

La loi « Travail » : La personne

Le travailleur face au numérique

par Henri GUYOT, Docteur en droit, of Counsel, brL Avocats

PLAN

I. Le travailleur connecté

- A. Le travailleur 3.0
- B. Les représentants du personnel 2.0

II. Le travailleur déconnecté

« *L'un des changements les plus profonds qu'a connu le droit du travail au cours des dernières décennies est sans doute la reconnaissance de la vie personnelle du salarié* » (1). Les technologies de l'information et de la communication (TIC) y ont beaucoup contribué, d'abord sur le terrain de la preuve de faits fautifs. Autorisation a ainsi été donnée à l'employeur d'accéder aux données numériques du salarié dès lors qu'elles ne sont pas identifiées comme étant personnelles et qu'elles émanent d'un outil professionnel. Les SMS (2), les fichiers stockés sur le disque dur ou les périphériques à l'ordinateur comme une clé USB (3), les emails (4) peuvent être consultés par l'employeur. En outre, la diffusion de données numériques a pu servir de motif de licenciement. Tel est le cas des propos tenus par le salarié dans sa vie numérique sur les réseaux sociaux (5). Jusqu'à aujourd'hui, le droit du travail s'était essentiellement saisi du numérique pour tenter de concilier le droit de la preuve et les libertés fondamentales (vie privée, secret des correspondances) du salarié. Désormais, il s'agit de donner un statut au travailleur numérique. La loi « Travail » (6) y contribue. Des outils nouveaux sont donnés au travailleur connecté (I.). Inversement, un droit à la déconnexion lui est reconnu (II.).

I. Le travailleur connecté

Le travailleur moderne tend vers le travailleur 2.0 (A). De nouvelles opportunités de connexion lui sont également offertes avec ses représentants (B).

A. Le travailleur 2.0

1. Plateformes de mise en relation

Le mode de fonctionnement des plateformes de mises en relation est désormais connu. La plateforme permet de faire le lien entre le besoin d'un consommateur et un entrepreneur, travailleur non salarié, qui offre ses services moyennant rémunération. La plateforme prélève une commission sur le montant de la prestation facturée. Le statut de ces travailleurs a été amélioré.

Champ d'application. Un nouveau statut est applicable aux travailleurs des plateformes dès lors que :

1) ils travaillent pour le compte de plateformes de mise en relation par voie électronique qui déterminent les caractéristiques de la prestation ou du bien fourni et fixe son prix ;

2) le travailleur réalise un chiffre d'affaire minimum avec la plateforme.

Le statut n'est donc offert qu'aux professionnels qui en tirent un revenu d'activité (7). L'objectif est alors de protéger les travailleurs qui réalisent leur prestation sous la dépendance économique du générateur du service. Le statut comporte trois dimensions principales.

Accident du travail. Lorsque le travailleur souscrit une assurance couvrant le risque d'accidents du travail ou adhère à l'assurance volontaire en matière

(1) B. Bossu, L'ascension du droit au respect de la vie personnelle : JCP S 2015, 1241.

(2) Cass. Com. 10 févr. 2015, n° 13-14.779.

(3) Cass. Soc. 12 févr. 2013, n° 11-28.649, RPDS 2013 p. 149.

(4) À l'inverse, la Chambre sociale de la Cour de cassation a établi une inviolabilité de la boîte mail personnelle du salarié (Cass. Soc. 26 janv. 2016, n° 14-15.360).

(5) CA Rouen, 15 nov. 2011, n° 11/01827.

(6) Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : JO 9 août 2016.

(7) Le seuil de chiffre d'affaires plancher doit être déterminé par décret. Le 6 janvier 2017, le décret fixant ce chiffre d'affaires minimum n'avait pas encore été publié.

d'accidents du travail, la plateforme prend en charge sa cotisation (8). Cette prise en charge n'est pas applicable lorsque le travailleur adhère à un contrat collectif souscrit par la plateforme, comportant des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail, et que la cotisation à ce contrat est prise en charge par la plateforme.

Formation professionnelle. Le travailleur bénéficie du droit d'accès à la formation professionnelle continue. La contribution à la formation professionnelle est prise en charge par la plateforme. Le travailleur peut également demander le bénéfice d'une validation des acquis de l'expérience. La plateforme prend alors en charge les frais d'accompagnement et lui verse une indemnité.

Droits collectifs. Les travailleurs utilisant les plateformes de mise en relation bénéficient du droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir, par son intermédiaire, leurs intérêts collectifs. Leurs mouvements de refus concerté de fournir leurs services en vue de défendre leurs revendications professionnelles ne peuvent, sauf abus, ni engager leur responsabilité contractuelle, ni constituer un motif de rupture de leurs relations avec les plateformes, ni justifier de mesures les pénalisant dans l'exercice de leur activité. Même si la qualification juridique n'est pas utilisée, faute pour eux d'avoir le statut de salarié, c'est l'équivalent du droit de grève qui leur est accordé.

Accident du travail, formation professionnelle, droit de grève, droit de constituer un syndicat : bien que conservant la qualité d'entrepreneur, le travailleur utilisant des plateformes de mise en relation bénéficie de certains atouts du salariat. Finalement, le droit social sera peut-être plus moteur de changement du modèle économique de ces plateformes que le droit de la concurrence.

2. Télétravail

Encouragements. Le télétravail est encouragé. Impulsée par la loi « Travail », une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance s'est engagée avec les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et inter-

professionnel. L'objectif est d'ouvrir une négociation sur le sujet qui pourrait conduire à un second accord national interprofessionnel (9). *A minima*, un guide des bonnes pratiques doit être élaboré pour servir « de document de référence » lors de la négociation d'une convention ou d'un accord d'entreprise sur le sujet.

Handicap. Obligation est faite à l'employeur, dans un délai maximal de 3 ans après la publication de la loi, de « s'assurer que le poste de travail des personnes handicapées est accessible en télétravail ». De même, l'employeur « s'assure que les logiciels installés sur le poste de travail des personnes handicapées et nécessaires à leur exercice professionnel sont accessibles ».

Concrètement, la loi « Travail » n'a pas véritablement bousculé le régime applicable au télétravail. Elle dessine toutefois un cadre pour une évolution négociée et invite à travailler activement à un environnement de travail plus inclusif à l'horizon 2019.

Indemnisation. La Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu deux décisions qui viennent mettre un terme au débat sur l'indemnisation du salarié pour l'occupation de son domicile personnel à l'occasion d'une situation de télétravail. En effet, la même juridiction avait décidé que, dès lors que l'occupation du domicile intervient à la demande de l'employeur, la sujétion particulière imposée au salarié doit être indemnisée (10). La réciproque à cette décision a été formulée au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « Le salarié ne peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel est mis effectivement à sa disposition » (11). Concrètement, cela signifie que le caractère volontaire du télétravail et la mise à disposition d'un local par l'employeur s'opposent au paiement d'une indemnité d'occupation du domicile du salarié. Dès lors, les situations de télétravail, et notamment de télétravail pendulaire (12), sont sécurisées.

3. Bulletin de salaire

À compter du 1^{er} janvier 2017, sauf opposition du salarié, l'employeur peut procéder à la remise du bulletin de paie sous forme électronique, dans des

(8) Le plafond de la prise en charge doit être déterminée par décret. Le 6 janvier 2017, le décret fixant ce chiffre d'affaires minimum n'avait pas encore été publié.

(9) Le premier ANI du 19 juillet 2005 a été un succès en ce qu'il a régi la pratique jusqu'à son entrée dans le Code en 2012 (C. trav., art. L. 1222-9). Par sa précision, il complète encore les dispositions législatives.

(10) Cass. Soc. 7 avr. 2010, n°08-44.865 à n°08-44.869. Le seul argument selon lequel un bureau pouvait être mis à disposition à la

demande du salarié ne suffisait pas (Cass. Soc. 12 déc. 2012, n° 11-20.502, JCP S 2013 n° 3, p. 60-62 l'utilisation du courrier électronique comme mode de preuve, n. B. Bossu).

(11) Cass. Soc. 21 sept. 2016, n° 15-11.144 (4^{ème} moyen) ; Cass. Soc. 14 sept. 2016, n° 14-21.893, JCP S 2016, 1405 n. H. Guyot .

(12) Alternance de journées au sein de l'entreprise et en télétravail. De fait, il s'agit de la forme d'organisation la plus répandue en ce qu'elle permet au salarié d'être en télétravail une à deux journées par semaine.

conditions de nature à garantir l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des données (13).

B. Les représentants du personnel 2.0

Pour renforcer la participation des salariés aux élections, le vote électronique est appelé à se développer. Fruit d'un compromis, la loi « Travail » offre également de nouveaux droits numériques aux représentants du personnel.

Vote électronique. Traditionnellement, l'élection a lieu au scrutin secret sous enveloppe. Un vote électronique pouvait être organisé, sous réserve qu'un accord d'entreprise l'autorise. Désormais, le recours au vote électronique est de droit ; soit un accord d'entreprise le prévoit, soit l'employeur décide d'y avoir recours. L'initiative permet une économie de papier non négligeable. La fiabilité et le risque d'erreur sont considérablement réduits. À l'heure où les élections professionnelles sont devenues l'un des moments déterminants pour le dialogue social de l'entreprise, la mesure ne peut qu'être saluée.

Communication électronique des OS. Un accord d'entreprise peut définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise. À défaut d'accord, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise et satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans, peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. Dans tous les cas, l'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes : 1) être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ; 2) ne pas avoir des conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ; 3) préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message.

II. Le travailleur déconnecté

Au-delà du développement des outils numériques, la loi « Travail » veille à la protection de la santé des salariés. En effet, les outils issus des TIC peuvent être ressentis comme une intrusion dans la vie privée des salariés (14). Surtout, ils maintiennent un lien permanent entre le salarié et son activité professionnelle. Le salarié doit pourtant bénéficier, chaque jour, d'une limitation de son temps de travail et d'un repos effectif. Le droit pour le salarié de couper le lien numérique avec son travail est désormais reconnu. Le droit à la déconnexion est consacré.

Fondements. Le droit à la déconnexion n'a pas été inventé à l'occasion de la loi « Travail ». L'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 en faveur d'une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle en avait jeté les bases. Trois pistes étaient ouvertes pour limiter l'utilisation abusive des TIC.

1) Les entreprises s'attachent à mettre en place des formations à la conduite du changement et à l'utilisation des TIC pour les salariés ayant des diffi-

cultés particulières pour les maîtriser ; à défaut elles pourront mettre en place des actions de sensibilisation sur le bon usage des TIC auprès des salariés et du management.

2) Elles rechercheront, après avoir recueilli le point de vue des salariés sur l'usage des TIC dans l'entreprise, les moyens de concilier vie personnelle et vie professionnelle, en tenant compte des exigences propres aux caractéristiques de l'entreprise et des fonctions exercées, par l'institution, par exemple, de temps de déconnexion, comme cela se pratique déjà dans certaines entreprises.

3) Par la suite, le rapport *Mettling* (15) a théorisé la notion et en a montré les incidences et les contraintes.

Consécration. La notion de droit à la déconnexion est désormais reprise dans le Code du travail dans deux articles distincts. Tout d'abord, il est fait référence au droit à la déconnexion à l'occasion de l'examen des conventions de forfait en jours : « *Il appartiendra aux partenaires sociaux de fixer dans*

(13) La durée minimale de conservation des bulletins numériques, ainsi que l'accessibilité des bulletins souffrant de handicap doivent être précisées par décret. Le 6 janvier 2017, ce décret n'avait pas encore été publié.

(14) Des manifestations graves peuvent être établies : absentéisme, RPS (burn out, dépression, whorkaholisme), reconnaissance d'accident de service ou de maladie professionnelle. Or, en matière de santé et de sécurité, l'employeur est tenu à une

obligation de sécurité de résultat. L'enjeu est également organisationnel. En effet, d'une trop grande utilisation de ces outils, une surcharge d'informations, de la perte de temps, l'apparition de fausses urgences ou, *a contrario*, un sentiment d'isolement peuvent être identifiés.

(15) B. Mettling, *Transformation numérique et vie au travail*, sept. 2015.

l'accord relatif au forfait en jours les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion » (16). Ensuite, obligation est faite de négocier sur ce thème à l'occasion de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail. L'accord conclu porte notamment sur « *les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale* ». À défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. 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 (17).

Notion. Le droit à la déconnexion est donc issu de la pratique. Il implique concrètement que le salarié n'a pas d'obligation de se connecter ou d'être disponible sur les outils professionnels numériques mis à sa disposition en dehors de son temps de travail et lors des périodes de suspension de son contrat de travail. Une application efficace du droit à la déconnexion suppose une lecture large de la notion d'outils professionnels. Il s'agit des ordinateurs portables, tablettes numériques et téléphones portables. De même, toutes les sollicitations doivent être entendues : appels, mails, applications. Les modalités du droit à la déconnexion ne peuvent être prédéfinies. Il existe autant de modalités que d'entreprises. Plusieurs facteurs entrent en ligne de compte : l'activité de l'entreprise, la catégorie de personnel, la culture de l'entreprise, son implantation sur différents continents. D'ores et déjà, de la pratique, une typologie des accords existants peut être établie reposant sur trois catégories : 1) les accords déclaratifs, 2) les accords structurants et 3) les accords coercitifs :

Type d'accord	Exemples de mesure
Accord déclaratif	Rappel que l'utilisation des NTIC s'effectue par principe sur le temps de travail Rappel qu'il n'existe pas une obligation de connexion hors temps de travail
Accord structurant	L'effectivité du respect par le salarié de ces durées minimales de repos implique pour ce dernier une obligation de déconnexion des outils de communication à distance
Accord coercitif	Aucun courriel adressé avant 8h00 le matin et après 19h30 le soir Aucun courriel adressé durant les week-ends et jours fériés, sauf en cas de manifestations spécifiques.

Beaucoup d'autres idées peuvent être envisagées pour assurer l'effectivité du droit à la déconnexion : une fenêtre pop-up qui rappellerait au salarié son droit à la déconnexion en cas de connexion sur des plages non conventionnelles, définition du degré d'urgence dans l'objet du mail, une journée sans mail. Au-delà des accords et/ou chartes pouvant être écrits, le droit à la déconnexion nécessite une révolution culturelle qui ne peut être insufflée que sur la base de l'exemplarité. En tout état de cause, l'obligation de déconnexion ne doit pas être prise isolément pour répondre formellement à une obligation de publier une charte ou de conclure un accord. Il s'agit d'un outil d'organisation permettant de repenser la charge de travail.

Le numérique témoigne donc d'une ambiguïté. Le numérique est de plus en plus présent dans les vies professionnelles. Il existe une véritable aspiration à pouvoir fluidifier les relations au moyen des outils numériques. Le droit à la déconnexion n'en est pas

moins une revendication forte. Droit pour le salarié, il s'agit d'un outil pour l'entreprise permettant de repenser intelligemment, notamment, la charge de travail. Au-delà de la question du droit à la déconnexion, il existe une réciproque à ne pas négliger : le devoir de déconnexion. Ce devoir doit être rappelé à chacun. Remettre les TIC au service de l'humain ne saurait être critiqué.

Henri Guyot

(16) C. trav. art. L. 3121-64.

(17) C. trav. art. L. 2242-8.