du télétravail dans la société numérique de demain, nov. 2009, spéc. p. 16

28. Voir notamment la circulaire DRT 94-4 du 21 avril 1994 n° I-1-2, Bulletin officiel du Ministère du travail n° 94-9 et la circulaire du 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, Bulletin officiel du Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle n° 6 bis du 13 mars 2000. L'indépendance dans l'organisation et l'exercice de leur travail, ainsi que l'extrême difficulté pour les employeurs de contrôler leur temps de travail justifient qu'ils ne soient pas soumis à la réglementation relative au temps de travail



salariés, le même raisonnement devrait s'appliquer aux télétravailleurs qui effectuent une partie au moins de leur prestation de travail à leur domicile ou en tout lieu qui n'est pas mis à leur disposition par l'employeur. Il faudrait a minima que les employeurs n'aient pas l'obligation de décompter le temps de travail des télétravailleurs, celui-ci étant calculé forfaitairement par rapport au temps de travail mensuel théorique. L'employeur devrait seulement être tenu de vérifier que la charge de travail est raisonnable, adéquate et comparable à celle des travailleurs sur site. En d'autres termes, serait affecté à chaque jour de télétravail un nombre d'heures forfaitaire indépendamment du temps de travail réellement effectué.

#### **Proposition n° 2**

Ecarter l'obligation de décompter le temps de travail des jours de télétravail exécutés en des lieux non mis à disposition par l'employeur et non soumis à son contrôle. En lieu et place, forfaitiser le temps de travail de ces jours de télétravail au prorata du temps de travail mensuel théorique.





**CHAMBRE DE COMMERCE  
ET D'INDUSTRIE**

1<sup>er</sup> ACCÉLÉRATEUR DES ENTREPRISES



**CCI PARIS ILE-DE-FRANCE**