

UN CHOIX STRATÉGIQUE

L'expérience de la crise sanitaire a démontré que le télétravail était compatible avec le bon fonctionnement de l'entreprise. Son développement questionne les fondamentaux de la relation employeur/salarié et apparaît comme un enjeu stratégique pour l'entreprise.



Selon un sondage IFOP de début juillet 2020, 36 % des actifs ont expérimenté le travail à distance durant les deux mois de confinement. Parmi ces 8 millions de salariés, les catégories supérieures et les professions intermédiaires ont été majoritairement concernées, alors que les employés l'ont été dans une moindre mesure ; les postes ouvriers se prêtant, par nature, peu au travail à distance sont peu représentés dans les résultats. Les télétravailleurs, notamment ceux de la région parisienne et des grandes métropoles, expriment massivement leur souhait de ne pas revenir au bureau à temps plein. Cet engouement est partagé par les dirigeants qui ont découvert le travail à distance en même temps que leurs salariés. Mais Frédéric Dabi, de l'IFOP, souligne que le travail à distance de masse va renforcer le risque de « mort du petit chef ». Au-delà de la nécessité de maintenir le télétravail pour limiter la contamination, les entreprises ont des difficultés à faire revenir leurs salariés sur site. L'une des explications de cette réticence à réintégrer un environnement infantilisant réside dans la démonstration qui a été faite que la distanciation est compatible avec la poursuite des missions de chacun. Cette circonspection renvoie à celle des dirigeants et managers qui, avant le confinement, craignaient de perdre l'ascendant sur les salariés en cas de développement du télétravail.



Le sujet est central. Les salariés ont démontré très majoritairement que le télétravail, bien qu'il ait été imposé dans l'urgence, sans préparation ni concertation, pouvait fonctionner. Les dirigeants n'ont pas d'autre choix que de tirer les enseignements de cette expérience. Ils n'auront pas d'argument pour imposer un retour sur site à temps plein. Sauf à décider d'user du rapport de force juridique avec leurs salariés, les entreprises doivent s'emparer des nombreuses questions posées par le télétravail de masse et intégrer ce dernier dans une gestion stratégique de leurs ressources humaines.

Cinq questions sont à explorer en détail. En premier lieu, sont à prendre en compte les aspects pratiques de la mise en place du télétravail. En second lieu, le travail à distance interroge la nature et l'organisation de la relation hiérarchique. Il interroge également deux fondamentaux du contrat de travail que sont le lieu et le temps de travail. Enfin, il impacte fortement l'équilibre vie professionnelle et vie privée et, d'une manière générale, la santé mentale du salarié. Au final, c'est l'existence même du contrat de travail qui pourrait être remise en cause.

La loi du 24 mars 2020, portant sur l'état d'urgence sanitaire, a organisé la mise en place du télétravail obligatoire pour le salarié, chaque fois que cette organisation est compatible avec les activités à réaliser. Il s'agit d'une mesure d'exception qui n'a pas vocation à modifier le cadre juridique existant.

Il peut s'agir de télétravail au domicile, de télétravail pendulaire (le salarié exécute son activité dans plusieurs lieux, à son domicile et dans les locaux de l'entreprise, par exemple, selon un rythme et des modalités

prédéfinies), de télétravail en centre de proximité (dans des bureaux équipés par un opérateur spécialisé) ou, enfin, de télétravail nomade (le salarié exécute son contrat de travail à l'extérieur de l'entreprise en y conservant néanmoins un point d'attache).

Le télétravail a été défini par l'accord interprofessionnel du 19 juillet 2005 qui en propose la définition suivante : « Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ». L'article 1229-9 du code du travail a rajouté à cette définition le volontariat du salarié.

Trois conditions doivent donc être réunies : le volontariat du salarié, la régularité et l'utilisation des technologies de l'information

(le travailleur à domicile relève d'une autre réglementation). L'accord du 19 juillet 2005 pose clairement le principe du volontariat et précise, d'ailleurs, que ce volontariat vaut pour le salarié comme pour l'employeur. L'article 1229-9 du code du travail précise que le refus d'un salarié du télétravail proposé par l'employeur n'est pas un motif de licenciement. Il a, en conséquence, été jugé que l'ordre donné à un salarié, après la suppression de son bureau, de travailler à son domicile constitue, outre une atteinte à sa vie privée, une modification unilatérale de son contrat de travail l'autorisant à prendre acte d'une rupture du contrat, s'analysant en un licenciement¹.

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, voire par un accord direct entre le salarié et l'employeur, formalisé par tout moyen, y compris par simple échange de mail². L'enjeu managérial qu'il représente justifie de privilégier la négociation collective. Les accords d'entreprise évoquent couramment la marque employeur (bien-être, conciliation vie professionnelle-vie privée, autonomie, responsabilisation), la productivité des salariés, la performance globale de l'entreprise, la gestion de circonstances exceptionnelles ou temporaires (inaptitude temporaire, temps partiel thérapeutique, retour d'un congé maternité), la réduction des accidents au cours des trajets domicile/travail, la réduction du temps de transport et de meilleures conditions de travail (moins de bruit, d'interruptions, de stress et de fatigue).

La négociation permettra d'éviter des difficultés futures en abordant des sujets majeurs comme les risques de dissémination d'informations confidentielles en dehors du périmètre informatique sécurisé de l'entreprise, l'ajustement logistique (développement de nouveaux moyens informatiques ou adaptation de moyens existants), le coût spécifique (équipements et redevance versée aux salariés), les conditions d'éligibilité, les

modalités de proposition du télétravail (qu'elles émanent du salarié ou de l'employeur) et de sélection des demandes des salariés, la période d'adaptation ou de réversibilité, la participation financière aux frais de télétravail, l'aménagement et le contrôle des temps de travail et de repos, la formation, les conditions particulières de l'évaluation, la gestion de l'accident du travail, le contrôle de la conformité des installations au domicile du travailleur, la formalisation individuelle de la mise en place du télétravail.

Le télétravailleur étant plus productif et moins absent, il peut s'avérer pertinent d'anticiper la question de la prise en compte, ou non, de cette contribution particulière dont bénéficie l'entreprise³.

Le travail à distance interroge la nature et l'organisation de la relation hiérarchique.

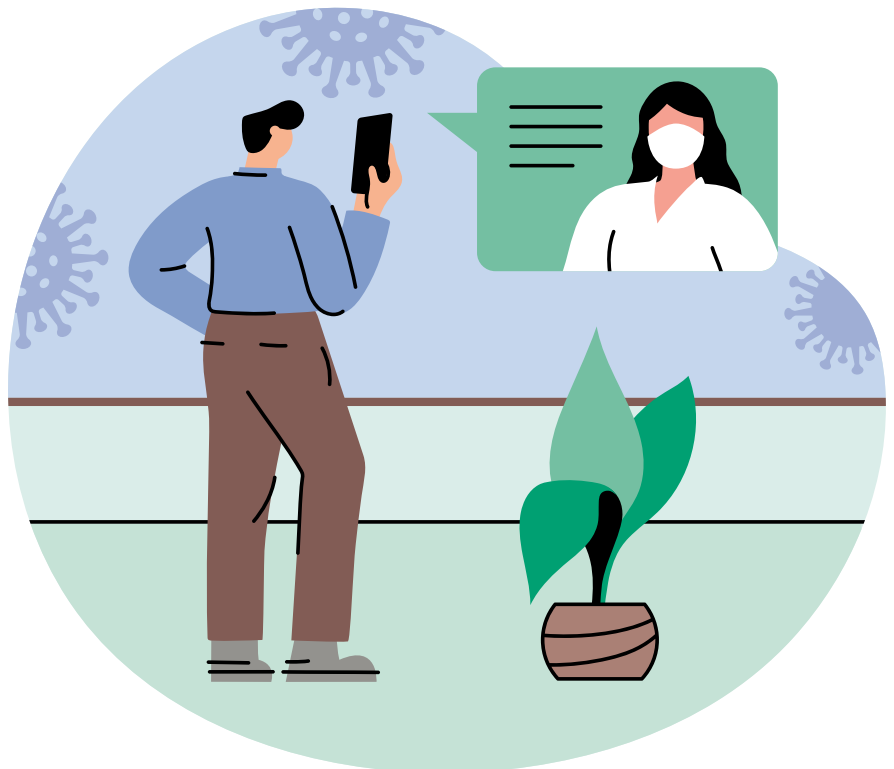
Dans une publication de janvier 2014⁴ Jacques Dechoz, inspecteur du travail, docteur en philosophie, s'interroge sur l'évolution des relations de travail et titre son article, *Les rapports de travail : du lien de subordination à l'assujettissement*. Il y rappelle que le lien de subordination « s'inscrivait, dans une constellation s'articulant autour de la figure du patron, du règlement intérieur et de la sanction pécuniaire qui, longtemps, a été la sanction clef au sein de l'entreprise, symbole du pouvoir de l'employeur ». Le patron était, chez lui, le maître, et le salarié était soumis à son autorité. Prenant en compte les effets de la transformation économique sur des entreprises dont les dirigeants sont de moins en moins les fondateurs, il fait observer qu'est née une nouvelle forme de soumission, qui serait justifiée par le lien de subordination.

L'expression de cette domination se fait désormais de manière plus insidieuse au travers de dispositifs d'animation du personnel comme, notamment, l'entretien d'évaluation ou l'individualisation de la rémunération, qui ne sont pas sans rappeler le pouvoir de sanction pécuniaire. Il ajoute que cet assujettissement échappe au champ de la loi, contrairement au pouvoir disciplinaire, « très précisément parce qu'il s'inscrit non plus dans le registre de l'interdit et de la sanction, dans l'enceinte seule de l'entreprise, mais sur la totalité de l'individu, y compris hors les murs de l'entreprise, sous la forme du contrôle bienveillant et de la récompense à la soumission ».

Cette soumission de la personne n'est pas compatible avec le droit du travail. L'objet du contrat de travail, en particulier du lien de subordination, n'est pas de formaliser un quelconque renoncement du salarié à certaines de ses libertés : en le signant, le salarié ne se soumet pas à son employeur. Comme toute convention, le contrat de travail crée des obligations à l'égard de chacune des parties. Le loueur, par exemple, doit fournir un bien propre à la location et le locataire doit faire usage de ce bien conformément à sa destination. L'employeur doit fournir le travail promis, le salaire

correspondant, les moyens nécessaires pour accomplir le travail. Le salarié doit réaliser le travail et, étant de bonne foi, il doit faire ses meilleurs efforts. Le lien de subordination n'est autre que cet engagement du salarié à sa bonne foi, à faire ses meilleurs efforts pour réaliser le travail, dans un cadre dont l'employeur est responsable et qu'il accepte sous réserve qu'il soit justifié et nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise. Si l'on en conclut qu'il crée une forme de soumission à l'employeur, un renoncement à certaines libertés, il faudrait aussi considérer que le bail crée un lien de subordination entre le loueur et le locataire qui ne peut pas faire un usage totalement libre du lieu qui lui sert de domicile ou de la voiture qu'il utilise au quotidien pour ses déplacements.

Le travail à distance remet en cause cette soumission apparente. Ne plus avoir le salarié sous les yeux, à proximité, peut faire craindre à certains managers une perte de qualité de la prestation rendue, en raison de la diminution de leur influence personnelle sur le salarié. Cette distance les contraint à clarifier leur attendu, les moyens nécessaires pour y parvenir, les modalités de contrôle et de soutien. C'est un exercice de rigueur salutaire pour la relation professionnelle et l'efficacité de l'entreprise. Il est très exigeant pour la ligne managériale. Son succès nécessite des investissements en professionnalisation et soutien de l'activité managériale que les entreprises devront programmer. Elles ne pourront plus en faire l'économie, comme par



le passé dans le cadre d'un télétravail peu développé, étant rappelé que l'employeur serait fautif de ne pas assurer l'adaptation de ses managers à l'évolution de leur emploi.

Le travail à distance interroge deux fondamentaux du contrat de travail, le temps et le lieu de travail. Dans le prolongement d'une directive européenne et d'une abondante jurisprudence⁵, l'article L 3121-1 du code du travail⁶ retient la définition suivante du temps de 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 ».

Trois conditions doivent donc être réunies. En premier lieu, le salarié doit être à la disposition de l'employeur. Il n'est pas nécessaire qu'il exerce en permanence une activité productive. Il suffit que l'employeur puisse à tout moment lui demander d'intervenir.

En second lieu, il doit se conformer à ses directives et, par conséquent, seule compte l'activité effectuée à la demande implicite ou explicite de l'employeur.

Enfin, il ne doit pas pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. Mais, si au cours d'une courte pause, il peut lire, prendre un café, discuter, en étant certain de ne pas être dérangé, cette durée n'est pas prise en compte. C'est ce dernier point qui pose difficulté à certains sceptiques du télétravail qui ne peuvent pas s'assurer qu'un salarié qu'ils n'ont pas à proximité ne s'aménage pas des plages de tranquillité personnelle. À l'inverse, le salarié peut être tenté de travailler, ni vu ni connu, en dehors des heures de disponibilité prévues à l'avenant de son contrat de travail. Le contrôle du temps de travail devient alors impossible.

Certains sont tentés de mettre en place des systèmes de contrôle sophistiqués. Ce réflexe du contrôle peut faire basculer dans l'absurde, comme avec ce dispositif qui mesure vitesse et fréquence d'utilisation des touches du clavier de l'ordinateur. Tous les dispositifs peuvent être détournés. La seule réponse efficace est dans la capacité de la ligne managériale à déterminer un attendu précis des missions qui sont confiées et à animer un dispositif de suivi de la fatigabilité du salarié.

Pour de nombreux postes, cela pose la question de la pertinence de notre réglementation sur le temps de travail pour les fonctions qui ne relèvent pas de la définition du forfait annuel en jours. La réticence de l'administration du travail à accepter les systèmes de contrôle déclaratifs va, très certainement, poser d'importantes difficultés à l'avenir. En effet, en cohérence avec le recentrage sur l'attendu, une solution serait, par exemple, de prévoir par accord d'entreprise une amplitude d'activité, laissant au salarié la liberté d'organiser une alternance entre temps de travail effectif et temps personnel. Cette mesure du temps aurait pour finalité



principale d'apprécier l'adéquation de la charge de travail aux compétences et moyens alloués.

Cette organisation pourrait s'articuler autour de trois temps : le temps réservé au salarié, son espace exclusivement privé, qui doit être suffisant pour assurer son repos et son équilibre personnel ; le temps, sous contrôle exclusif de l'employeur, de disponibilité totale du salarié, nécessaire pour assurer les liens avec d'autres services ou pour les réunions, enfin, entre les deux, le temps semi-privé / semi-professionnel, que le salarié a la liberté d'aménager.

Le travail à distance ne remet pas en question que la notion de temps de travail, il interroge aussi la notion de lieu de travail.

Les spécialistes nous prédisent, dans un avenir proche, que chacun sera équipé de tablettes fines et souples, aux applications intuitives, en mesure de nous proposer des actions en fonction de notre profil et du lieu dans lequel nous nous trouvons. L'application en cours d'utilisation sur la tablette sera projetée, d'un simple geste de la main, sur le tableau de bord de la voiture, le mur du bureau ou du salon, ou dans tout autre espace. L'application professionnelle se poursuivra ainsi dans un lieu privé ou, à l'inverse, l'utilisation privée pourra se poursuivre sur le lieu de travail. Le lieu privé devient lieu de travail et le lieu de travail devient lieu privé. Cet équipement regroupera l'ensemble de nos données. Simple clé d'accès, il nous permettra d'être connectés en permanence à l'ensemble de nos données, qu'elles soient professionnelles ou privées : fichiers, listes de contacts, conversations sur les réseaux, messages, photos, films, musiques. La confusion pourra être totale.

Le travail à distance est, par conséquent, de nature à impacter fortement l'équilibre vie privée/vie professionnelle et la santé mentale du salarié. La responsabilité de l'employeur en matière de santé mentale de ses salariés est apparue dans le prolongement de la

construction de sa responsabilité en matière de santé physique (l'article L 4121-1 du code du travail précise : « L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »). La loi posant ce principe est publiée dans le contexte des arrêts « amiante », du 28 février 2002, qui ont amené la Cour de cassation à préciser qu'« en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, (...) le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Il existe donc, depuis 2002, une obligation de résultat de l'employeur en matière de santé mentale de ses salariés. Cette obligation est d'autant plus forte que la jurisprudence considère que la responsabilité de l'employeur, jusqu'à la faute inexcusable, peut être engagée en raison de faits survenus en dehors du temps et du lieu de travail, voire pendant une période de suspension du contrat de travail. Ainsi, par un arrêt de 2007, la Cour de cassation reconnaît le caractère d'accident du travail à un suicide tenté alors que le salarié, anxiodépressif, se trouvait en arrêt maladie: « Un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail dès lors

que le salarié établit qu'il est survenu par le fait du travail »⁷. Il est toutefois à noter que, les textes posant un principe général de prévention, le salarié doit, lui aussi, les respecter.

Ce principe avait soulevé d'importants débats lors de la discussion du projet de loi, tant il visait à modifier la culture en matière de sécurité. Comme le soulignait le ministre du Travail lors des débats au Sénat⁸, « l'obligation fixée à l'article L 4122-1, tout à fait fondamentale et dont le fondement est à la fois éthique et contractuel, rappelle que les salariés sont tenus, dans leur comportement et dans leurs actes, d'observer ce qu'on appelle aujourd'hui communément, dans les entreprises, l'esprit de sécurité. La loi conforte la place des salariés comme titulaires de droits, mais aussi comme acteurs de la prévention dans les entreprises ». Relevons, enfin, que s'agissant d'un salarié d'une compagnie aérienne pris d'une crise de panique qu'il attribuait, cinq années après, aux attentats du 11 septembre 2001, la Cour de cassation a jugé que « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L 4121-1 et L 4121-2 du code du travail »⁹. La Cour de cassation a étendu cette logique aux situations de harcèlement moral¹⁰.

La question de la santé mentale des salariés va prendre de l'ampleur avec le développement de la confusion de temps et de lieu liée au travail à distance ; l'éloignement rendra aussi plus difficile l'identification de difficultés et, par conséquent, la prévention. Les entreprises ne pourront pas faire l'économie de négociations d'accords portant sur l'aménagement du travail à distance, et clarifiant le rôle de chacun et les processus assurant la protection de la santé des salariés. En contrepoint de la liberté laissée au salarié d'organiser le temps semi-privé/semi-professionnel, ces accords devront particulièrement préciser sa responsabilité dans sa propre protection et créer un dispositif pragmatique d'alerte des risques de dérive. Le salarié sera aussi, voire davantage, responsable de sa propre santé que ne le sera l'employeur, qui aura la charge de s'assurer que l'attendu du poste est cohérent avec les compétences et les moyens alloués.

Au final, le développement du travail à distance pose la question de l'ubérisation de l'économie. Les débats sur la pertinence de l'externalisation de certaines fonctions sont récurrents dans les entreprises. Elle se pose, par exemple, de longue date dans l'industrie s'agissant de la maintenance. Entre externalisation totale ou partielle, un équilibre complexe est à trouver entre la souplesse, les coûts, la réactivité et la compétence. L'innovation du modèle Uber est d'avoir osé externaliser ce qui était perçu comme le cœur de métier, le transport





POUR ALLER PLUS LOIN

1. Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727
2. Fiche pratique du ministère du Travail « 5 questions/réponses sur le télétravail » du 23-3-2018 sur www.travail-emploi.gouv.fr
3. Étude de Greenworking, publiée en mai 2012, à l'initiative du ministère chargé de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique
4. Le droit ouvrier, janvier 2014, n°786
5. Dir. cons. CE n° 93/104, 23 nov. 1993, art. 2 (Cass. soc., 31 mars 1993, no 89-40.865 ; Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-42.054 ; Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-45.590 ; Cass. soc., 6 avr. 1999, n°97-40.058)
6. Issu de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000
7. Cass. 2^e civ., 22 févr. 2007, no 05-13.771, Bull. civ. II, no 54, JSL, no 208-1
8. JO Sénat CR 8 oct. 1991, p. 2690,
9. Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444
10. Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702
11. Entretien avec Olivier Tirmarche, docteur en sociologie, *La Tribune*, 6 mai 2020
12. Robert K. Greenleaf, *The power of servant leadership*, Larry C. Spears, 2014

de personnes, pour se centrer sur ce qui apparaissait comme une activité au service du cœur de métier, l'identification du véhicule qui assure la course. Le champ de l'externalisation peut donc être très large. Toutefois l'externalisation du cœur de métier crée de l'insécurité et la tentation est forte de vouloir la maîtriser. Aussi, dès le début, le modèle Uber a posé des difficultés au regard du droit social français, mais aussi d'autres pays y compris anglo-saxons. Les jugements qui ont suivi ont confirmé que ces interrogations étaient justifiées. Détenir une influence forte, voire un pouvoir, sur le choix de l'outil de travail, sur les procédures à suivre et l'évaluation et être en capacité de sanctionner en supprimant des courses, caractérisent un lien de subordination et, par conséquent, un contrat de travail. L'externalisation n'est pas effective.

La question inverse pourra se poser pour les salariés en télétravail, dont l'externalisation de l'activité pourra être constatée de fait. L'employeur peut perdre le contrôle du temps et du lieu de travail. Il peut être tenté, si le travail à distance se fait à la demande du salarié, de ne pas lui verser de dédommagement pour l'utilisation de l'espace privé, voire de son matériel informatique personnel. Par ailleurs, le salarié pourra apparaître comme responsable de son propre équilibre personnel, de sa sécurité.

Enfin, la relation professionnelle pourra être centrée exclusivement sur l'attendu du poste, comme elle l'est entre un donneur d'ordre et un sous-traitant qui doit produire une prestation. Restera l'utilisation des logiciels de l'entreprise et le respect de certaines procédures dont la nécessité pourront s'atténuer avec le temps si le salarié prestataire met en œuvre des alternatives qui garantissent l'attendu. Ce glissement est possible pour de très nombreux postes. Les entreprises ne doivent pas le subir et se faire surprendre.

Dans une vision stratégique de la gestion des ressources humaines, le choix est à faire, à court terme, entre deux orientations, en prenant en compte de nombreux sujets comme : le coût des surfaces, la sécurisation des compétences clefs, la sûreté de l'information, les relations avec les représentants du personnel ou encore la capacité à maintenir les interactions sociales nécessaires au succès d'une réalisation collective¹¹.

La première orientation est celle de l'externalisation, en évitant les pièges révélés par l'expérience Uber. La seconde est celle de l'accompagnement de l'entreprise, de sa ligne managériale et de ses salariés, dans le développement d'une communauté forte au travers de relations professionnelles lucides, respectueuses et responsables, comme elles ressortent, par exemple, dans le *servant leadership*¹² (le leader nie son ego et se met au service des autres) dont les premières expériences commencent à produire des effets encourageants.

Jacques Uso et Karine Barthélémy,
illustrations de Getty Images ■