

LE TRAVAILLEUR ET LE PANGOLIN

Le télétravail en temps de crise épidémique : les limites du cadre juridique existant

Par Sophie HUMBERT, Avocate au Barreau de Paris

PLAN

- I. Le « 100 % télétravail » mis en place par le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de COVID-19
- II. Le cadre juridique du télétravail n'est pas adapté au télétravail imposé
- III. Un nouvel ANI sur le télétravail

Le télétravail est sur le devant de la scène depuis plusieurs mois puisqu'il constitue désormais l'un des leviers actionnés par le gouvernement pour permettre « la poursuite de l'activité économique » tout en luttant contre la propagation du Covid-19 et en protégeant les salariés, selon la formule du protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de Covid-19. Or, le « 100 % télétravail » a révélé les zones grises du cadre juridique de celui-ci. La période de crise épidémique agit comme un révélateur qui a mis en lumière les dangers du télétravail et la nécessité de l'encadrer.

Alors que l'on comptait en 2005, date du premier ANI (accord national interprofessionnel), environ 7 % de télétravailleurs, même si ce chiffre ne tient pas compte du télétravail informel (c'est-à-dire le télétravail non contractualisé et non comptabilisé comme tel), on a dénombré, au moment du premier confinement (mars à mai 2020) un tiers de télétravailleurs parmi la population active, pourcentage qui variait selon le secteur d'activité (le pourcentage était plus important dans les services, il s'élevait à près de 45 % dans la banque et l'assurance).

En octobre 2020, ce chiffre serait retombé à 15 %. Il reste que l'épidémie de Covid-19 a changé la manière de travailler, le télétravail s'étant développé dans de nombreux secteurs.

Depuis la rentrée 2020 et la déclaration de l'état d'urgence sanitaire pour un mois par décret

n° 2020-1257 du 14 octobre 2020, le recours au télétravail est de nouveau une priorité.

L'état d'urgence sanitaire a été prorogé jusqu'au 16 février 2021 par la loi n° 2020-12379 du 14 novembre 2020. Il vient d'être prolongé jusqu'au 1^{er} juin 2021 par la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 publiée au *Journal officiel* du 16 février 2021.

Entre-temps, le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 a instauré un nouveau confinement à compter du vendredi 30 octobre 2020 qui s'est traduit notamment par l'interdiction des déplacements hors du lieu de résidence à l'exception des déplacements pour des activités professionnelles ne pouvant être différés et une injonction gouvernementale de recourir au télétravail.

I. Le « 100 % télétravail » mis en place par le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de COVID-19

Concomitamment à la mise en place du confinement, le ministère du Travail a actualisé, le 29 octobre 2020, le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés face à l'épidémie de Covid-19, initialement adopté le 3 mai 2020, remplacé le 31 août 2020 par un nouveau protocole, lui-même modifié le 17 septembre 2020, puis le 16 octobre 2020.

Ce protocole a été de nouveau actualisé le 13 novembre 2020, puis le 16 février 2021, pour prendre en compte, outre le « niveau de circulation

important du virus sur le territoire [...], l'apparition de nouveaux variants ».

Dans la version du protocole du 29 octobre 2020 (et celles postérieures), le télétravail n'est plus seulement recommandé, comme cela était le cas dans les versions précédentes du protocole. 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 salariés qui peuvent effectuer l'ensemble des tâches à distance ».

À la fin de l'année 2020, la ministre du Travail avait annoncé que le « 100 % télétravail » perdurerait jusqu'au 21 janvier 2021, voire au-delà, en fonction de la situation sanitaire. Ce terme est échu alors même

que le confinement a été levé progressivement entre le 28 novembre 2020 et le 15 décembre 2020 et remplacé par un couvre-feu. Pour autant, ce télétravail extensif imposé n'est pas légalement encadré.

II. Le cadre juridique du télétravail n'est pas adapté au télétravail imposé

Le corpus juridique qui encadre le télétravail concerne le télétravail en période habituelle, c'est-à-dire un télétravail régulier ou occasionnel. Il est toujours volontaire pour le salarié qui a le droit de le refuser et l'employeur n'est pas obligé d'accéder à la demande du salarié s'il motive sa décision. Or, ce cadre n'est pas adapté en cas de recours massif au télétravail, ce qui caractérise la situation actuelle où il est imposé au salarié et à l'employeur.

Pour rappel, ce cadre légal est constitué des articles L. 1222-9 à L. 1222-10 du Code du travail, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui :

- définissent le télétravail, régulier ou occasionnel, 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.
- prévoient que le télétravail est mis en place par un accord collectif (accord collectif télétravail ou accord « Qualité de vie au travail »), ou, à défaut, par une charte élaborée par l'employeur après un avis du CSE, déterminant les conditions de passage en télétravail, les modalités d'acceptation par le salarié, les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail, ou, à défaut encore, par accord avec le salarié, soit au moment de l'embauche, soit ultérieurement.

Il est également constitué de l'accord national interprofessionnel (ANI) sur le télétravail du 19 juillet 2005 étendu par l'arrêté du 30 mai 2006, modifié par l'arrêté du 15 juin 2006, relatif au télétravail exercé de façon régulière et applicable dans toutes les entre-

prises appartenant à un secteur professionnel représenté par les organisations patronales signataires.

Toutefois, depuis le 22 décembre 2017, en application de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, les stipulations de l'ANI peuvent être écartées dans les établissements couverts par un accord d'entreprise ou assimilé (établissement, groupe, interentreprises) si ce dernier comporte des clauses, même moins favorables, ayant le même objet en vertu de la règle de primauté fixée par l'article L. 2253-3 du Code du travail. En revanche, l'existence d'une charte mettant en place le télétravail n'écarte pas l'application de l'ANI. Enfin, en vertu de la règle posée à l'article L. 2252-1 du même Code, un accord de branche ou un accord professionnel sur le télétravail peut comporter des clauses moins favorables aux salariés que celles de l'ANI, sauf concernant les points pour lesquels l'ANI l'a expressément interdit et qui sont énumérés dans son article 12.

Seule exception au volontariat, l'article L. 1222-11 du Code du travail prévoit qu'en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, la mise en œuvre du télétravail est considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'entreprise et garantir la protection du salarié. Dans cette hypothèse, la décision, les modalités du télétravail relèvent du pouvoir de direction de l'employeur.

D'où le constat, dès le premier confinement, d'un télétravail extensif dit « dégradé » car non encadré : des salariés devant travailler à domicile sans équipement informatique fourni par l'employeur, sans prise en charge des frais d'électricité, d'Internet et de chauffage, soumis à des contraintes de connexion en continu, etc.

III. Un nouvel ANI sur le télétravail

C'est dans ce contexte que le 26 novembre 2020, les partenaires sociaux ont finalisé un nouvel accord national interprofessionnel (ANI) « pour une mise en œuvre réussie du télétravail », qui se présente comme « un outil d'aide au dialogue social et un appui à la

négociation » pour les acteurs sociaux dans l'entreprise, et dans les branches professionnelles.

L'ANI du 26 novembre 2020, contrairement à l'ANI de 2005, traite du télétravail régulier, occasionnel et exceptionnel.

Il se veut un cadre de référence sur les points à définir dans la négociation des accords collectifs d'entreprise et apporte quelques nouveautés, notamment :

- L'éligibilité des postes télétravaillables n'est pas du ressort unique de l'employeur mais doit faire l'objet d'un dialogue social sur les critères de définition (ANI, point 2.1).
- Lorsqu'il est mis fin à la période d'adaptation, le salarié retrouve son poste dans les locaux de l'entreprise (ANI, point 2.3.4).
- L'entreprise doit prendre en charge les dépenses engagées par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'entreprise, après validation de l'employeur (ANI, point 3.1.5).
- Le recours au télétravail en cas de circonstances exceptionnelles ou de force majeure doit être anticipé (ANI, point 7.1).

Cet accord, signé par FO, CFDT, CFTC, CFE-CGC, ne présente toutefois pas de caractère contraignant. Il faudra en outre la publication d'un arrêté d'extension au *Journal officiel* pour qu'il puisse s'appliquer à l'ensemble des entreprises appartenant à un secteur professionnel représenté par les organisations patronales signataires.

La crise sanitaire que nous traversons va nécessairement conduire les partenaires sociaux et les entreprises à négocier ou à renégocier les accords collectifs sur le télétravail : avec ce nouvel ANI, ils disposent d'une base de travail. Les optimistes diront qu'il sera désormais difficile de refuser de discuter dans les entreprises de ce sujet. Les pessimistes diront que l'absence de caractère contraignant de cet accord en fait un « non-accord ».

Sophie Humbert

LE DROIT DES COMITÉS SOCIAUX ET ÉCONOMIQUES ET DES COMITÉS DE GROUPE (CSE)

Commissions santé, sécurité et des conditions de travail, représentants de proximité, conseils d'entreprise, comités d'entreprise européens

Par Maurice Cohen, Laurent Milet



Éditeur : L.G.D.J.
Collection : Traité
15^e édition
Février 2020
ISBN : 978-2-275-06505-2
1600 pages - 122 euros

Les ordonnances des 22 septembre et 20 décembre 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018 ont contraint les entreprises, au plus tard le 1^{er} janvier 2020, à fusionner comité d'entreprise, délégués du personnel et CHSCT en une instance unique de représentation : le comité social et économique (CSE). Cette mise en place de la nouvelle instance s'est effectuée au fur et à mesure de l'expiration des mandats existants.

Si le comité social et économique doit être mis en place dans les entreprises d'au moins 11 salariés, il n'exerce l'ensemble des attributions dont étaient titulaires les anciens comités d'entreprise et les anciens CHSCT que dans les entreprises d'au moins 50 salariés : attributions économiques, activités sociales et culturelles et désormais attributions en matière de santé au travail.

La mise en place, le fonctionnement et les attributions du comité d'entreprise relevaient, pour l'essentiel, de dispositions d'ordre public auxquelles il ne pouvait être dérogé qu'en plus favorable pour les comités. Si la mise en place des comités sociaux et économiques est toujours une obligation légale, leur fonctionnement et leurs attributions relèvent en priorité des accords d'entreprise.

Il s'agit d'un changement complet de logique puisque le droit applicable est suspendu, dans bon nombre d'hypothèses, soit au résultat de la négociation, soit, à défaut d'accord, sur tel ou tel point, à l'application de dispositions légales supplétives. À condition de respecter les dispositions d'ordre public, les obligations des employeurs à l'égard des comités sociaux et économiques ont pu être négociées à la baisse par rapport aux dites dispositions supplétives. Ces changements profonds nécessitent leur appropriation par les élus et mandatés, mais aussi par les directions d'entreprises.

La 15^e édition de cet ouvrage, désormais classique, parfaitement à jour des dernières évolutions législatives (loi Pacte, loi Avenir professionnel) et jurisprudentielles, décrit minutieusement l'état du droit existant et intègre des exemples issus d'accords collectifs sur le fonctionnement et les attributions de la nouvelle instance.

Il est toujours rédigé dans un style accessible à tous les publics et constitue un instrument de travail indispensable à tous les acteurs de la vie sociale, juristes et non juristes.