

Université Jean Moulin Lyon III – Faculté de Droit



LE DROIT A LA DÉCONNEXION

Paul BURDEL

Mémoire réalisé sous la direction de

Monsieur le Professeur FROSSARD Serge

M^e GAUTIER Philippe, Avocat Associé, Cabinet Capstan Lyon

Master II Droit Social et Relations de Travail

Promotion 2016-2017



REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Serge FROSSARD pour m'avoir suivi et conseillé au cours de l'élaboration de ce mémoire. Je remercie également l'ensemble de l'équipe pédagogique du Master II Droit Social et Relations de Travail de l'Université Jean Moulin Lyon III.

Je tiens également à exprimer ma reconnaissance à Maître Philippe GAUTIER pour m'avoir accueilli au sein du cabinet d'avocats Capstan, bureau de Lyon, dans le cadre de mon stage de fin d'études. Je remercie également plus largement tous les avocats du cabinet Capstan Lyon qui m'ont apporté leur aide et leur expertise en Droit Social.

Je remercie également Antoine JOVER pour sa précieuse aide permise par sa maîtrise des outils informatiques.

Et enfin, je tiens à exprimer ma gratitude envers mes parents pour m'avoir donné les moyens de réaliser les études que j'espérais, et plus spécifiquement ma mère pour sa relecture.

SOMMAIRE

PARTIE I – LA LOGIQUE CONSÉCRATION LÉGALE DU DROIT À LA DÉCONNEXION

CHAPITRE I – LES CONSÉQUENCES DU NUMÉRIQUE SUR LE DROIT DU TRAVAIL

Section I – La remise en cause de certains grands principes

Section II – L'hétérogénéité des impacts du numérique

CHAPITRE II – LA MISE EN PLACE DU DROIT A LA DECONNEXION

Section I – La consécration légale du droit à la déconnexion

Section II – Les dispositifs envisageables

Section III – Essai de définition du droit à la déconnexion

PARTIE II – QUEL POUVOIR CONTRAIGNANT DU DROIT À LA DÉCONNEXION ?

CHAPITRE I – LE DROIT À LA DÉCONNEXION COMPLÉTÉ PAR UN DEVOIR DE DÉCONNEXION ?

Section I – Droit et devoir de déconnexion du salarié

Section II – Devoir de déconnexion de l'employeur

Section III – La déconnexion : coresponsabilité du salarié et de l'employeur

Section IV – Les seuls outils juridiques insuffisants à garantir le droit à la déconnexion

CHAPITRE II – UN DISPOSITIF CONTRAIGNANT DE MANIÈRE INDIRECTE

Section I – Le respect des obligations générales relatives à l'exécution du contrat de travail

Section II – La rupture du contrat à l'initiative du salarié

Section III – Les conséquences sur la santé du salarié

Section IV – Les conséquences sur la durée du travail

Section V – Une action en dommages et intérêts fondée directement sur le droit à la déconnexion ?

ABRÉVIATIONS

CE : Comité d'Entreprise

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CFDT : Confédération Française Démocratique du Travail

CHSCT : Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail

CPC : Code de Procédure Civile

CRRMP : Comité Régional de Reconnaissance des Maladies Professionnelles

DP : Délégué du Personnel

DRH : Directeur des Ressources Humaines

GPEC : Gestion Prévisionnelle de l'Emploi et des Compétences

Ibid. : *Ibidem*, Dans le même ouvrage, déjà cité

JO : Journal Officiel

NAO : Négociation Annuelle Obligatoire

OIT : Organisation Internationale du Travail

QVT : Qualité de Vie au Travail

RPS : Risques PsychoSociaux

SMS : Short Message Service

TIC : Technologies de l'Information et de la Communication

INTRODUCTION

« La révolution numérique était en train de bâtir brique par brique le rêve millénaire de toutes les dictatures : des citoyens sans vie privée, qui renonçaient d'eux-mêmes à leur liberté. »¹ Cette citation constate les effets néfastes que peut avoir le numérique qui fait aujourd'hui preuve d'une réelle omniprésence.²

Face à ce phénomène, l'avènement du droit à la déconnexion ne peut être qu'apprécié (Section I), et cette innovation unique a d'ailleurs été plutôt félicitée à l'international (Section II).

Section I – L'avènement du droit à la déconnexion

Le numérique a bouleversé les relations de travail. S'il apporte des aspects positifs, d'importantes dérives ont pu être constatées, en effet « *tout ce qui est techniquement possible n'est pas forcément souhaitable (§I).* »³ Face à ces dérives qu'il était nécessaire d'encadrer, le droit à la déconnexion s'est peu à peu imposé comme bouclier face aux impacts du numérique (§II).

§I – Les impacts du numérique sur les relations de travail

La force de l'Homme, c'est sa technique. Travail et technique nouent d'ailleurs une alliance qui remonte à la création des premiers outils agricoles, puis des premières machines industrielles. Ces objets présentaient à la fois un gain important de temps et de productivité dans la récolte des terres pour les premiers, et dans la production de biens pour les seconds. La contrepartie était un danger physique, nombreux étaient les accidents causés par l'utilisation de ces machines.

¹ B. MINIER

² R. CARELLO « Les coups de fils du pape François » : notre Pape actuel s'est mis à la page, il règle beaucoup de litiges en utilisant son smartphone.

³ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. Soc. 2002, p.5

Le dernier outil créé grâce à la technique de l'Homme, ce sont les TIC, qui sont définies⁴ comme « *l'ensemble des techniques et des équipements informatiques permettant de communiquer à distance par voie électronique* ». Cette innovation a entraîné un bouleversement des méthodes de travail riche en paradoxes puisque se développe des techniques de surveillance des plus intrusives, concomitamment à l'affirmation d'un droit irréductible à la vie privée dans l'entreprise.⁵ Autre conséquence, ce n'est donc plus seulement la santé physique du salarié qui doit être protégée par l'employeur, mais également sa santé mentale. L'intrusion de ces nouvelles technologies pouvant être source de troubles psychiques à l'image du *Burn-out* qui a récemment été reconnu comme maladie professionnelle. Nous savons aujourd'hui que le stress professionnel peut tuer, aussi sûrement que l'explosion d'une machine.⁶ Cette constatation n'est pas sans rappeler la vague de suicides dont a été victime⁷ France Telecom il y a quelques années...

Dès 1992, le Professeur Jean-Emmanuel Ray constatait que 38% des salariés déclaraient consacrer au moins trois heures par jour de travail à leur ordinateur, contre seulement 30% en 1987.⁸ Ce constat s'est développé de manière prononcée non-seulement en pourcentage de salariés utilisant des TIC de manière professionnelle, mais surtout en nombre d'heures passées dessus. Car nombreux sont les cadres qui passent la grande majorité de leurs temps de travail sur leur ordinateur et téléphone professionnel. Mais cela concerne également d'autres travailleurs, par exemple les avocats salariés. Ils sont, pour la majeure partie de leurs temps, soit au téléphone avec un client, ou un confrère, soit derrière leur ordinateur à rédiger des notes ou des conclusions.

Cette transformation numérique ne correspond pas à l'archétype de l'entité industrielle sur laquelle s'est construit le droit du travail.⁹ Nous entrons ainsi dans l'ère de l'ubiquité, dans

⁴ Définition du dictionnaire Larousse

⁵ H. BOUCHET « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié » Dr. Soc. 2002, p.78

⁶ C. RADE « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. Soc. 2002, p.26

⁷ Ou alors responsable ?

⁸ J.-E. RAY « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination » Dr. Soc. 1992, p.5

⁹ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. Soc. 2002, p.5

laquelle se développera le travail 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, puisque désormais lorsque nous souhaitons¹⁰ travailler, nous le pouvons.¹¹

Mais, comme nous l'évoquions, le numérique est riche de paradoxes. En effet, si certains sont prisonniers de leur téléphone mobile professionnel, ils ne peuvent malgré tout pas s'en passer. C'est ainsi que le Professeur Jean-Emmanuel RAY ironisait en imaginant que le Code pénal prévoit comme peine alternative à la prison¹² une terrible sanction : le retrait du téléphone mobile.

§II – L'émergence de la nécessité d'un droit à la déconnexion

Si l'idée d'un droit à la déconnexion est présente depuis plus de quinze ans en jurisprudence (A) et en doctrine (B), il aura fallu attendre la Loi Travail pour qu'elle soit consacrée légalement (C).

A – Une solution jurisprudentielle bien ancrée

En 2001, la Cour de Cassation par l'arrêt dit « *Zürich Assurances* »¹³ précisait que « *le salarié n'est ni tenu d'accepter de travailler à son domicile, ni obligé d'y transporter ses dossiers et ses instruments de travail* ». Cet arrêt était judicieux et permettait d'affirmer clairement que si nous pouvons désormais travailler n'importe où, le domicile n'est justement pas un lieu comme les autres, mais plutôt le sanctuaire de l'intimité et de la vie privée.¹⁴ Il est donc nécessaire pour une telle demande de requérir l'accord exprès de la personne concernée, cette dernière ne pouvant donc pas être imposée unilatéralement. Cet arrêt était prévisible puisque la Cour de Cassation cherchait à endiguer cette « *opération grignotage* »¹⁵ de la vie privée commencée quinze ans auparavant par la démocratisation des astreintes.

¹⁰ Si nous le souhaitons réellement, car il s'avère qu'en réalité les connexions hors temps de travail le sont souvent sous l'effet de la contrainte, dans l'angoisse de ne pas finir à temps une mission.

¹¹ Ces affirmations ne concernent bien sûr pas tous les secteurs d'activités et concernent tout particulièrement les cadres.

¹² Puisque de nos jours de nombreux prisonniers parviennent à introduire des téléphones portables dans leurs cellules, s'ils sont privés de liberté, ils ont au moins le luxe de ne pas être privés de leurs téléphones.

¹³ Cass. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.72, LSQ, L'actualité n°17212

¹⁴ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. Soc. 2002, p.5

¹⁵ *Ibid.*

Puis, en 2004, la Cour de Cassation poursuit dans sa lignée puisqu'elle précise que le fait pour un salarié de n'avoir pu être joint en dehors de ses horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif.¹⁶ Il s'agissait en l'espèce d'un ambulancier qui avait refusé de répondre à 3 appels un vendredi midi. Il était par suite licencié pour faute grave au motif qu'il avait « *refusé d'assurer son service, mis la vie de personne en danger, et l'avenir de l'entreprise en péril* ». Or, la Cour de Cassation considère qu'il ne peut être reproché une faute au salarié qui ne répond pas à son téléphone en dehors de ses heures de travail, *a fortiori* son portable personnel.

Ces arrêts sont les prémices de notre droit à la déconnexion actuel.

B – Une revendication doctrinale ancienne

Cette idée a été particulièrement soutenue par la Professeur Jean-Emmanuel Ray, grand précurseur en la matière. C'est ainsi que dès 2002¹⁷ il militait pour que la loi, la jurisprudence et surtout les conventions collectives s'allient pour garantir le droit à l'isolement, à la déconnexion. Ce droit à la déconnexion devait avoir pour objectif de permettre un véritable temps de repos, continu et effectif et impliquait donc une totale déconnexion. Il était rendu nécessaire par les effets néfastes de la connexion en dehors du temps de travail. Il s'agissait ainsi de préserver la santé et la vie familiale et sociale du salarié. Il précisait finalement que cette déconnexion devait résulter d'une négociation collective au sein de l'entreprise. Il est étonnant de voir à quel point ces affirmations sont proches des dispositions consacrées 14 ans plus tard par la loi Travail.

Il faisait remarquer, la même année¹⁸, les autres contraintes que pouvaient apporter cette problématique de sur-connexion. Il mentionnait par exemple la dilution de la frontière vie personnelle / vie professionnelle, une dégradation des temps de repos puisque les salariés fréquemment joints en dehors de leurs temps de travail qui dès qu'ils ne sont pas occupés, restent malgré tout préoccupés. Au fil des années, il maintiendra son propos puisqu'en 2006, s'appuyant sur la Commission de Bruxelles qui faisait part des conséquences liées à une

¹⁶ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.889, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 142

¹⁷ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. Soc. 2002, p.5

¹⁸ J.-E. RAY « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », Dr. Soc. 2002, p.939

connexion permanente, il réitérait la nécessité de prévoir un droit à la déconnexion par accord collectif.¹⁹

C – Une consécration légale tardive

C'est donc bien longtemps après les manifestations jurisprudentielles et doctrinales en faveur d'un droit à la déconnexion que la Loi²⁰ l'a consacré. Pour certains simplement symbolique, cette consécration légale permet de poser les bases à une réflexion sur la manière dont il faut encadrer le droit à la déconnexion. Cette réflexion doit donc être poursuivie afin d'endiguer ou au moins d'encadrer la sur-connexion professionnelle néfaste à la santé de beaucoup de salariés, et donc indirectement, à celle des entreprises. Le chantier ne fait donc que s'ouvrir, « *les étudiants d'aujourd'hui vivent dans une époque formidable, car ils vont participer à la construction de ce nouveau droit* ».²¹

Section II – Un droit plutôt envié au-delà de nos frontières

Ce droit à la déconnexion est une création purement française puisque c'est une première mondiale. Il n'a pas manqué de faire réagir dans de nombreux pays qui ont dans l'ensemble considéré ce nouveau droit comme étant une avancée (§I), tandis que certains pays, plus en marge, ont moqué ce nouveau droit (§II).

§I – De nombreux pays élogieux vis-à-vis du droit à la déconnexion

Les réactions ont été principalement positives vis-à-vis de la consécration légale récente du droit à la déconnexion. C'est ainsi par exemple qu'un journaliste américain du New York Times écrivait sur twitter « *Encore plus de raisons d'apprécier la France en ces temps de*

¹⁹ J.-E. RAY « La guerre des temps » Dr. Soc. 2006, p.3

²⁰ Art. 55, LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

²¹ J.-E. RAY « Qualité de vie au travail et travail de demain » Dr. Soc. 2015, p.154

changement. La France laisse les travailleurs débrancher, et vivre leur vie ». Et son homologue Alissa J. Rubin poursuivait que « *si le monde n'enviait pas déjà la France pour leurs nombreux congés, sa Sécurité sociale ou sa délicieuse nourriture et son vin, l'année 2017 apporte un nouvel argument: le droit à la déconnexion* ». Quant au journal satirique The Onion il se désole qu'une telle situation ne soit pas imaginable aux Etats-Unis, puisque Andre Relan y déclare « *mon boss m'a envoyé un e-mail à ce sujet pour me dire que nous ne ferions pas la même chose.* »

En Inde, notre nouveau droit à la déconnexion fait également des jaloux puisque la presse²² précise que la France est un endroit où il fait bon travailler « *puisque les salariés à plein-temps consacrent en moyenne 68% de leur temps, soit 16,4 heures, à leurs loisirs et leurs besoins (dormir, manger etc), plus que la moyenne de l'OCDE, qui est de 15 heures* ». Quant à la Colombie, le journal El Espectador rappelle à propos de la confusion du travail avec la vie privée que « *ce problème est une forme de pouvoir, une institution qui exige de nous une disponibilité continue* », et prend parti en faveur de ce droit. Pour finir, l'Australie²³, va même jusqu'à qualifier ce droit comme étant un nouveau Droit de l'Homme.

Si aucun autre pays n'a eu le pragmatisme de légiférer sur le droit à la déconnexion, des études ont pourtant démontrées l'impact négatif que pouvait avoir le numérique sur le travail. C'est ainsi que l'étude de chercheurs Nords-Américains « *Exhausted, but unable to disconnect* » mettaient en évidence le sentiment de culpabilité du salarié qui ne parvenait pas à traiter tous ses courriels. Pour faire face, il lui était alors nécessaire de trouver du temps en plus, ce qui a pour conséquence une confusion de ses temps de travail, et de ses temps de repos. Ce phénomène est à l'origine de nombreux épuisements professionnels.

§II – Certains pays aux réactions satiriques

C'est principalement en Grande-Bretagne que notre « *French deconnexion* »²⁴ a été critiquée et moquée. Aux pays des 35 heures, instaurer un droit à ne plus travailler a été vécu outre-manche comme l'instauration d'un réel droit à la paresse dans un contexte pourtant

²² En l'occurrence, l'Indian Express

²³ The New Daily

²⁴ F. CASSEREAU « French déconnexion », Gaz. Pal., 18 avril 2017, p.3

d'économie mondialisée, entraînant différents fuseaux horaires et une concurrence accrue. Cela s'explique par la différence de culture²⁵ existant, les anglais sont surtout sensibles à la rémunération au résultat et non pas fondée sur le temps de travail. Tandis qu'en France, nous sommes dans une culture du présentisme dans laquelle quitter tard son bureau est bien vu. En Angleterre, cela serait plutôt perçu comme un manque de productivité du salarié qui doit compenser cela par un présentisme plus important. La BBC a ainsi présentée la France comme un inspecteur surveillant d'un œil de lynx ses travailleurs.

L'ère du numérique bouleverse le monde du travail. Il est donc nécessaire de l'appréhender pour en faire une force et ne pas le subir. Pour ce faire, la Loi Travail a inscrit le « *droit à la déconnexion* » dans le Code du Travail obligeant les entreprises à engager les négociations sur le sujet. Mais cette simple obligation de négociation ne risque-t-elle pas de rendre ce nouveau droit ineffectif ?

Afin de répondre à cette question, ce mémoire a pour objet de présenter les contours de ce nouveau droit (Partie I), puis d'analyser quel est le pouvoir contraignant du droit à la déconnexion et donc de répondre à la question de son effectivité (Partie II).

²⁵ <http://changerletravail.fr/harcelement-numerique-droit-a-la-deconnexion>, 27 juin 2017

PARTIE I – LA LOGIQUE CONSECRATION LEGALE DU DROIT À LA DECONNEXION

« *Les TIC cassent les codes.* »²⁶

Notre Code du Travail conçu sur le modèle industriel ne pouvait pas prévoir la révolution numérique que nous connaissons. Si le principe d'un droit à la déconnexion est déjà admis en jurisprudence depuis longtemps,²⁷ la transformation actuelle du monde du travail a justifié sa – symbolique – consécration légale²⁸ (Chapitre I).

Il est laissé libre aux entreprises le choix quant aux dispositifs mis en place pour assurer le respect par leurs salariés du droit à la déconnexion. Cette liberté, corroborée par l'absence de définition légale du droit à la déconnexion, explique aisément les disparités entre les dispositifs plus ou moins contraignants instaurés par les entreprises (Chapitre II).

²⁶ J-E RAY reprenant les propos d'A. FABRE, « Rester dans la course », 1^{er} juillet 2017, Ed. Lextenso

²⁷ Cass. Soc., 15 juin 1999, n°99-44.772, JSL, 20 juillet 1999 n°40-6 ; Cass. Soc., 17 février 2004, n°01-45.889

²⁸ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 55

CHAPITRE I – LES CONSEQUENCES DU NUMERIQUE SUR LE DROIT DU TRAVAIL

Les principes développés par le Code du Travail ou la jurisprudence sociale ancienne ne sont parfois plus adaptés au monde numérique dans lequel nous vivons. Ces grands principes sont dès lors mis en retrait (Section I). Ces transformations ont des impacts divers, qui peuvent être positifs dès lors que la transformation numérique est bien accompagnée (Section II).

Section I – La remise en cause de certains grands principes

Des principes fondateurs du droit du travail ont tendance à s'effriter. Ceci a pour conséquence la remise en cause de la notion de lien de subordination telle qu'elle pouvait être définie en 1996²⁹ (§I). Nous nous interrogerons ensuite sur les impacts que peuvent avoir le numérique sur la vie personnelle du salarié (§II). Ceux-ci pouvant avoir comme corolaire l'affaiblissement du lieu de travail unique (§III). Ces problématiques ne concernent pas directement le droit à la déconnexion mais un phénomène plus vaste l'incluant : l'ère du numérique. Ces grands principes sont par conséquent intimement liés au droit à la déconnexion et nécessitent dès lors d'être analysés.

§I – L'évolution du lien de subordination

« Les possibilités techniques ont des conséquences qui ne correspondent pas à l'archétype de l'entité industrielle sur laquelle le droit du travail s'est construit. Le juriste du droit du travail dont la spécialité est placée sous le signe de la subordination croyait y perdre son latin... et même sa raison d'être. »³⁰

²⁹ Arrêt « Société Générale », Cass. Soc. 13 novembre 1996 n° 94-13.187, Droit Social 1996, p.1067, obs. J.-J. DUPEYROUX

³⁰ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Droit Social 2002, p.5

L'existence d'un état de subordination conditionne la qualification du contrat de travail au point que sa constatation paraît le plus souvent décisive pour conclure à cette qualification lorsque la nature d'une convention est discutée³¹. Or, le Code du Travail ne définit pas le lien de subordination. C'est donc la jurisprudence qui, dès 1931³², fournissait les premières pistes de définition en considérant le critère de dépendance économique comme étant insuffisant à caractériser le lien de subordination. Ce lien de subordination juridique sera finalement délimité en 1996 et se caractérise « *par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». ³³

Les mutations de la société, et notamment la révolution numérique, ont fait évoluer la définition du lien de subordination précitée. Celle-ci était, à son origine, destinée au modèle du travail en usine dans lequel les salariés effectuaient des tâches précises, sous un contrôle strict. Or, nous sommes passés à un modèle du travail de projets, de missions à réaliser peu important les tâches effectuées dès lors que le but fixé par l'employeur était atteint. La conséquence est une plus grande indépendance, une plus grande autonomie du salarié vis-à-vis de son employeur. La loi a su s'adapter à ces modifications avec la création du forfait en jours en 2000,³⁴ mais l'esprit de cette loi était d'éviter le paiement d'heures supplémentaires pour ces salariés autonomes, et non pas de redéfinir le lien de subordination.

L'ère actuelle du numérique nous offre un constat paradoxal sur le lien de subordination. En effet, les salariés se réjouissent de pouvoir utiliser les TIC à n'importe quel moment arguant que cela leur permet une plus grande autonomie dans l'organisation de leur travail. *A fortiori*, le développement du travail à distance, des sites de travail sans manager, fournissent l'illusion d'une totale autogestion. Or, l'utilisation des TIC permet un contrôle permanent du salarié, l'employeur pouvant consulter sa messagerie professionnelle, les relevés téléphoniques et donc les destinataires, la longueur ou encore le moment de ses appels. Les salariés sont ainsi soumis à une surveillance à distance accrue de leurs performances et de leurs activités. Un tel contrôle de l'activité de salariés, pourtant ingénieurs

³¹ A. JEAMMAUD « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », Droit social 2001, p. 227, n° 13

³² Arrêt « Bardou », Cass. Civ. 6 juillet 1931, Dalloz janvier 1931, p.131, obs. P. PIC

³³ Arrêt « Société Générale », Cass. Soc. 13 novembre 1996 n° 94-13.187, Droit Social 1996, p.1067, obs. J.-J. DUPEYROUX

³⁴ Loi Aubry II n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail

qualifiés, cadres autonomes, leurs imposent une division et un contrôle du travail que Taylor n'aurait même pas imaginée.³⁵

Le monde de l'usine a conduit à une opposition nette entre salarié et indépendant. Or, la hausse de l'autonomie des salariés permise par l'avènement du numérique conduit à brouiller la frontière existante entre le salariat et le travail indépendant. Les salariés bénéficient d'une protection importante en application du Code du Travail, tandis que les travailleurs indépendants n'ont que très peu de garanties. Ils ne bénéficient par exemple pas des accords collectifs favorables aux salariés, leurs contrats peuvent ne pas être renouvelés sans procédure de licenciement, ni indemnités. Cette frontière de plus en plus floue rend illégitime une telle protection du salarié face aux faibles garanties offertes au travailleur indépendant et conduit à imaginer un statut intermédiaire : le travailleur parasubordonné.³⁶ Cette catégorie juridique particulière permettrait de répondre aux interrogations posées par cette zone grise du salarié plus autonome que le salarié classique, mais pas aussi autonome qu'un travailleur indépendant. Cette définition intermédiaire permettrait de combler les carences de notre lien de subordination âgé de plus de 20 ans et, dès lors, plus tout à fait en adéquation avec l'ère du numérique dans laquelle tout évolue de manière décuplée.³⁷

§II – Quels impacts sur la vie personnelle du salarié ?

A l'époque industrielle, l'ouvrier qui travaillait à la chaîne était pleinement dévoué à sa mission et ne pouvait s'absenter pour passer un coup de téléphone personnel au risque de dérégler toute la chaîne. Mais, lorsqu'il rentrait chez lui, ce même ouvrier était pleinement déconnecté de son travail et même s'il voulait travailler il ne l'aurait pu, faute de pouvoir exporter des machines de plusieurs tonnes jusqu'à son domicile. Dans notre monde connexionniste cette frontière peut s'effriter (A) sans pour autant être néfaste dès lors qu'il existe un contrôle évitant que cela ne dégénère en abus (B).

³⁵ J-E. RAY, « Qualité de vie(s) et travail de demain », Droit Social 2015, p.154

³⁶ J. BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné », JCP 1996, I, 606 ; J. BARTHELEMEY, G. CETTE « Vers un droit de l'activité professionnelle », Droit Social 2017, p.192

³⁷ C. SAUVAJOL-RIALLAND, « Mieux s'informer pour mieux communiquer ; décrypter, sélectionner, transmettre »

A – Un effritement de la frontière vie personnelle – vie professionnelle

« *N'entrons pas dans l'avenir à reculons, en plaquant sur les salariés de plus en plus autonomes du XXI^{ème} siècle les règles de Charlie Chaplin, l'ouvrier sur chaîne. Même si un remake, Les Temps Modernes II, pourrait faire autant sourire, ou soupleurer.* »³⁸

Auparavant, la frontière séparant la vie professionnelle de la vie personnelle n'était pas compliquée à tracer. L'ouvrier passait son temps à travailler sur son lieu de travail, et pouvait pleinement vaquer à ses occupations personnelles dès qu'il sortait de l'usine. Or, désormais, les conséquences de l'ubiquité inhérente au numérique sont que le salarié consulte ponctuellement ses réseaux sociaux personnels, ainsi que ses SMS³⁹ personnels sur son lieu de travail. Est-il alors surprenant que ce même salarié puisse avoir à traiter quelques courriels professionnels alors qu'il est rentré chez lui ? Il semblerait de nos jours, qu'un nombre important de salariés sont comme chez eux au bureau, mais aussi avec leurs bureaux chez eux...

Ce phénomène a rapidement été appréhendé par la jurisprudence, notamment le célèbre arrêt « *Nikon* »⁴⁰ qui, dès 2001, admettait la possibilité pour un salarié de conserver l'intimité de certains fichiers personnels dès lors qu'il les identifiait comme tels. C'est donc bien l'aveu d'une possible utilisation personnelle des outils professionnels fournis par l'employeur. Cet arrêt a par la suite été confirmé à plusieurs reprises, la Cour de Cassation affirmant avec force que le salarié a droit, même pendant son temps et au lieu de son travail, au respect de sa vie privée.⁴¹ Le salarié doit tout de même être vigilant en cas d'utilisation personnelle des TIC sur son lieu et au temps de son travail car si ceux-ci sont abusifs l'employeur peut prendre à son encontre des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement.⁴²

³⁸ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social 2016, p.920

³⁹ De l'anglais « *Short Message Service* »

⁴⁰ Arrêt « *Nikon* », Cass. Soc. 2 octobre 2001, n°99-42.942, D. 2001. P.3148 « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés », obs. P-Y. GAUTIER

⁴¹ Cass. Soc. 26 janvier 2016 n°14-15360, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 13, 31 Mars 2016, p.1195 « La messagerie personnelle du salarié est protégée par le secret des correspondances », Note B. BOSSU

⁴² Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42.097, Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, p.31 « Détention d'images pornographiques et zoophiles et licenciement pour cause réelle et sérieuse », Obs E. CAPRIOLI

Il est également admis⁴³ que l'employeur puisse ordonner des mesures d'instructions *in futurum* telles que prévues à l'article 145 du CPC. Elles ont pour vocation d'établir ou de conserver avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige. Ce sera par exemple l'employeur qui demande au juge compétent de mandater un huissier afin de conserver des courriels qui prouveraient les actes déloyaux d'un salarié qui fournirait des informations à une société concurrente. S'il existe des motifs légitimes de suspicions de tels actes, les mesures *in futurum* seront recevables au cours du procès.

Cette confusion entre la vie personnelle et la vie professionnelle n'est donc pas nouvelle, mais s'est accentuée avec la hausse de la place occupée par le numérique. Il était autrefois envisageable qu'un salarié emmenât ponctuellement à son domicile des dossiers de plusieurs kilogrammes de papiers, il est désormais courant qu'un salarié emmène tous ses dossiers qu'il aura au préalable stocké dans sa clé USB ne pesant que quelques dizaines de grammes. Cette confusion est d'autant plus grande avec la mode du « *BYOD* »⁴⁴ qui consiste pour les salariés qui le souhaitent à venir travailler avec leurs propres ordinateurs ou téléphones personnels. Nous sommes dans cette situation au paroxysme du flou de la frontière vie personnelle – vie professionnelle.

Mais, ce flou spatio-temporel introduit par les TIC ne remet pas en cause la notion de vie personnelle telle que forgée par la Cour de Cassation. Car, s'il a pu être démontré qu'en premier lieu un mur était dressé entre vie personnelle et vie professionnelle afin de protéger les salariés, les portes sont susceptibles d'être ouvertes entre sphère personnelle et sphère professionnelle afin de favoriser la conciliation de ces deux dimensions. Cette ouverture sera cantonnée à certains aspects de la vie du salarié, plus particulièrement ceux relatifs à sa vie familiale, par exemple pour un salarié qui s'opposerait à l'application d'une clause de mobilité.⁴⁵ Il ne s'agit donc pas d'une remise en cause de la notion de vie personnelle mais plutôt du contexte dans lequel se manifestent les éléments rattachés à la vie personnelle qui se diversifient. La notion de vie personnelle a, au même titre que les TIC, contribué à désynchroniser les sphères personnelles et professionnelles.

⁴³ Arrêt « *Datacep* », Cass. Soc. 23 mai 2007, n°05-17.818, D. 2007. p.1590 « Mesure d'instruction *in futurum* et respect de la vie privée du salarié »

⁴⁴ De l'anglais « *Bring Your Own Device* »

⁴⁵ C. MATHIEU « La vie personnelle du salarié » Thèse soutenue en 2004 à Lyon II

B – Un effritement pas nécessairement néfaste

« Avec l'électricité, l'insomnie du monde avait commencé, avec les TIC, l'insomnie des travailleurs se poursuit ». ⁴⁶ C'est justement vers la direction opposée qu'il faut tendre, car s'il est indéniable que les TIC bouleversent les conditions de travail des salariés, dès lors que leur utilisation est contrôlée et qu'elle ne dégénère pas en abus, elles apporteront plus de l'autonomie et du bien-être au salarié qu'une soumission à son travail.

Le travailleur cadre est parfois réfractaire à se déconnecter. Il est en effet le plus souvent jugé, voire rémunéré, non pas par les efforts qu'il fournit, mais par les résultats qu'il obtient. C'est pourquoi s'il a besoin de se connecter un soir, ou un week-end pour réaliser une vente il le fera, et s'offusquerait qu'on le lui interdise. La conjoncture actuelle rendrait presque arriérée cette volonté de séparer totalement la vie personnelle de la vie professionnelle. Il est d'ailleurs légitime de se demander si les salariés actuels souhaitent réellement séparer les deux. Pour une grande partie d'entre eux, la réponse est probablement négative. Et cela va aller en s'accroissant, car la génération Z⁴⁷ qui arrive prochainement sur le marché du travail a grandi avec le numérique. De nos jours, les jeunes enfants ne jouent plus aux lego mais à des applications spécialement conçues pour eux sur l'iPad de leurs parents. C'est dans ce monde hyperconnecté que le droit d'accès à internet a été reconnu comme droit fondamental par la CEDH⁴⁸. Il serait alors insoutenable pour certains salariés d'être privés de leur possibilité de se connecter, même si ces connexions sont professionnelles.

Mais, la possibilité en un clic de pouvoir passer de ses courriels personnels à ses courriels professionnels qui était à l'origine perçue comme une opportunité, un progrès, peut rapidement s'avérer être finalement une réelle laisse électronique.⁴⁹ C'est en effet un cercle vicieux car si vous répondez à un courriel un dimanche soir, le collègue à qui vous avez adressé ce courriel risque lui-même d'envoyer des courriels à d'autres collaborateurs cela entraînant un effet « *boule de neige* ». Les salariés doivent s'auto-responsabiliser afin d'éviter cette situation. Pour que l'utilisation professionnelle des TIC demeure une plus-value il est

⁴⁶ J-E. RAY « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », Droit Social 2010, p.44

⁴⁷ La génération Z, parfois aussi appelée cyber-génération, est composée de personnes nées après 1995, qui ont toujours connu Internet et qui, non seulement maîtrisent pour l'essentiel l'utilisation des outils et s'en servent quotidiennement, mais ne conçoivent pas le fait de vivre sans.

⁴⁸ CEDH Copland c/ Royaume-Uni, n° 001-79997, 3 avril 2007

⁴⁹ V. CARAYOL, N. SOUABIALE, C. FELIO, F. BOUDOKHANE-LIMA « La laisse électronique, les cadres débordés par les TIC »

nécessaire de la contrôler afin d'éviter qu'elle ne dégénère en abus. Autrefois, il fallait préserver la santé physique des salariés face aux risques induits par les machines, désormais il faut préserver la santé mentale des salariés face aux risques induits par les TIC.

Il est donc essentiel de maîtriser les abus car les conséquences peuvent être importantes aussi bien pour le salarié que pour l'employeur. Le salarié qui est, implicitement, autorisé à avoir un usage personnel des TIC sur son lieu de travail encourt une sanction pouvant aller jusqu'au licenciement s'il a un usage abusif des TIC, par la durée des temps de connexion⁵⁰, ou par leurs natures⁵¹. A l'inverse, l'employeur qui exige de son salarié de traiter de nombreux dossiers hors de son temps de travail s'exposerait à ce que le salarié demande – légitimement – une résiliation judiciaire de son contrat de travail par-devant le Conseil de Prud'hommes.

§III – La remise en cause du traditionnel lieu de travail unique

*« Si l'on peut désormais travailler n'importe où, le domicile n'est justement pas un lieu comme un autre, mais bien le sanctuaire de l'intimité de la vie privée. »*⁵² Cette volonté légitime du Professeur Jean-Emmanuel RAY de sacrifier le domicile qui ferait obstacle à tout travail tend manifestement à disparaître. Le constat unanime actuel est que dans de nombreuses professions il est désormais possible et même courant de travailler à tout moment, et en tout lieu, même à son domicile.

C'est cette tendance qui explique la création et l'encadrement du « télétravail ». Le télétravailleur bénéficie des mêmes droits et avantages légaux et conventionnels que les salariés en situation comparable travaillant dans les locaux de l'entreprise. L'article L. 1222-9 du Code du Travail dispose notamment que les modalités d'organisations du télétravail doivent être prévues par accord collectif, ou à défaut, par le contrat de travail. Malgré cela, de nombreuses questions restent en suspens, par exemple la prise en charge d'un accident au

⁵⁰ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247 : JurisData n° 2009-048024

⁵¹ Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-42.097, Obs. Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, p.31 « Détention d'images pornographiques et zoophiles et licenciement pour cause réelle et sérieuse », Obs E. CAPRIOLI

⁵² J-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Droit Social 2002, p.6

titre de la législation des accidents du travail pour le télétravailleur. Bruno Mettling préconisait dans son rapport⁵³ que la présomption d'imputabilité à l'employeur jouait dès lors que l'accident était intervenu pendant les heures de travail prévues par l'accord collectif ou le contrat de travail. Mais en pratique, le télétravailleur jouissant d'une grande liberté dans l'organisation de son travail et d'un contrôle limité de la part de l'employeur risque de complexifier la situation. Le télétravail se décline sous plusieurs formes, il peut par exemple s'agir d'un travail nomade ou mobile pour certains métiers prévoyant de nombreux déplacements, mais encore d'un télétravail en « *télé-local* » c'est-à-dire par exemple au sein de sites de *coworking* qui concentrent différents télétravailleurs ou travailleurs indépendants.

Le télétravail présente donc une différence majeure avec la situation du salarié qui effectuerait ponctuellement des tâches à son domicile, c'est qu'il est réglementé par un accord collectif et/ou le contrat de travail, qu'il existe un contrôle des temps de travail, de la charge de travail. S'il peut être affirmé que le télétravail bénéficie d'un encadrement aujourd'hui dépassé,⁵⁴ que dire de la situation auxquels un nombre important de salariés sont confrontés en ce qu'ils traitent des courriels professionnels en dehors de leurs temps de travail ? Bien peu de réponses sont apportées à cette question que ce soit dans le Code du Travail ou dans la jurisprudence. Le salarié qui chute dans les escaliers, à son domicile et hors de son temps de travail, alors qu'il écrivait un courriel à son employeur peut-il bénéficier de la couverture accident du travail ? La réponse est encore bien plus floue que dans la situation du télétravail, la présomption d'imputabilité à l'employeur prévue à l'article L. 411-1 du Code de la Sécurité Sociale ne pouvant pas s'appliquer, il incomberait au salarié de parvenir à prouver le caractère professionnel de cet accident. Le critère essentiel de la soudaineté serait bien rempli dans l'exemple précité, mais la preuve que cet accident soit survenu à l'occasion du travail semble plus discutable.

Il existe donc une carence des textes concernant la situation des salariés qui ne sont pas des télétravailleurs, qui ne bénéficient pas d'une convention de forfait en jours, mais qui pour autant exercent fréquemment des tâches en dehors de leurs temps et de leurs lieux de travail pour le compte de leur employeur. Si le droit à la déconnexion est une première étape

⁵³ B. METTLING « Transformation numérique et vie au travail » Rapport à l'attention de Madame la Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, p.16

⁵⁴ L. GRATTON « Révolution numérique et négociation collective » Droit Social 2016, p. 1051

de la reconnaissance de cette situation aujourd'hui bien réelle, la Loi du 8 août 2016⁵⁵ ne s'est pas risquée à définir et à encadrer ce qu'il fallait entendre par « *droit à la déconnexion* ». Or, cette situation intermédiaire entraîne de nombreuses interrogations, mais surtout un risque important de contentieux par exemple sur les accidents du travail comme nous l'avons démontré, mais également sur le terrain des heures supplémentaires, du travail dissimulé et bien d'autres griefs qui seront développés ultérieurement.

Section II – L'hétérogénéité des impacts du numérique

Comme tout changement, le numérique apporte des difficultés qu'il conviendra de surmonter (§I) afin de tirer tout le bénéfice et les opportunités qu'il peut nous apporter (§II).

§I – Des difficultés

Les difficultés peuvent paraître multiples. Le numérique apporte tout d'abord une surcharge informationnelle que certains qualifient d'infobésité (A), cette révolution pourrait également détruire des emplois (B). Nous verrons ensuite que les individus appréhendent différemment ce phénomène. Si pour certains les TIC sont bien ancrés dans leur quotidien à un tel point qu'ils sont hostiles à l'idée d'une déconnexion imposée même professionnelle (C), pour d'autres, il est plus compliqué de s'adapter et de maîtriser ces nouveaux outils technologiques (D).

A – L'infobésité

« *L'Humanité a produit, au cours des 30 dernières années, plus d'informations qu'en 2000 ans d'histoire et ce volume d'informations double tous les 4 ans.* »⁵⁶ Cette tendance a vocation à croître de manière exponentielle et peut s'avérer contreproductive en ce qu'elle produit une surcharge informationnelle, également qualifiée d'infobésité. Celle-ci n'est pas

⁵⁵ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 55

⁵⁶ C. SAUVAJOL-RIALLAND, « Mieux s'informer pour mieux communiquer ; décrypter, sélectionner, transmettre », Editions Dunod

sans risque et serait d'ailleurs à l'origine de nombreux maux tels que des déficits de l'attention, de l'anxiété, du désengagement et même des troubles relationnels.⁵⁷

B – La destruction d'emplois

Joseph Schumpeter définissait la destruction créatrice de la manière suivante : « *de nouvelles affaires se créent continuellement, attirées par le profit. Il se produit une réorganisation complète de l'industrie, avec hausse de la production, concurrence acharnée, disparition des entreprises obsolètes, licenciements éventuels.* »⁵⁸ Ces destructions créatrices sont le symbole d'innovations, remplaçant d'anciens processus devenus obsolètes. Le numérique répond indiscutablement à la définition de cette destruction créatrice, nombre d'emplois de caissiers sont par exemple remplacés par des caisses automatiques dans lesquels les clients scannent directement leurs articles. Mais, les juristes seraient également menacés avec l'avènement de la justice prédictive et des logiciels tels que LegalTech. Cette intelligence artificielle propose un algorithme qui calcule les probabilités de résolution d'un litige, le montant des indemnités et identifie les moyens de droit les plus influents. L'intelligence artificielle au service de la justice n'est pas un fantasme mais bien une réalité puisque la Cour d'Appel de Douai⁵⁹ expérimente actuellement un logiciel permettant de prévoir les jugements et se basent sur les conclusions du logiciel pour rendre ses décisions finales.

A ce rythme-là, si chaque métier risque d'être remplacé par un robot, ne pouvons-nous pas craindre que l'habituel processus de destruction créatrice d'emploi théorisée par Schumpeter ne se transforme en un processus de destruction pure et simple d'emploi ? Tel n'est pas l'avis du Professeur Bruno Dondero pour qui « *la justice robot est un fantasme, elle demeurera toujours humaine. Il y a tellement de variables dans une décision... Je ne suis pas sûr que ces logiciels puissent toutes les prendre en compte* ». John Maynard Keynes prévoyait⁶⁰ d'ailleurs qu'en 2030 le développement économique du monde serait tel que nous n'aurions pas besoin de travailler plus de 15h par semaine. Si son raisonnement était cohérent, force est de constater que c'est tout l'inverse qui s'est produit. Cela est notamment causé par cette surcharge informationnelle qui pousse les cadres à travailler d'autant plus, à envoyer encore plus de courriels.

⁵⁷ J-B. AUDRERIE « Les 9 dysfonctions liées à l'infobésité », <http://futurstalents.com>

⁵⁸ J-A. Schumpeter « La théorie de l'évolution économique », 1912

⁵⁹ « Justice : un logiciel pour aider les juges à décider », Le Parisien, 26 avril 2017

⁶⁰ J-M. KEYNES, R. et E. SKIDELSKY « How much is enough? » 1930

C – La répulsion de certains salariés à la déconnexion

« Pour cette nouvelle génération, la déconnexion obligée relève d'un paternalisme désuet, et demain d'un traitement inhumain et dégradant ». ⁶¹ Les générations Y et a fortiori Z ont été habituées à une utilisation presque permanente du numérique à un tel point qu'une quelconque restriction s'analyserait pour eux en un insoutenable paternalisme. ⁶² C'est pourquoi pour les salariés dans cette situation il semble opportun qu'ils disposent d'un droit à la connexion choisi, ⁶³ c'est-à-dire qui leur permet de décider unilatéralement de se déconnecter ou non pendant les périodes de congés ou de repos. Ce type de dispositif a ce double intérêt qu'il ne frustre pas certains salariés en leur interdisant de se connecter contre leur volonté, mais également qu'il limite les risques de stress liés à la gestion d'un flux important de messages électroniques au retour d'une période de repos. Cette réalité a d'ailleurs été prise en compte par l'accord qualité de vie au travail d'Airbus du 17 février 2016 ⁶⁴ dans lequel est prévu qu'il appartient au salarié de décider s'il souhaite se connecter ou non en dehors des plages habituelles de travail. En contrepartie, son employeur ne peut pas exiger qu'il se connecte en dehors de ses horaires de travail. Le salarié est alors pleinement souverain de son temps de connexion et peut le vivre comme une force.

D – Les « fracturés numériques »

A l'opposé des salariés de la génération Y, et des futurs salariés de la génération Z, certains salariés plus âgés vivent plus difficilement l'impact du numérique sur les relations de travail. Ces salariés sont parfois qualifiés de « fracturés numériques ». Fracture à plusieurs titres, ils vont parfois être forcés de suivre des formations pour apprendre à maîtriser des outils qui sont maîtrisés dès le plus jeune âge par la jeune génération. Mais également, un usage excessif de l'informatique de ces salariés qui tentent de « s'auto-former » ⁶⁵

⁶¹ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion » Droit Social 2016, p.913

⁶² C'est ainsi qu'un professeur d'un collège de Washington prévoit d'offrir 100\$ aux élèves qui parviendraient à se déconnecter totalement, c'est-à-dire du téléphone, de la tablette, de la console vidéo, chaque mardi des vacances d'été. Malgré la somme promise elle estime qu'à peine 50 élèves sur les 200 relèveront le défi.

⁶³ G. LOISEAU « La déconnexion » Droit Social 2017, p.467

⁶⁴ Art 3.1 de l'accord, Liaisons Sociales l'actualité n°17071, 28 avril 2016

⁶⁵ S. NIEL « Endiguer la sur-connexion professionnel », Les cahiers du DRH, 2017

Cette fracture numérique entre les différents salariés en fonction du rapport qu'ils ont au numérique n'est pas nouvelle. Dès 2001,⁶⁶ l'OIT évoquait le risque qu'une grande partie des salariés puissent être laissés de côté. C'est d'ailleurs ce qui explique pourquoi l'Etat avait encouragé les entreprises à effectuer des dons défiscalisés d'ordinateur avec accès Internet à ses salariés afin d'éduquer ces « *illettrés technologiques* ».⁶⁷

§II – Des opportunités

« *Il a fallu 38 ans pour que la radio atteigne le seuil de 50 millions d'utilisateurs, 13 ans pour la télévision, 1 ans pour Facebook et 9 mois pour Twitter.* »⁶⁸ Le caractère disruptif du numérique doit être utilisé comme une force, les entreprises doivent donc bien se préparer afin d'éviter d'être dépassées par ce monde dans lequel tout va plus vite. C'est donc par sa capacité à maîtriser, anticiper et orienter les différents changements que la France saura mettre à profit la révolution numérique pour en faire une source de progrès social.⁶⁹ Pour cela, les entreprises doivent mettre en œuvre des mesures permettant de réguler l'usage du numérique telles que la mise en avant de l'exemplarité des managers, lutter contre le « *répondre à tous* », ou encore remplacer en partie l'usage des courriels par un réseau social d'entreprise.

Comme il l'a été démontré, l'impact du numérique facilite de nouvelles formes de travail telles que le télétravail, celui-ci peut s'avérer être une forme d'emploi bénéfique pour certains salariés. Il est appréhendé comme une organisation du travail permettant de favoriser la qualité de vie au travail puisqu'il permet d'éviter la fatigue et les coûts des temps de trajets pour se rendre à son entreprise, mais également de renforcer l'autonomie du travailleur qui peut organiser plus librement sa journée, par exemple s'il doit aller chercher sa fille à l'école... C'est d'ailleurs le constat qui est fait dans un rapport de l'OIT⁷⁰ qui assure que le télétravail profite aussi bien au salarié de par la flexibilité et l'autonomie qui lui est offerte, qu'à l'entreprise qui bénéficie d'un salarié plus motivé et donc plus productif, et qui de surcroît, a des coûts réduits

⁶⁶ Rapport sur l'emploi dans le monde par l'OIT, 2001

⁶⁷ « Techno-mordus et techno-exclus : vivre et travailler à l'ère du numérique », Les Echos, février 2000

⁶⁸ McKinsey, Accélérer la mutation numérique des entreprises, 2014

⁶⁹ B. METTLING, rapport préc., p.6

⁷⁰ Rapport de l'OIT « Travailler en tout temps, en tout lieu : les effets sur le monde du travail » 15 février 2017

en ce qui concerne les bureaux à affecter aux salariés. Ce rehaussement de l'indépendance des salariés est d'ailleurs perçu comme un progrès pour 60%⁷¹ des actifs.

Ces nouvelles formes d'emplois peuvent surprendre et être mal perçues dans notre culture française basée sur le présentisme au travail, mais un changement de mentalité semble nécessaire et profitable à tous. Par exemple, au début des années 1980, le principe d'horaires collectifs d'arrivée et de départ commençait à être remis en cause. Or, de nombreux détracteurs arguaient le fait que cela aurait de graves conséquences notamment une désorganisation permanente de l'entreprise si tous les salariés ne travaillaient pas en même temps. Force est de constater que cette situation est aujourd'hui courante et bénéfique dans de nombreux secteurs d'activités. D'une situation perçue par beaucoup comme surprenante, elle est devenue la normalité et a permis de nombreux progrès. Les nouvelles organisations du travail devraient – nous l'espérons – connaître le même sort.

⁷¹ Sondage IFOP

CHAPITRE II – LA MISE EN PLACE DU DROIT A LA DECONNEXION

Bien que la jurisprudence l'ait déjà admis, il aura fallu attendre la « *Loi Travail* » pour enfin assister à la consécration légale du droit à la déconnexion (Section I). Pour assurer sa mise en place de nombreux dispositifs différents peuvent être imaginés, cette diversité correspondant à la diversité propre à chaque entreprise (Section II). Enfin, lors de sa consécration légale, le droit à la déconnexion n'a pas été clairement défini, nous allons dès lors tenter d'apporter divers éléments de définition (Section III).

Section I – La consécration légale du droit à la déconnexion

Le droit à la déconnexion a été codifié concernant deux sujets, à savoir les NAO et les conventions de forfaits en jours (§I). En cas d'échec des NAO, l'employeur devra établir une charte qui permettra de garantir une effectivité minimale à ce droit (§II).

§I – Deux modalités de mise en place du droit à la déconnexion

Le droit à la déconnexion a fait une double apparition dans le Code du Travail. D'une part, sous la forme d'une obligation de négocier sur ce sujet dans le cadre des NAO (A), et d'autre part dans le cadre des conventions annuelles de forfait en jours (B).

A – Une obligation de négocier dans le cadre des NAO

L'article 55 de la loi dite « *Travail* » a intégré au bloc de négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, l'obligation de négocier 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.* »⁷² Les entreprises concernées seront toutes celles soumises aux négociations annuelles obligatoires en entreprise, c'est-à-dire celles dans lesquelles sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives.⁷³ La présence d'un délégué syndical est une condition nécessaire à l'obligation incombant à

⁷² Article L. 2242-8 7° du Code du Travail

⁷³ Article L. 2242-1 du Code du Travail

l'employeur d'engager les NAO. Ce sont donc les entreprises de plus de 50 salariés qui sont concernées.

L'employeur qui n'engage pas les NAO dans une entreprise comportant un délégué syndical s'expose à des sanctions pénales. En effet, le fait de ne pas convoquer les parties à l'obligation annuelle de négocier est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 €. ⁷⁴ Rappelons également que cette peine prévue pour une personne physique est d'un montant cinq fois supérieur lorsqu'elle est affligée à la personne morale, soit 18 750 €. De plus, cela est suffisant à caractériser l'élément intentionnel du délit d'entrave. ⁷⁵ A côté des sanctions pénales, l'employeur s'expose également à des sanctions civiles qui pourraient être financièrement bien plus élevées dans le cadre d'un litige devant le Conseil de Prud'hommes, voir *infra*. ⁷⁶

L'obligation de négocier ci-avant rappelée ne signifie bien sûr pas l'obligation de parvenir à un accord. L'employeur a simplement l'obligation d'engager les négociations, et dans l'idéal il parviendra à un accord avec les partenaires sociaux. *A minima*, sur le volet « *droit à la déconnexion* », cet accord devra rappeler le respect des temps de repos minimum quotidien de 11 heures ⁷⁷, auquel s'ajoute un temps de repos minimum hebdomadaire d'au moins 24 heures. ⁷⁸ Durant ces périodes le salarié ne sera bien sûr pas tenu de communiquer avec son employeur, et de même en cas de suspension du contrat de travail pour maladie, congés...

Même si l'employeur considère qu'aucun de ses salariés n'est exposé à des risques de sur-connexion il doit entreprendre la négociation annuelle puisqu'elle est obligatoire sans exception dès lors que l'entreprise répond aux conditions précitées. Il est en tout état de cause peu probable qu'aucun salarié ne possède ne serait-ce qu'un téléphone portable ou une adresse de messagerie électronique professionnelle. Mais, si très peu de salariés sont concernés, l'employeur devra dès lors simplement engager les négociations afin de se prémunir du risque pénal précité. Et, si les dispositions de l'accord concernant le droit à la déconnexion ne sont pas très protectrices le risque civil pour l'employeur sera limité du fait de

⁷⁴ Article L. 2243-1 du Code du Travail

⁷⁵ Cass. crim. 30 novembre 1993 n° F 93-81-291-D

⁷⁶ Voir en ce sens « CHAPITRE II – UN DISPOSITIF CONTRAIGNANT DE MANIÈRE INDIRECTE »

⁷⁷ Article L. 3131-1 du Code du Travail

⁷⁸ Article L. 3132-2 du Code du Travail

la situation de l'entreprise dans laquelle peu de salariés sont exposés au numérique. Cette simple obligation d'engager les NAO, peu important si celles-ci aboutissent ou non à un accord est d'ailleurs prévue par la jurisprudence. Ainsi, même s'il ne formule aucune proposition au cours des réunions, l'employeur ne saurait être condamné pénalement dès lors qu'il a bien engagé les négociations.⁷⁹

Si la Loi Travail a souhaité généraliser le principe des accords majoritaires,⁸⁰ cela ne se fera que progressivement. Il est en effet prévu que la validité d'un accord collectif subordonné à la signature de l'employeur d'une part, et aux organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections d'autre part s'appliquera « *à compter du 1er janvier 2017 aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et, dès la publication de la présente loi, aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du code du travail. Elles s'appliquent à compter du 1er septembre 2019 aux autres accords collectifs, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 5125-1 du code du travail.* »⁸¹ Nous sommes donc actuellement dans une période transitoire au cours de laquelle certains accords collectifs seront valables en application du seuil de 30%, et d'autres seulement à compter du seuil de 50%. Les accords collectifs concernant le droit à la déconnexion soulèvent donc la question du seuil à atteindre. Pour certains auteurs le seuil de 30% est suffisant⁸² alors que pour d'autres il est nécessaire d'appliquer les nouvelles dispositions et donc le seuil de 50%.⁸³ C'est à notre sens ce dernier seuil qui doit s'appliquer car l'accord collectif portant sur le droit à la déconnexion a notamment pour but « *d'assurer le respect des temps de repos et de congé* », ⁸⁴ définition correspondant tout à fait à un accord collectif qui « *porte sur la durée du travail, les repos et les congés.* »⁸⁵

B – L'intégration du droit à la déconnexion dans le cadre du forfait en jours

Le droit à la déconnexion a également fait son entrée dans le Code du Travail concernant le recours aux forfaits annuels en jours, et peut ainsi concerner des entreprises

⁷⁹ Cass. crim. 4 octobre 1989 n° 88-86-163 PF, Asperti-Boursin : RJS 12/89 n° 942, Bull. crim. n° 341.

⁸⁰ Article 21 de la loi du 8 août 2016

⁸¹ Article L. 2232-12 du Code du Travail

⁸² Ellipse Avocats « Mise en œuvre du droit à la déconnexion : un air d'auberge espagnole »

⁸³ J-E. RAY « Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation décrypté par J-E. RAY » LSQ l'actualité n°17212, 1^{er} décembre 2016

⁸⁴ Article L. 2242-8 7° du Code du Travail

⁸⁵ Article L. 2232-12 du Code du Travail

disposant d'un effectif inférieur à 50 salariés. En effet, en application de l'article L. 3121-64 II 3° du Code du Travail dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, l'accord autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours doit déterminer les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion prévu au 7° de l'article L. 2242-8. Ces nouvelles dispositions confirment les règles dégagées par la jurisprudence depuis l'année 2011 et aux termes desquelles les accords portant sur les forfaits annuels en jours doivent mettre en place des règles permettant d'assurer et de contrôler le respect des dispositions impératives de la durée du travail et du temps de repos afin de préserver la santé et la sécurité des salariés.⁸⁶

En l'absence de dispositions conventionnelles relatives au droit à la déconnexion, l'article L. 3121-65 du Code du Travail précise que les modalités d'exercice par le salarié de son droit doivent être définies par l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés. Ces modalités doivent être conformes à la charte sur le droit à la déconnexion s'il en existe une. Précisons également que la loi du 8 août 2016 prévoit que l'accord collectif doit prévoir les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié et selon lesquelles ces derniers échangent périodiquement sur elle. A défaut de telles stipulations dans l'accord collectif conclu antérieurement à la publication de la loi, il est malgré cela possible de conclure à la validité de la convention de forfait en jours, sous réserve du respect de certaines règles. A savoir, l'établissement d'un document de contrôle du nombre de jours travaillés, le contrôle de la charge de travail du salarié, ainsi qu'un entretien annuel avec le salarié.⁸⁷

§II – Elaboration d'une charte en cas d'échec des négociations

Il a été expressément prévu l'obligation pour l'employeur d'élaborer une charte si les NAO n'aboutissaient pas un accord (A), pour autant, la valeur juridique conférée à cette charte peut interroger (B).

⁸⁶ Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107, Obs. L. PERRIN « Le droit à la santé et au repos et le forfait en jours », 19 juillet 2011, Dalloz Actualité ; Cass. Soc., 26 septembre 2012, n°11-14.540 « Convention de forfait : respect du droit à la santé et au repos » D. 2012. 2316

⁸⁷ Article L. 3121-65 du Code du Travail

A – L'élaboration de la charte

Nous assistons ces dernières années à une multiplication des chartes dans les entreprises. Le plus souvent, ces chartes énoncent les valeurs fondamentales de l'entreprise et la mission de tous les collaborateurs pour les faire respecter. Chaque collaborateur est appelé à réfléchir et à agir dans son activité professionnelle selon ces lignes directrices et à contribuer ainsi au succès de l'entreprise.⁸⁸ Si le règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises employant habituellement au moins vingt salariés, les chartes et codes éthiques peuvent potentiellement concerner toute entreprise, sans condition d'effectif.⁸⁹

Au-delà d'affirmations sur l'éthique de la société et les grandes valeurs à respecter les chartes peuvent répondre à un objectif plus ciblé. Concernant le droit à la déconnexion, ce n'est qu'à défaut d'accord collectif que l'employeur sera tenu d'élaborer une charte qui devra définir les « *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.* »⁹⁰ La loi semble donc instituer une certaine hiérarchie entre l'accord collectif et la charte. C'est en effet seulement en cas de carence d'accord collectif qu'une charte devra être établie unilatéralement par l'employeur alors que l'inverse n'est pas vrai, l'employeur disposant d'une charte étant malgré cela tenu d'engager les NAO sur ce thème chaque année.⁹¹

Mais cette hiérarchie ressort également du contenu de la charte organisant les modalités du droit à la déconnexion. En effet, concernant l'accord collectif, ce dernier doit organiser 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* »⁹². L'accord collectif doit donc organiser le plein exercice, tandis que la charte en organise simplement l'exercice, cette différence dans la force des termes utilisés démontre l'intention du législateur de privilégier l'accord collectif qui doit aller plus loin qu'une simple charte. De plus, autre indice allant dans ce sens, en cas d'accord collectif l'entreprise peut mettre en place tout type de dispositifs permettant la régulation de l'utilisation des outils du numérique. Tandis, que la charte semble cantonnée à la mise en œuvre d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. La charte peut évidemment prévoir d'autres actions

⁸⁸ <https://letusactnow.wordpress.com/2015/04/29/quest-ce-qu'une-charte-dentreprise/>

⁸⁹ « Chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et règlement intérieur » LAMY Social

⁹⁰ Article L. 2242-8 7° du Code du Travail

⁹¹ G.LOISEAU « La déconnexion – Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées » Dalloz, Droit Social, p.465

⁹² Article L. 2242-8 7° du Code du Travail

permettant la mise en place du droit à la déconnexion,⁹³ mais par cette formulation le législateur semble témoigner son intention de ne faire de la charte qu'un socle minimal, un palliatif à la carence d'accord à la suite des NAO.

B – L'incertaine valeur juridique de la charte

Si la charte d'entreprise peut donner l'apparence d'être un droit mou dénué de tout caractère contraignant (1), tel n'est pas le cas lorsque celle-ci constitue une adjonction au règlement intérieur (2).

1 – La charte d'entreprise, représentation de la « soft law » ?

« *Les chartes n'engagent que ceux qui y croient.* »⁹⁴ Ce constat fait ressortir clairement une problématique liée à la valeur juridique des chartes d'entreprises. Leur force va dépendre de la volonté de l'employeur d'en faire, ou non, un additif au règlement intérieur. En effet, contrairement à l'accord collectif, la simple charte d'entreprise qui n'est pas annexée au règlement intérieur n'est pas opposable en justice. Par conséquent, cette obligation d'élaborer une charte serait un droit mou, de la « soft law », et ce, à double titre.

D'une part, si l'employeur engage les NAO mais que celles-ci n'aboutissent pas à un accord collectif et que, suite à cela, aucune charte n'est élaborée, la loi n'a prévue aucune sanction face à cette carence. Il avait pourtant été envisagé d'établir une pénalité en cas de défaut d'accord collectif, puis de défaut de charte organisant les modalités du droit à la déconnexion dans l'entreprise. Mais l'amendement le prévoyant n'a pas été adopté.⁹⁵ En cas de contentieux dans cette situation, l'employeur serait embarrassé pour démontrer qu'il a bien mis en œuvre tous les moyens permettant au salarié de jouir pleinement de son droit à la déconnexion. Il n'en demeure pas moins vrai qu'à défaut de contentieux l'employeur ne serait guère inquiété de son absence d'implication sur ce sujet. Une telle pénalité aurait ainsi pu permettre de garantir un minimum d'effectivité au droit à la déconnexion. Il en résulte que cette obligation d'élaboration d'une charte à défaut d'accord collectif n'est pas réellement dissuasive pour l'employeur qui déciderait de s'affranchir du sujet.

D'autre part, l'employeur qui élaborerait une charte qui n'aurait pas le caractère d'une adjonction au règlement intérieur permettrait seulement d'affirmer de grands principes mais

⁹³ S. NIEL « Endiguer la sur-connexion professionnelle » Les cahiers Lamy du DRH n°241, Avril 2017

⁹⁴ J-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dalloz, Droit Social 2002, p.7

⁹⁵ JEANTET « Le droit à la déconnexion : Comment faire ? » p.10

ne pourrait pas servir de fondement à l'employeur pour sanctionner ses salariés réfractaires. A nouveau, l'utilité d'une telle charte et notamment sa force contraignante, cette fois-ci à l'égard des salariés, peut interroger.

Nous pouvons donc légitimement nous interroger sur la valeur que doit revêtir cette charte. Bien sûr, cette valeur dépendra des termes utilisés et donc de la volonté de l'employeur d'en faire, ou non, une adjonction au règlement intérieur. Mais, la loi du 8 août 2016 semble inciter les employeurs à ne faire de cette charte qu'une simple charte de bonnes pratiques, à la portée juridique faible.⁹⁶ En effet, comme il l'a été démontré, les termes même de l'article L.2242-8, 7° semblent faire de cette charte simplement un socle minimal quant à l'application du droit à la déconnexion au sein de l'entreprise. La loi ne néglige pour autant pas la possibilité d'utiliser les documents élaborés par les entreprises,⁹⁷ et leur existence est reconnue mais ne bénéficie pour autant pas d'une véritable consécration en tant qu'instrument juridique.⁹⁸ Une telle incertitude met en péril l'effectivité du droit à la déconnexion⁹⁹ dont l'enjeu est pourtant particulièrement important.¹⁰⁰ Une telle charte reste pour autant pourvue d'une force obligatoire en tant que norme s'imposant à son auteur, l'employeur, et opposable aux salariés qui en auraient eu connaissance par exemple au moment de leur embauche, ou alors si celle-ci leur a été remise en main propre contre décharge ou affichée dans les locaux de l'entreprise.¹⁰¹ Il est enfin à souligner que l'employeur est totalement libre du contenu de la charte, celle-ci étant un document unilatéral. Or, l'inspection du travail au titre de sa compétence générale de contrôle pourrait effectuer des contrôles afin de prendre connaissance de l'ensemble de cette charte et éventuellement formuler des observations.¹⁰² L'éventualité de tels contrôles est finalement le signe d'un certain effet normatif de la charte.

⁹⁶ J-E RAY « Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation » LSQ, L'actualité n°17212, 1^{er} décembre 2016

⁹⁷ D. BERRA « Les chartes d'entreprises et le droit du travail » Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, p.123

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail » Les petites affiches, p.6, Ed. Lextenso, 1^{er} mars 2017

¹⁰⁰ Article 25 de la loi du 8 août 2016 préc.

¹⁰¹ G. LOISEAU « La valeur juridique de la charte », Les Cahiers Sociaux n° 298, p.52, Ed. Lextenso

¹⁰² Circulaire DGT n°2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte et au règlement intérieur

2 – L'éventuelle adjonction de la charte au règlement intérieur

Le législateur a ces dernières années une assez forte propension à édicter les dispositions qui doivent être contenues dans le règlement intérieur. A titre d'exemple, la loi du 8 août 2016 précise que doivent figurer les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel et aux agissements sexistes,¹⁰³ mais également un principe de neutralité religieuse au sein de l'entreprise dès lors que ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.¹⁰⁴ Cette influence du législateur n'a pour autant pas été poursuivie en ce qui concerne la charte encadrant les modalités du droit à la déconnexion. Elle aurait pourtant permis de renforcer les dispositifs prévus par cette charte.¹⁰⁵ Il est dès lors laissé libre aux employeurs le choix d'intégrer cette charte au règlement intérieur. Tel sera le cas lorsque la charte prévoit des obligations pour les salariés assorties de sanctions, par exemple l'interdiction pour les managers d'envoyer des courriels à leurs collaborateurs pendant les week-ends sous peine d'avertissement, voire si le comportement se réitère, de licenciement.

Si la charte constitue une partie du règlement intérieur, celle-ci devra alors nécessairement suivre la procédure permettant son opposabilité. Elle sera donc soumise aux élus du personnel pour avis, à savoir le CE, mais aussi le CHSCT¹⁰⁶ pour toutes les dispositions relevant de son champ de compétence, notamment la partie concernant l'hygiène et la sécurité. A propos du droit à la déconnexion, cela concernera les points sur le respect des temps de repos, la prévention des risques psychosociaux liés au numérique par exemple. Cette nécessité de recueillir préalablement l'avis des représentants du personnel, lequel ne lie pas l'employeur, est considérée comme une formalité substantielle protectrice des intérêts des salariés dont l'inobservation prive ses prescriptions d'effet.¹⁰⁷ Les notes de services, chartes ou tout autre document établissant des règles de caractère général et permanent dans les matières relevant normalement du règlement intérieur constituent des annexes à celui-ci sont concernées par cette procédure et sont donc soumis à la procédure de consultation du CE et du CHSCT.¹⁰⁸ Suite à ces consultations pour avis, l'employeur transmet le règlement intérieur

¹⁰³ Article L. 1321-2 du Code du Travail

¹⁰⁴ Article L. 1321-2-1 du Code du Travail

¹⁰⁵ G. LOISEAU, A. MARTINON « La révision du règlement intérieur, entre obligation et opportunité », Les Cahiers Sociaux, n°296, p.231, 1^{er} mai 2017

¹⁰⁶ Article L. 1321-4 du Code du Travail

¹⁰⁷ Cass. soc., 4 juin 1969, n° 68-40.377 ; 11-2-2015 n° 13-16.457 : RJS 4/15 n° 255

¹⁰⁸ Article L1321-5 du Code du Travail, Mémento social n° 60105

en 2 exemplaires, accompagné de l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et, le cas échéant, du CHSCT, à l'inspection du travail.¹⁰⁹ L'employeur qui ne respecterait pas ses formalités ne pourrait donc pas sanctionner un salarié sur le fondement de la charte qu'il a édicté.

Finalement, le fait que le législateur n'ait pas rendu obligatoire l'ajout au règlement intérieur de la charte organisant le droit à la déconnexion, et semble même par ces termes inciter les employeurs à ne pas le faire, paraît être globalement positif. En effet, l'adjonction de la charte au règlement intérieur risque de rendre l'employeur débiteur d'un engagement, et il pourrait lui être reproché de ne pas l'avoir respecté. Tel serait le cas de salariés destinataires d'appels tardifs ou le week-end qui rappelleraient à l'employeur l'existence et de la valeur de la charte ce qui le contraindrait presque à devoir sanctionner les salariés auteurs de ces appels.¹¹⁰ De plus, il apparaît contraire à l'esprit de la loi de menacer de sanctions des salariés alors qu'il leur est conféré un droit par cette loi, ils sont donc à considérer comme les créanciers d'un droit et non pas comme les débiteurs d'une obligation à respecter, et ce, sous la contrainte.¹¹¹ Il peut également apparaître contreproductif de prévoir de possibles sanctions envers des salariés concernant le droit à la déconnexion alors qu'il appartient à l'entreprise de vérifier que la charge de travail n'est pas trop élevée et que les salariés peuvent donc pleinement exercer le droit au repos.

C – La simple consultation des IRP

Nous verrons tout d'abord qu'il a été expressément prévu l'obligation pour l'employeur de consulter le CE avant l'élaboration définitive de la charte organisant le droit à la déconnexion (1), puis que si la consultation du CHSCT n'a pas été expressément prévue par le texte, il doit malgré cela être nécessairement consulté pour avis (2).

¹⁰⁹ Article L. 1321-4 et R. 1321-4 du Code du Travail

¹¹⁰ G. LOISEAU « La valeur juridique de la charte », Les Cahiers Sociaux, n°298, p.52, 1^{er} juillet 2017

¹¹¹ *Ibid.*

1 – Un simple avis du CE

A défaut de parvenir à un accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette consultation obligatoire est expressément prévue par l'article L. 2242-8, 7° du Code du Travail. Précisons également que s'il repose sur l'employeur l'obligation d'organiser cette consultation du CE, il n'a pour autant pas l'obligation de suivre l'avis rendu par ce dernier. Il est bien question d'un « avis », qui, par conséquent, ne lie pas l'employeur.

Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations.¹¹² Les délais de consultations ont été encadrés en 2013¹¹³ et ont pour objectif de permettre au CE d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises.¹¹⁴ Désormais les délais dans lesquels le CE rend ses avis doivent être fixés par un accord entre l'employeur et le CE, ou à défaut par décret.¹¹⁵ Il est à noter que le délai minimal est de 15 jours et qu'il est incompressible, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'y déroger par accord.¹¹⁶ Si le CE ne s'est pas prononcé dans les délais prévus, il est réputé avoir rendu un avis négatif.¹¹⁷ L'objectif est d'éviter que le CE bloque la procédure par l'intermédiaire de la consultation et retarde la mise en œuvre de la décision de l'employeur.

De plus, l'employeur doit être prudent quant au délit d'entrave s'il envisageait de passer outre son obligation de consulter le CE. Et même s'il le consulte, il doit respecter certaines obligations comme par exemple celle d'effectuer la consultation antérieurement à sa prise de décision et donc à la rédaction de la charte en sa version définitive. Si la décision de l'employeur est devenue irréversible, la consultation n'a plus d'effet utile et expose l'employeur à être condamné pour délit d'entrave.¹¹⁸ Plus précisément, la consultation doit toujours se situer entre l'élaboration du projet et la décision d'application prise par les organes

¹¹² Article L. 2323-4 du Code du Travail

¹¹³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013

¹¹⁴ Article L. 2323-3 du Code du Travail

¹¹⁵ Décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013

¹¹⁶ L. MILET, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise » Dalloz Actualité 2014, p. 472

¹¹⁷ Article R. 2323-1-1 du Code du Travail

¹¹⁸ Cass. crim., 15 mars 2016, n° 14-85.078, JCP S 2016, 1198, note F. Duquesne ; Cass. crim., 30 mars 2016, n° 15-80.117, RJS 2016, n° 432, 2e esp

compétents.¹¹⁹ L'élaboration du projet doit être suffisamment avancée pour permettre une consultation utile. Pour la Cour de cassation, « *un projet ou des orientations, mêmes formulées en des termes généraux doivent être soumis à consultation du comité [...] lorsque leur objet est assez déterminé pour que leur adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'ils ne soient pas accompagnés de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet ou les orientations adoptés* ». ¹²⁰ Concernant la charte organisant le droit à la déconnexion au sein de l'entreprise, l'employeur devra donc consulter le CE une fois qu'il a établi un projet de charte et discuter quels pourront être les dispositifs les plus appropriés à la situation de l'entreprise. C'est bien à « *mi-chemin* » que cette consultation doit se dérouler et c'est d'ailleurs bien à cette période qu'elle est la plus utile.

2 – L'implicite obligation de consultation du CHSCT

Contrairement à ce qu'il a prévu pour le CE, l'article L. 2242-8, 7° ne prévoit pas explicitement l'obligation de consulter le CHSCT concernant la charte qui a été élaborée. Cette omission n'a pas manqué de surprendre et semble en effet regrettable étant donné qu'une charte régulant le droit à la déconnexion est intimement liée à des problèmes d'éventuels *burn-out*, ou autres risques psychosociaux et entre donc tout à fait dans les attributions du CHSCT.¹²¹ De plus, cette *a priori* absence d'obligation de consultation du CHSCT aurait des conséquences sur l'effectivité du droit à la déconnexion. En effet, il a pu être démontré que la valeur juridique des chartes était incertaine,¹²² ce à quoi s'ajouterait un pouvoir quasiment exclusif de l'employeur dans l'élaboration de la charte. Dans une telle situation, resterait à être utopiste et à espérer que l'employeur soit bienveillant et mette en place des dispositifs garantissant le plein exercice du droit à la déconnexion pour les salariés, même en l'absence d'avis du CHSCT.

En dépit de l'absence de précision explicite quant à l'obligation de consulter le CHSCT lors de l'élaboration de la charte, il fait presque l'unanimité que celui-ci doit malgré tout être

¹¹⁹ M. COHEN, « Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe », LGDJ, 9e éd. 2009, p. 542

¹²⁰ Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, RJS 1997, n° 1391 ; Cass. soc., 18 juin 2003, n° 01-21.424, RJS 2003, n° 1033.

¹²¹ L. GRATTON « Révolution numérique et négociation collective » Droit Social, 2016, p. 1054

¹²² Voir *supra* « 1 - La charte d'entreprise, représentation de la « soft law » ? »

consulté. Il serait en effet difficile, voire contre-productif de court-circuiter le CHSCT en omettant sa consultation,¹²³ ce dernier étant bien évidemment concerné par le sujet.¹²⁴ En effet, l'absence de précision quant à sa consultation n'a finalement pas de réel impact puisque d'autres fondements légaux peuvent la justifier.¹²⁵ Lorsque la charte, de par son contenu, est susceptible d'être une adjonction au règlement intérieur, dès lors, la procédure précitée devra être respectée¹²⁶ ce qui inclut une consultation obligatoire du CHSCT en application de l'article L. 4612-12 du Code du Travail.¹²⁷ Cette obligation de consultation est à nouveau conforter en ce que le CHSCT doit obligatoirement être consulté sur toutes les décisions d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail,¹²⁸ la charte organisant le droit à la déconnexion étant donc directement concernée. Il est à noter que dans cette situation le CHSCT doit être consulté avant de recueillir l'avis du CE,¹²⁹ ceci étant justifié par le fait que le CE doit disposer d'informations précises et écrites lui permettant de donner un avis pleinement éclairé, les observations du CHSCT étant probablement particulièrement éclairantes sur ce sujet... Cette solution est justifiée par l'article L. 2323-46, alinéa 2 du Code du travail qui prévoit que le CE « *bénéficie du concours du CHSCT dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis* ». Si le CE ne dispose pas d'un avis régulier émis préalablement par le CHSCT, il peut saisir le juge des référés pour obtenir la suspension du projet envisagé par l'employeur.¹³⁰

La consultation du CHSCT semble donc finalement obligatoire, au même titre que celle prévue explicitement pour le CE. Mais nous pouvons nous demander si cela est suffisant pour leur permettre de participer à la mise en place du droit à la déconnexion et *a fortiori* de le piloter. Les IRP sont ainsi cantonnées à une seule logique de réaction¹³¹ puisque elles rendent des avis, c'est-à-dire que leurs prérogatives s'appliquent seulement sur un projet de l'employeur qui en est donc à l'origine. Il nous semblerait positif de permettre une plus grande implication des IRP dans la rédaction de la charte. Notamment concernant le CHSCT qui pourrait ainsi passer d'une logique de réaction donnée sur un projet de l'employeur, à une réelle action matérialisée par une prise d'initiative déconnectée de tout préalable patronal.

¹²³ J-E RAY « Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation », LSQ, L'actualité n°17212, 1^{er} décembre 2016

¹²⁴ J-E RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social, 2016, p.920

¹²⁵ Article L. 4612-1 du Code du Travail

¹²⁶ Voir *supra* « 2 – L'éventuelle adjonction de la charte au règlement intérieur »

¹²⁷ G. LOISEAU « La déconnexion », Droit Social, 2017, p. 465

¹²⁸ Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-13.640, JCP S 2010, 1458, note J.-B. Cottin

¹²⁹ Cass. soc., 4 juill. 2012, n°11-19.678, JCP S 2012, 1399, note L. Cailloux-Meurice

¹³⁰ JCI Travail Traité « Conditions de travail, hygiène et sécurité »

¹³¹ A. FABRE « Qualité de vie au travail et institutions représentatives du personnel : une articulation à construire », Droit Social, 2015, p.136

Mais cela ne semble pas être dans l'esprit du texte qui n'associe qu'*a minima* les IRP dans la rédaction de la charte, à tel point que l'article L. 2248-2, 7° du Code du Travail en a omis de mentionner le rôle du CHSCT. Si le Code du Travail ne s'oppose pas à l'association des CE et des CHSCT dans une démarche QVT, celui-ci ne permet pour autant guère de leur attribuer une place essentielle, et encore moins un rôle moteur.¹³²

Section II – Les dispositifs envisageables

Il est tout d'abord indispensable d'établir le diagnostic préalable des acteurs de l'entreprise et de leurs rapports au droit à la déconnexion (§1) afin de pouvoir mettre en place ce droit de la manière la plus optimale possible, soit par des dispositifs contraignants (§2), soit par des dispositifs plus souples (§3).

§1 – Un nécessaire diagnostic préalable

Cette démarche relève plutôt des ressources humaines, mais c'est bien là l'expression de la réalité du droit de la déconnexion qui est au carrefour de nombreuses disciplines qu'il est nécessaire de combiner afin qu'il soit mis en place de manière satisfaisante. Afin de comprendre pourquoi certains salariés ne se déconnectent pas, il faut tout d'abord établir un état des lieux (A), puis identifier les raisons de ces pratiques (B).

A – Etablir un état des lieux

Tous les salariés sont concernés par le droit à la déconnexion, mais il est toutefois évident que certains sont bien plus exposés que d'autres. L'Accord National Interprofessionnel du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail propose une méthode à suivre. Sur le modèle de celle-ci, nous préconisons donc dans un premier temps de procéder à un état des lieux, par exemple par l'intermédiaire d'un audit des pratiques internes. Celui-ci aurait pour objectif de définir quelles catégories de salariés sont les plus concernés par cette problématique. Il s'agira notamment des cadres, qu'il soit soumis ou non à une convention de forfaits en jours, des informaticiens, des commerciaux, de la direction ou encore des téléconseillers. Dès lors

¹³² *Ibid.*

qu'ils bénéficient d'un smartphone professionnel ou d'une messagerie professionnelle ces salariés seront exposés à un risque.

Cet état des lieux peut également être établi à l'aide du document unique. L'employeur doit en effet établir un tel document en application des dispositions de l'article L. 4121-3 du Code du Travail qui oblige l'employeur à évaluer les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs. L'employeur doit ensuite retranscrire tous les risques inhérents à l'activité de l'entreprise dans ce document unique.¹³³ En cas de carence du document unique sur le droit à la déconnexion, ou *a fortiori* en cas d'inexistence du document unique, l'employeur devra adapter le document unique une fois qu'il aura mis en œuvre un plan d'action pour prévoir les modalités du droit à la déconnexion.

B – Identifier les raisons de ces pratiques

Une fois l'état des lieux effectué, les pratiques des différents salariés de l'entreprise devraient clairement ressortir. Si celles-ci s'avèrent dangereuses pour leur santé en n'assurant pas suffisamment leur droit à la déconnexion, il conviendra alors de diagnostiquer les raisons de ces pratiques afin de préserver la santé des salariés.

Un salarié peut ne pas suffisamment se déconnecter en dehors de son temps de travail en raison de l'organisation même du travail. Celle-ci peut faire ressentir à un salarié l'obligation qu'il aurait de travailler en dehors de son temps de travail, par exemple s'il existe une surcharge de la quantité de travail, ou encore si l'employeur sollicite fréquemment ce salarié lui demandant une réponse urgente pendant ses temps de repos. Mais également, les méthodes de management peuvent avoir une influence, tel est le cas lorsqu'il existe une culture véhiculée par les managers du « *travail avant tout* » au sein de l'entreprise. Les salariés qui restent joignables en permanence le font bien souvent par peur d'être mal vus, plutôt que par pur plaisir. Dans cette situation, c'est l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise qui paralyse les salariés dans l'exercice de leur droit à la déconnexion.

A côté de cela, un salarié peut ne pas suffisamment se déconnecter en raison de son propre comportement. C'est ce que nous évoquions auparavant, l'idée d'une déconnexion forcée pour certains salariés, notamment de la nouvelle génération, relève d'un insoutenable

¹³³ Article R. 4121-1 et suivants du Code du Travail

paternalisme. Ils souhaitent se connecter quand ils en ont décidé ainsi et s'insurgeraient que cela leur soit interdit. Dans cette situation, c'est le comportement même du salarié qui entrave l'exercice de son droit à la déconnexion.

Une fois ce diagnostic préalable établi, l'entreprise est consciente des raisons qui poussent certains salariés à ne pas se déconnecter pendant leurs temps de repos. Elle peut dès lors mettre en place de la manière la plus éclairée possible les modalités encadrant le droit à la déconnexion.

§2 – Les dispositifs contraignants

La représentation la plus extrême des dispositifs contraignants les salariés à se déconnecter sont les entreprises qui coupent leurs serveurs sur certaines périodes, notamment le soir ou le week-end. Cette méthode nous semble discutable, et ce, à plusieurs égards. Cela paraît tout d'abord impossible à mettre en place lorsque l'entreprise est internationale et donc en relation avec des entreprises correspondant à des fuseaux horaires différents. Mais également, cette solution apparaît trop stricte car l'utilisation de la messagerie professionnelle hors des temps de travail lorsqu'elle reste exceptionnelle peut être bénéfique à l'entreprise, par exemple lorsqu'il est nécessaire de résoudre une situation réellement urgente. Certes, le salarié n'a pas le risque d'être dérangé pendant le week-end du fait du blocage des serveurs, mais une quantité importante de stress peut résulter de la situation dans laquelle il se retrouvera le lundi matin lorsqu'il devra traiter rapidement des centaines de mails.¹³⁴ De plus, cela risque de perturber les collaborateurs s'étant habitués à gérer une partie de leurs courriels le soir, ainsi que les entreprises travaillant en continu.¹³⁵

Cette solution a toutefois le mérite de protéger le salarié face à une surexposition numérique, et lui permet réellement de pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles, contrairement à beaucoup d'entreprises qui laissent seul le salarié dans son choix de se déconnecter ou non. Il a en effet pu être constaté que la mise en place d'une réelle déconnexion, qui peut passer par l'intervention de l'employeur qui bloquerait les serveurs, ou interdirait les courriels sur certaines périodes par exemple, bien que très contraignante peut

¹³⁴ J. PORTA, T. SACHS, C. MATHIEU « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », RDT octobre 2016, p.594

¹³⁵ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion » Droit Social 2016, p.915

avoir des effets positifs. Par exemple, il a été expérimenté dans une filiale de Total à Singapour d'éviter de s'envoyer des e-mails entre salariés de la filiale. Les rencontres physiques ont été encouragées et les résultats ont été positifs : 69% des employés ont constaté que cette semaine sans e-mail a permis d'accroître leur productivité, et 77% ont estimé que cela avait permis d'accroître les interactions avec leurs collègues.¹³⁶

Certaines entreprises ont fait le choix de mettre en place des dispositifs contraignants, tel est le cas du désormais célèbre accord conclu en juillet 2011 par Volkswagen qui a décidé un blocage des serveurs, des smartphones de 18h15 à 7h30 et le week-end. Cette mesure surprend tout d'abord par la dimension internationale de Volkswagen pour qui un tel blocage des serveurs pourrait être préjudiciable. Mais également, bloquer les serveurs c'est ne rien pouvoir faire en cas d'urgence, cette solution est donc extrêmement radicale.

Autre constructeur automobile allemand, secteur décidément très impliqué par le sujet, Daimler a lancé le projet « *Mail on Holiday* ». Celui-ci consiste en un programme automatique supprimant tous les mails reçus durant les congés des salariés. L'expéditeur en est bien entendu informé et reçoit le nom d'un salarié qui n'est pas en congé et qui pourrait éventuellement traiter sa demande.¹³⁷ Cette solution semble être un palliatif intéressant aux maux causés par la fermeture radicale des serveurs instaurée par Volkswagen. En effet, cela réduit la quantité des courriels qui seront à traiter au retour des vacances, et permet à l'entreprise de continuer à fonctionner. Le point négatif est que les salariés en activité qui doivent traiter les courriels de leurs collègues risqueraient de faire face à une surcharge de travail. La contrepartie étant que lorsqu'ils partiront en vacances ils pourront être totalement décontractés car c'est leurs collègues qui prendront le relais.

Le GIE Réunica¹³⁸ prévoit également la fermeture des messageries électroniques de 20 heures à 7 heures et le week-end du vendredi 20 heures, au lundi 7 heures. Pendant cette période, un collaborateur n'a pas à envoyer de courriels, et cela est également valable pour les périodes de suspension du contrat de travail. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables au directeur général de Réunica et son adjoint, ni aux salariés ayant un emploi de directeur, de responsable rapprochement et portefeuille projets ou de responsable

¹³⁶ J. PORTA, T. SACHS « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », RDT octobre 2016, p.598

¹³⁷ *Ibid.* p.597

¹³⁸ Actualité n°16531, 17 février 2014, LSQ.

organisation. Comme quoi, bien qu'il soit censé prendre en considération tous les salariés, le droit à la déconnexion semble finalement modulable. Mais cela se justifie par la nature du dispositif contraignant qui a été négocié, à savoir la fermeture totale des messageries électroniques. Les salariés les plus haut placés doivent pouvoir rester joignables, nous supposons en cas de situation urgente, dès lors que ça ne devient pas récurrent.

§3 – Les dispositifs plus souples

Parmi les dispositifs plus souples que ceux précédemment cités, ils peuvent se diviser en deux catégories. D'une part les dispositifs offrant un droit à la déconnexion choisie c'est-à-dire reposant pleinement sur la volonté des salariés (A), d'autre part les dispositifs prévoyant un droit à la déconnexion encadré qui semblent être un compromis entre les dispositifs très restrictifs et ceux qui ne le sont pas du tout (B).

A – Droit à la déconnexion choisie

Les dispositifs analysés ci-après peuvent être qualifiés de « *droit à la déconnexion choisie* » puisqu'ils ont la particularité qu'il incombera exclusivement au salarié d'appliquer, ou non, son droit à la déconnexion. Cela nous semble critiquable puisque ces dispositifs ne font pour la plupart qu'affirmer que le salarié exercera librement son droit à la déconnexion, or un tel droit est déjà reconnu depuis longtemps par la jurisprudence. Nous pouvons alors nous interroger sur la plus-value apportée par certains de ces accords qui ne semble être que symbolique... L'employeur devra pour compenser la légèreté des dispositifs prévus mettre en place les conditions permettant au salarié de se déconnecter, par exemple en ne lui fournissant pas une charge de travail trop élevée ou en évitant de le solliciter en dehors de son temps de travail.

Par exemple, l'accord sur la qualité de vie au travail au sein du groupe Thalès¹³⁹ du 4 février 2014 prévoit un droit à la déconnexion en dehors des horaires d'ouverture de l'établissement ou, à tout le moins, pendant la durée légale de repos quotidien et hebdomadaire. Les managers doivent veiller au respect de ce droit et donc éviter d'envoyer des courriels au cours de cette période.

¹³⁹ Actualité n°16838, 22 mai 2015, LSQ

Mais également, l'accord d'Airbus Helicopters¹⁴⁰ portant sur la qualité de vie au travail du 17 février 2016, pour lequel il appartient au salarié de décider de se connecter ou non en dehors de ses plages habituelles de travail, qui sont fixées de 7 heures à 20 heures. Il est précisé qu'il ne peut pas se voir reprocher de ne pas utiliser les outils mis à sa disposition en dehors des plages habituelles de travail. Pour autant, l'accord ne se cache pas de faire porter l'entière responsabilité sur le salarié de sa faculté de se déconnecter ou non en dehors de son temps de travail. Cela semble s'expliquer par le fait que le marché des hélicoptères se porte moins bien que celui des avions. Ainsi, la compétitivité devient une priorité, ce qui engendre un pic d'activité du bureau d'études et nécessite une plus grande souplesse dans la gestion du temps de travail des cadres, par exemple.¹⁴¹

B – Droit à la déconnexion encadrée

Les dispositifs analysés ci-après permettent d'éviter les lacunes d'une part des dispositifs de déconnexion choisie qui ne semblent être que symboliques, et d'autre part des dispositifs les plus contraignants qui peuvent s'avérer contreproductifs. Cet intermédiaire est à notre sens la solution à privilégier.

AREVA¹⁴² prévoit dans son accord collectif sur le développement de la qualité de vie au travail du 31 mai 2012 que chaque salarié doit veiller à se déconnecter du réseau et à ne pas envoyer de courriel en dehors des heures habituelles de travail, sauf en cas de circonstances particulières telles que l'urgence ou l'importance du sujet traité. Ces exceptions en cas d'urgence sont également prévues dans d'autres accords collectifs¹⁴³ et sont à notre sens particulièrement pertinentes. Est également prévu un suivi spécifique et régulier des flux de mails et de leur répartition temporelle. Cet accord QVT fait donc en partie reposer sur les salariés le respect du droit à la déconnexion en les invitant à s'auto-responsabiliser aussi bien du point de vue des courriels qu'ils envoient que des connexions qu'ils pourraient effectuer hors du temps de travail. Cet accord collectif a le mérite d'être l'un des premiers se saisissant

¹⁴⁰ Actualité n°17071, 28 avril 2016, LSQ.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Actualité n°16119, 12 juin 2012, LSQ.

¹⁴³ A titre d'exemple : l'accord sur la qualité de vie au travail de l'UES Aon du 1^{er} mars 2016 : L'actualité n°17107, 22 juin 2016, LSQ.

de la problématique du droit à la déconnexion, avant la loi Travail, mais aussi avant l'ANI QVT de 2013.

L'accord sur les conditions de vie au travail du 30 mars 2015 de la Société Générale¹⁴⁴ reconnaît un droit à la déconnexion permettant de concilier vie professionnelle et vie privée. Elle s'engage par ailleurs à rédiger et diffuser un guide de bon usage de la messagerie professionnelle. Elle prévoit enfin la mise en œuvre d'actions de sensibilisation dans le cadre de l'utilisation des outils technologiques. Par exemple, les guides de bon usage peuvent préconiser d'être sélectif dans le choix de ses destinataires, d'être attentif à la clarté et à la concision de ses messages, de privilégier les contacts directs pour les sujets sensibles, de ne pas envoyer de messages hors des plages habituelles de travail...¹⁴⁵ Ces guides et actions devraient permettre de raisonner les « *mailers compulsifs* » adeptes du « *répondre à tous* » et qui accompagnent chacun de leurs nombreux courriels par l'indication « *URGENT* ». Cette méthode de travail s'avère à notre sens totalement contre-productive, à tout qualifier d'important, rien ne l'est finalement réellement, l'urgent devient la norme. Et ce, jusqu'au moment où des courriels réellement urgents ne seront pas pris au sérieux...

L'accord relatif au management commercial du 3 juillet 2015 du groupe La Poste¹⁴⁶ prévoit pour chaque salarié un droit à la déconnexion en dehors du temps de travail. A nouveau, l'usage de la messagerie ou du téléphone professionnel en soirée ou en dehors des jours travaillés devra être justifié par la gravité, l'urgence ou l'importance exceptionnelle du sujet traité. Cet accord prévoit en outre l'utilisation de la fonction d'envoi différé qui permet pour les collaborateurs qui traiteraient d'un courriel à 23 heures de le faire partir à 9 heures le lendemain, et donc pendant les horaires de travail de ses collègues. Cela permet d'éviter l'effet boule de neige suivant : un collaborateur reçoit un courriel à 23 heures, il décide de le traiter et par conséquent envoie plusieurs courriels à d'autres collaborateurs à 23 heures 30, et cela se poursuit en chaîne. L'accord prévoit enfin d'ajouter à la signature des salariés la phrase suivante « *les e-mails que je pourrais envoyer en dehors des heures de travail ne requièrent pas de réponse immédiate* ».

¹⁴⁴ Actualité n° 16856, 27 avril 2015, LSQ.

¹⁴⁵ Accord Natexis sur la qualité de vie au travail du 26 août 2016, Actualité n°17175, 6 octobre 2016, LSQ

¹⁴⁶ Actualité n°16893, 14 août 2015, LSQ.

L'accord collectif du groupe Michelin¹⁴⁷ portant sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfaits-jours en date du 15 mars 2016 est à notre sens un exemple à suivre. Il réaffirme tout d'abord que les salariés n'ont pas l'obligation de lire et de répondre aux courriels et appels téléphoniques qui leurs sont adressés en dehors des plages de travail. Mais surtout, a été mise en place une détection des « *situations à risque* ». À partir d'un seul non-respect de 11 heures de repos quotidien ou de cinq connexions hors temps de travail, un mail est automatiquement envoyé au collaborateur et à son n + 1, les invitant à se rencontrer. Si le problème perdure, sont alors informés le n + 2 et le RRH. Ce système est donc assez dissuasif pour inciter le salarié à se déconnecter, mais ne lui interdit pas non plus expressément toutes connexions en dehors des plages de travail qui peuvent s'avérer utiles dès lors qu'elles restent exceptionnelles.

Le groupe Orange,¹⁴⁸ ayant pour DRH Bruno Mettling, se devait également de négocier un accord exemplaire sur le droit à la déconnexion. C'est dans cette optique qu'un accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique a été conclu le 27 septembre 2016.¹⁴⁹ Mais, contrairement à ce qu'il développait dans son rapport ce n'est pas le choix d'un devoir de déconnexion¹⁵⁰ qui a été fait dans cet accord. En effet, cela impliquerait des plages de déconnexion forcée qui sont incompatibles avec la présence internationale du groupe travaillant ainsi avec des pays relevant de différents fuseaux horaires. Le groupe a donc choisi de promouvoir plutôt la connexion en toute liberté. Clause originale de l'accord également qui prévoit une déconnexion pendant le temps de travail afin de permettre au salarié de mettre en place des temps collectifs, et de faciliter la concentration pendant les réunions.

La charte Solvay de février 2016¹⁵¹ insiste sur le bon usage de la messagerie électronique. A défaut d'encadrer strictement un droit à la déconnexion elle conseille les salariés sur ce qu'elle considère être un bon usage de la messagerie électronique. Pour cela, il ne faut pas se laisser déborder par le caractère instantané et impersonnel de la messagerie mais au contraire gérer ses priorités, se fixer des plages horaires pour répondre. Cela permettrait ainsi une plus grande efficacité au travail et un meilleur équilibre des temps de vie. Bien qu'intéressante dans la méthode fournie, cette charte laisse tout de même assez

¹⁴⁷ Accord Michelin du 15 mars 2016, Editions législatives « DROIT À LA DÉCONNEXION : QUELS SONT LES DISPOSITIFS PRÉVUS PAR LES ACCORDS D'ENTREPRISE ? »

¹⁴⁸ L'actualité, N° 17102, 15 juin 2016, LSQ.

¹⁴⁹ Semaine Sociale Lamy, N°1755, 6 février 2017

¹⁵⁰ B. METTLING Rapport préc. Préconisation n°19,

¹⁵¹ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social 2016, p.915

grandement peser la responsabilité du salarié dans la mise en œuvre du droit à la déconnexion.

D'autres grands groupes décident d'instaurer le droit à la déconnexion par l'intermédiaire d'actions de sensibilisation. C'est ainsi qu'à la Mutuelle Générale un module spécifique de formation est prévue pour les nouveaux managers portant sur l'articulation entre la vie privée, la vie professionnelle et la qualité de vie au travail.¹⁵² Sont également prévues des formations afin de préparer les salariés à la détection des risques tels que les troubles de l'attention, l'hyper-connectivité grâce à des numéros d'écoutes mis à la disposition des salariés.

Section III – Essai de définition du droit à la déconnexion

Si le droit à la déconnexion a été qualifié de « *chimère* », ¹⁵³ ou « *encore d'auberge espagnole* » ¹⁵⁴ c'est en partie parce que le législateur est resté assez flou en ce qu'il n'en a pas proposé de définition précise. Il a simplement prévu une obligation de négocier. Si « *la déconnexion est une réalité infiniment plus complexe qu'un droit individuel collectivement postulé. Elle participe d'un chantier bien plus vaste pour les concepteurs d'un droit de l'entreprise connectée* » ¹⁵⁵ et nous allons nous risquer à proposer les prémices d'un encadrement qui nous semble permettre de limiter les problématiques liées à la sur-connexion. Nous aborderons tout d'abord les points qui nous semblent présenter des imperfections dans le droit à la déconnexion version Loi Travail (§I), puis nous expliquerons pourquoi le droit à la déconnexion doit être analysé en complémentarité avec le droit au repos (§II). C'est suite à cela que nous proposerons un encadrement sur le modèle de la nouvelle architecture du Code du Travail (§III).

¹⁵² « Droit à la déconnexion : quels sont les dispositifs prévus par les accords d'entreprises ? » Ed. Legislatives

¹⁵³ C. MATHIEU « Le droit à la déconnexion : une chimère ? » RDT 2016, p.592

¹⁵⁴ J.-M. BERNARD « Mise en œuvre du droit à la déconnexion : un air d'auberge espagnole... » Actuel RH, 20 avril 2017

¹⁵⁵ G. LOISEAU « La déconnexion », Dr. Soc. 2017, p.469

§I – Les imperfections du dispositif actuel

Tout d’abord, l’expression de « *droit à la déconnexion* » sous-entend que le salarié devrait être connecté en permanence, même en dehors de son temps de travail. Ce n’est pourtant pas l’esprit de la loi qui consacre plutôt un « *droit à la reconnexion* » (A). Puis, le dispositif a pour conséquence de mettre de côté certaines entreprises qui sont pourtant susceptibles d’être concernées par les problématiques d’hyper-connexion (B). Enfin, le fait que les discussions liées au droit à la déconnexion interviennent dans le cadre des NAO peut soulever des difficultés (C)

A – Un droit à la « *reconnexion* » et non pas un droit à la « *déconnexion* »

Le terme de droit à la « *déconnexion* » ne semble pas pleinement approprié puisqu’il laisse sous-entendre l’idée selon laquelle les salariés sont censés être en permanence connectés, et ce, même en dehors de leurs temps de travail. Ils auraient simplement la faculté de se déconnecter s’ils le souhaitent. Cette idée ne reflète pas l’esprit de la loi.

Il semblerait plus judicieux de consacrer la notion de droit à la « *reconnexion* », ¹⁵⁶ puisque cette dernière retranscrit l’idée selon laquelle le salarié n’a pas l’obligation d’être connecté en dehors de son temps de travail, mais qu’il peut, s’il le souhaite ou si l’urgence le justifie, se reconnecter. La notion de « *connexion choisie* » ¹⁵⁷ pourrait sinon être consacrée, cette dernière allant dans le même sens que la reconnexion.

B – L’exclusion inexplicite de certaines entreprises

Dans sa version actuelle, le droit à la déconnexion concerne soit les entreprises de plus de 50 salariés, soit les entreprises ayant mis en place des conventions de forfaits en jours. ¹⁵⁸ Nous expliquons difficilement pourquoi le législateur exclut certaines entreprises alors que le droit à la déconnexion nous semble concerner la totalité des entreprises. Cette

¹⁵⁶ P. VIVIEN, P. THURAT « Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ? » Les Cahiers Sociaux, 1er juillet 2017

¹⁵⁷ G. LOISEAU « La déconnexion » Dr. Soc. 2017, p.470

¹⁵⁸ Qui peuvent donc être de plus ou moins 50 salariés

distinction laisse donc faussement entendre que les entreprises de moins de 50 salariés ne seraient pas concernées par les problématiques de sur-connexion. Or, il n'en est rien.¹⁵⁹

Même si certaines entreprises sont bien plus exposées que d'autres, chaque entreprise, de chaque secteur d'activité peut être confrontée à une telle problématique. Il suffit qu'un salarié soit en possession d'un smartphone ou d'un ordinateur professionnel. Toutefois, les salariés des entreprises qui n'ont pas été incluses par la loi pourront malgré tout revendiquer un droit à la déconnexion puisque celui-ci est reconnu depuis plus de quinze ans par la jurisprudence. Mais la conséquence est que, concernant ces entreprises, les situations liées aux sur-connexions seront nécessairement moins encadrées.

C – L'impact négatif des NAO sur le droit à la déconnexion

L'article 55 de la Loi Travail inscrit le droit à la négociation au titre des NAO sur l'égalité professionnelle et la QVT. Or, si l'utilisation des outils numériques professionnels en dehors du temps de travail peut avoir un impact sur la QVT, la finalité réelle du droit à la déconnexion est d'assurer le respect des « *temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale.* »¹⁶⁰ Ce sujet de négociation relèverait alors des NAO sur la durée et l'organisation du temps de travail.¹⁶¹ Mais également, un lien peut être fait entre le droit à la déconnexion et la rémunération pour certains commerciaux notamment puisque de telles connexions pourraient ainsi leur permettre de réaliser leurs objectifs. C'est ainsi que subordonner la mise en place du droit à la déconnexion dans le cadre des NAO a pour conséquence des difficultés liées au cloisonnement des thèmes de négociation obligatoire dans l'entreprise, difficultés que la loi Rebsamen a encore accrues.¹⁶²

Nous proposons alors de négocier les modalités de mise en place du droit à la déconnexion isolément. Sur le modèle du télétravail, cette négociation doit s'intégrer dans une démarche intégrative.¹⁶³ A la différence que le droit à la déconnexion devra être prévu pour

¹⁵⁹ P. THIEBART « Le droit à la déconnexion : comment faire ? » Jeantet, p.9

¹⁶⁰ Article L. 2242-8, 7° du Code du Travail

¹⁶¹ Article L. 2242-5 du Code du Travail

¹⁶² L. GRATTON « Révolution numérique et négociation collective », Dr. Soc. 2016, p. 1054

¹⁶³ P. VIVIEN, P. THURAT « Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ? » Les Cahiers Sociaux, 1er juillet 2017

tous les salariés, soit par un accord collectif négocié au sein de l'entreprise, soit par une charte établie unilatéralement par l'employeur.

§II – Le droit à la déconnexion en complément du droit au repos

Si la consécration légale du droit à la déconnexion a été nécessaire, c'est pour faire face à l'ineffectivité dont souffre le droit au repos,¹⁶⁴ pourtant garantie constitutionnellement. Le texte ne s'en cache d'ailleurs pas puisqu'il précise expressément que le droit à la déconnexion a notamment pour vocation d'assurer le respect des temps de repos.¹⁶⁵ Le droit à la déconnexion est finalement un droit au repos numérique, aspect qui ne pouvait pas être prévu par les anciens textes lorsqu'ils instituaient le droit au repos.

Le droit à la déconnexion doit se conjuguer avec le droit au repos en ce que le second ne peut être pleinement respecté que grâce au premier. En effet, le droit à la déconnexion vient appuyer le fait que le droit au repos devrait faire obstacle à toute intervention de l'employeur, ce qui prohibe donc tout appel téléphonique, même pour simplement réclamer un renseignement.¹⁶⁶ La qualité du repos commande donc une rupture totale qui ne peut exister sans coupure matérielle.¹⁶⁷ C'est bien là que le rôle du droit à la déconnexion intervient. Car, il incite – voire oblige¹⁶⁸ – l'employeur à mettre en place tous les dispositifs permettant au salarié de bénéficier du plein exercice de son droit à la déconnexion. Cela passera donc par la régulation de la charge de travail, et pouvant aller jusqu'à la coupure des serveurs. Précisons que l'obligation de l'employeur passe donc par assurer la seule déconnexion technique du salarié, et non pas la déconnexion intellectuelle sur laquelle il n'a – heureusement – aucun pouvoir.¹⁶⁹

Si le respect des temps de repos est mis à mal par la transformation numérique, c'est donc grâce au droit à la déconnexion que les temps de repos pourront être améliorés, voire débarrassés de tout parasite provenant de l'entreprise. Tel serait le cas de l'employeur qui couperait totalement les serveurs les soirs et les week-ends et qui préciserait qu'une utilisation

¹⁶⁴ T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », Les Petites Affiches, 1^{er} mars 2017

¹⁶⁵ Article L. 2242-8, 7° du Code du Travail

¹⁶⁶ P. WAQUET « Le temps de repos » Dr. Soc. 2000, p.288

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Voir supra « Section II – Devoir de déconnexion de l'employeur »

¹⁶⁹ T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », Les Petites Affiches, 1^{er} mars 2017

des outils technologiques professionnels en dehors du temps de travail serait passible d'une sanction disciplinaire. Si cette démarche est extrême, elle est toutefois la manifestation d'une possibilité pour l'employeur de combler les lacunes du droit au repos grâce à une application stricte du droit à la déconnexion.

Le droit au repos permet donc de combattre le présentéisme physique, auquel s'adjoint le droit à la déconnexion qui permet de combattre le présentéisme numérique.

§III - Une définition fondée sur la nouvelle architecture du Code du Travail

Le droit à la reconnexion étant intimement lié à la durée du travail, et plus précisément aux temps de repos, il semblerait cohérent de l'inclure dans le Titre III du Code du Travail intitulé « *Repos et jours fériés* ». Mais également avec la même architecture incluant des dispositions d'ordre public (A), puis des dispositions relevant du champ de la négociation collective (B) et enfin des dispositions supplétives (C). Cette architecture a vocation s'étendre à l'ensemble de la partie législative du Code du Travail.¹⁷⁰

A – Ordre public

Nous proposerons tout d'abord la formulation d'articles constituant les dispositions d'ordre public (1) et nous justifierons ensuite ces propositions (2).

1 – Proposition

Section 1 : Ordre public

Article L3131-1-1 : Aucun salarié ne peut être contraint de se connecter à un outil numérique professionnel pendant ses temps de repos et de congés, sauf dans les cas prévus aux articles L3131-1-3¹⁷¹ et L3131-1-4¹⁷² ou en cas d'urgence dans les conditions déterminées par décret.

Article L3131-1-2 : L'employeur doit mettre en œuvre les moyens et dispositifs nécessaires permettant au salarié de se déconnecter.

¹⁷⁰ L. GRATTON, « La durée du travail, laboratoire d'une nouvelle architecture du Code du travail », Les Cahiers Sociaux, 1er octobre 2016

¹⁷¹ Ces articles sont issus des propositions de ce mémoire

¹⁷² *Ibid.*

2 – Observations

La proposition d'article L. 3131-1-1 permet de codifier la jurisprudence constante depuis plus de quinze ans de la Cour de Cassation qui rappelle depuis l'arrêt « *Zürich Assurances* »¹⁷³ que le salarié ne peut pas être contraint de travailler hors de son temps de travail. Cette règle doit donc être d'ordre public. Cet article permet également de proposer une succincte définition de la déconnexion, qui, contrairement à ce qui est prévu actuellement, ne met aucun salarié à l'écart.¹⁷⁴

Une telle définition permet de faire subsister l'idée partagée par beaucoup selon laquelle « *la question du droit à la déconnexion ne se pose que lorsque les salariés se connectent avec un sentiment de contrainte* ». ¹⁷⁵ Mais elle prend également en compte la volonté de certains salariés de pouvoir se connecter en dehors de leurs temps de travail, par exemple pour éviter d'avoir un nombre trop important de courriels lors d'un retour de vacances ce qui peut occasionner un stress important. C'est donc bien la possibilité d'une « *connexion choisie* »¹⁷⁶ qui permet une individualisation au cas par cas et selon la volonté du salarié, car nous avons eu l'occasion de le rappeler, le numérique est vécu différemment selon les salariés. Il constitue pour certains une opportunité, tandis que pour d'autres il est source de difficultés. Il convient alors de protéger les seconds, sans pour autant limiter les premiers.

Ensuite, la proposition d'article L. 3131-1-2 permet d'intégrer la notion de devoir de l'employeur, qui était notamment suggérée par le rapport Mettling et qui a été – indirectement – reprise par la Loi Travail.¹⁷⁷ Cet article complète l'article précédent puisque le salarié ne ressentira pas la contrainte de se connecter grâce aux précautions préalables prises par l'employeur. Les « *moyens* » permettant au salarié de se déconnecter sont notamment une régulation de la charge de travail qui permettrait au salarié de ne pas se sentir obligé de se connecter même en dehors de son temps de travail pour remplir ses missions. Les « *dispositifs* » peuvent être très variés, par exemple promouvoir le travail en équipe, ce qui peut améliorer la productivité et répartir la charge de travail, ou alors prévoir un système d'envoi différés de courriels qui ne pourraient être reçus que pendant le temps de travail.

¹⁷³ Cass. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.727, LSQ, L'actualité n°17212

¹⁷⁴ Voir *supra* « B – L'exclusion inexplicite de certaines entreprises »

¹⁷⁵ H. LANOUZIERE « De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés » SSL, n°1755, 6 février 2017

¹⁷⁶ G. LOISEAU « La déconnexion », Dr. Soc. 2017, p.469

¹⁷⁷ Voir *supra* « Section II – Devoir de déconnexion de l'employeur » pour de plus amples explications

Enfin, cette proposition permet d'écarter la notion de « *plein exercice du droit à la déconnexion* » qui a été adoptée au motif qu'elle permet « *d'affirmer le rôle central que doit jouer le salarié en la matière* ». ¹⁷⁸ Puisque s'il nous semble que le salarié a un rôle à jouer, c'est l'employeur qui joue un rôle central dans l'exercice du droit à la déconnexion. S'il met en œuvre toutes les conditions nécessaires en amont, le salarié n'aura aucune difficulté à se déconnecter.

B – Champ de la négociation collective

Nous proposerons tout d'abord la formulation d'un article constituant les dispositions relevant du champ de la négociation collective (1) et nous justifierons ensuite cette proposition (2).

1 – Proposition

Section 2 : Dispositions supplétives

L3131-1-3 : Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut déroger à l'article L. 3131-1-1, et organiser les conditions du droit à la reconnexion du salarié, notamment en cas d'urgence ou pour des contraintes liées aux caractéristiques de l'entreprise.

2 – Observations

Il semble essentiel de laisser une marge de manœuvre à la négociation d'entreprise car « *il y a autant de pratiques liées à l'information qu'il y a d'entreprises et d'individus* ». ¹⁷⁹ Et, c'est pourquoi la problématique de la déconnexion devra s'entendre différemment selon l'activité de la société, sa présence internationale entraînant une multitude de fuseaux horaires, ou encore le niveau de qualification des salariés. L'entreprise est donc le niveau de négociation le plus adapté puisqu'il permet de personnaliser la déconnexion en tenant compte

¹⁷⁸ Rapport n°3675 au nom de la commission des affaires sociales, 7 avril 2016, propos de Madame ERHEL à propos de son amendement qui sera adopté.

¹⁷⁹ P. THIEBART « Le droit à la déconnexion : comment faire ? » Jeantet, p.9

des « *contraintes liées aux caractéristiques de l'entreprise* », ¹⁸⁰ ce que la branche ne pourrait pas faire aussi efficacement. Cela permet également d'assurer une continuité avec ce qui est en général prévu en matière de durée du travail, avec une priorité des accords d'entreprises sur les accords de branches. L' « *urgence* » quant à elle comprend la situation dans laquelle il est nécessaire de déranger un salarié en dehors de son temps de travail en cas de survenance d'un événement exceptionnel. Elle doit donc rester rare et l'employeur doit veiller à ce qu'elle ne soit pas détournée de sa finalité, en ce que certains collaborateurs pourraient qualifier des situations anodines d'urgentes.

Les mesures pouvant être mises en places par l'entreprise sont particulièrement variées et ont déjà été développées ci-avant.¹⁸¹

C – Dispositions supplétives

Nous proposerons tout d'abord la formulation d'un article constituant les dispositions supplétives (1) et nous justifierons ensuite cette proposition (2).

1 – Proposition

Section 3 : Dispositions supplétives

L. 3131-1-4 : A défaut d'accord prévu à l'article L. 3131-1-3, les conditions de reconnections du salarié sont fixées par l'employeur après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent, et après information de l'agent de contrôle de l'inspection du travail

2 – Observations

Ces dispositions permettent de combler l'éventuelle carence d'accord collectif encadrant le droit à la reconnexion du salarié. A défaut, l'employeur organiserait les conditions permettant au salarié d'exercer librement ce droit. Cela pourrait se faire par l'intermédiaire d'une charte dont l'élaboration et le contenu serait identique à ce qui a été développé ci-avant.¹⁸²

¹⁸⁰ Formulation suggérée dans la proposition d'article L. 3131-1-3

¹⁸¹ Voir *supra* « Section II – Les dispositifs envisageables »

¹⁸² Voir *supra* « §II – Elaboration d'une charte en cas d'échec des négociations »

PARTIE II – QUEL POUVOIR CONTRAIGNANT DU DROIT A LA DÉCONNEXION ?

Si le texte ne parle directement que d'un « *droit à la déconnexion* », il semble ressortir des débats parlementaires que c'est finalement un devoir de déconnexion qui est consacré. Mais devoir de qui ? Quelles en sont les conséquences ? C'est à ces questions que nous tenterons d'apporter une réponse (CHAPITRE I).

Puis, si le droit à la déconnexion a reçu des critiques relatives à une apparente faible effectivité, nous essaierons de démontrer qu'une telle effectivité est bien présente. Celle-ci se manifestera de manière indirecte face à l'important contentieux qui pourrait survenir si l'employeur ignorait les conséquences de la sur-connexion de ses salariés (CHAPITRE II).

CHAPITRE I – LE DROIT A LA DÉCONNEXION COMPLÉTÉ PAR UN DEVOIR DE DÉCONNEXION ?

L'expression d'un devoir de déconnexion revient fréquemment, celle-ci est pourtant particulièrement floue. A qui incombe ce devoir ? Comment est-il mis en place ? Comment articuler le devoir de déconnexion avec le droit à la déconnexion ?

Nous verrons dans un premier temps que le devoir de déconnexion peut peser sur le salarié alors même que le texte parle seulement d'un droit et non d'un devoir (Section I). Mais ce devoir de déconnexion concerne également l'employeur qui doit mettre en place les outils et dispositifs nécessaires permettant au salarié d'exercer comme il le souhaite son droit à la déconnexion (Section II). Si la situation du salarié et de l'employeur sont tout d'abord étudiées séparément, il convient toutefois de préciser qu'ils sont tous deux coresponsables du succès de la déconnexion (Section III). Enfin, nous verrons que le droit à la déconnexion est au carrefour de nombreuses disciplines et que les seuls outils juridiques ne suffisent pas à sa réussite (Section IV).

Section I – Droit et devoir de déconnexion du salarié

Le doute quant à l'existence d'un devoir de déconnexion du salarié était permis puisque le législateur n'a consacré légalement qu'un droit à la déconnexion (§I). Ce dernier peut toutefois dans certaines circonstances se transformer en un réel devoir de déconnexion (§II).

§I – La consécration légale d'un droit à la déconnexion et non d'un devoir

« Les outils sont de plus en plus puissants : de même que les voitures peuvent aujourd'hui atteindre les 200kms/h, il a été défini une norme fixée à 130kms/h sur les autoroutes pour limiter les accidents. Ainsi, si les outils permettent de nous connecter 24h/24, il n'est pas inconcevable de fixer des bornes à ne pas dépasser pour la sécurité de tous. »¹⁸³

¹⁸³ J. CHEMIN « Déconnexion : le droit de penser les usages – A l'écoute de l'organisation du travail », <http://cadrescdfdt.fr/actualités>

C'est ainsi que la loi du 8 août 2016¹⁸⁴ a permis de reconnaître au salarié un droit à la déconnexion et l'idée d'un devoir de déconnexion n'a pas été retenue. L'objectif premier de cette reconnaissance légale est de permettre aux salariés de mieux concilier leurs vies professionnelles et leurs vies personnelles. La garantie d'une négociation dans les entreprises des modalités d'exercice d'un droit à la déconnexion a également pour but de mieux protéger les salariés dont les conditions de travail sont impactées par le développement des outils du numérique, en particulier en cas d'usage intensif.¹⁸⁵

La déconnexion est donc bien un droit qui doit profiter aux salariés qui en sont des créanciers, et non pas un devoir duquel ils seraient débiteurs. Une telle position aurait pour conséquence de s'éloigner de l'esprit de la loi qui comme son nom l'indique vise à instituer de nouvelles libertés, mais surtout de nouvelles protections. Mais en réalité, l'exercice de ce droit ne doit trouver vocation à s'appliquer que lorsque les salariés se connectent avec un sentiment de contrainte.¹⁸⁶ C'est dans cette situation que les salariés vont pouvoir revendiquer le droit et se déconnecter afin de préserver leurs santés, ou le respect de leurs vies personnelles.

Mais, bénéficier d'un droit n'implique pas l'obligation d'invoquer de manière permanente ce droit. Il a en effet été rappelé que certains salariés vivent particulièrement bien le fait de pouvoir se connecter en dehors de leurs temps de présence dans l'entreprise. Obliger les salariés à se déconnecter, et donc transformer ce droit à la déconnexion en un devoir de déconnexion des salariés risque donc d'avoir des effets néfastes sur les salariés qui vivent le numérique comme une opportunité. La transformation de ce droit qui peut être potentiellement invoqué par le salarié en un droit qu'il devrait nécessairement invoqué¹⁸⁷ produirait donc des effets contre-productifs.

¹⁸⁴ Art. 25

¹⁸⁵ Etude d'impact, projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, p. 236

¹⁸⁶ H. LANOUZIERE « De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés », Semaine Sociale Lamy, N°1755, 6 février 2017

¹⁸⁷ Et donc, transformer ce droit en un devoir...

§II – La possible mutation du droit à la déconnexion en un devoir de déconnexion

« Il existe un permis de conduire : alors, le service de formation des entreprises devrait nous concocter un « permis de conduire sur les autoroutes de l'information.¹⁸⁸ » » Concernant l'usage de la messagerie professionnelle, si beaucoup de salariés déplorent d'en être des victimes, il s'avère que beaucoup sont également des bourreaux. Ces derniers doivent prendre conscience que si leur propre organisation leur permet d'envoyer des courriels à 22 heures sans que cela ne les dérange, le collaborateur qui reçoit un courriel à cette heure-là peut être importuné. Cela est d'autant plus préjudiciable si ces pratiques sont récurrentes. Mais, même si chacun communique de manière seulement exceptionnelle tard le soir, ou le week-end, cela peut avoir pour conséquence que le collaborateur sollicité par ses différents collègues le sera finalement de façon continue. Et donc, bien que ce ne soit pas l'esprit du texte qui ne fait que consacrer un droit que le salarié peut revendiquer dès lors qu'il considère que ces connexions hors temps et lieu de travail ont un impact sur sa vie personnelle, ou son temps de repos, ce droit peut parfois muter en un réel devoir de déconnexion. Telle est la position de la CFDT Cadre qui soutient cette position depuis bientôt 20 ans.¹⁸⁹ Ce devoir, concernerait en réalité ces « bourreaux »¹⁹⁰ qui ont un usage abusif des TIC, ayant pour conséquence une dégradation de la santé des différents salariés de l'entreprise. A cela, s'ajoute un effet boule de neige, car les salariés qui reçoivent des courriels nocturnes, peuvent les traiter, cela nécessitant qu'ils envoient à leurs tours des courriels nocturnes... et de victimes ils deviennent eux aussi des bourreaux des TIC, voire d'éthique.

De plus, si le droit à la déconnexion est régulé par l'intermédiaire d'une charte, celle-ci peut éventuellement faire l'objet d'une adjonction au règlement intérieur.¹⁹¹ Dans une telle situation, des salariés pourraient être sanctionnés s'ils ne respectent pas les normes édictées par cette charte. Il est en effet de l'essence même du règlement intérieur d'édicter des règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.¹⁹² Une sanction peut donc intervenir face à un salarié qui travaillerait en dehors de ses heures de travail et qui donnerait donc l'impression d'être plutôt assidu. Cela peut se comprendre notamment concernant les responsables

¹⁸⁸ J-E. RAY « Qualité de vie(s) et travail de demain » Droit Social, février 2015, p.149

¹⁸⁹ J. CHEMIN « Droit à la déconnexion... et le devoir ? », <https://digitalsyndicat.wordpress.com/>

¹⁹⁰ 20% des salariés enverraient 80% des messages électroniques, Voir en ce sens J-E. Ray, « Droit à la déconnexion », Liaisons Sociales, 1er décembre 2016

¹⁹¹ Voir *infra* « 2 – L'éventuelle adjonction de la charte au règlement intérieur »

¹⁹² Article L. 1321-1 du Code du Travail

hiérarchiques, qui malgré leur grade restent bien évidemment des salariés soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Un tel comportement ferait d'eux des « *bourreaux* » auprès des autres salariés, mais ne donnerait pas l'image d'exemplarité quant à l'usage des TIC qu'il est attendu d'eux. Une sanction disciplinaire face à un comportement répétitif de la sorte n'est donc pas choquante, et est même nécessaire.

Toutefois, il ne semble pas très juste d'envisager les mêmes sanctions à l'encontre des salariés qui cèderont à la pression et répondront à un SMS ou à un courriel envoyé en dehors du temps de travail. Rappelons également qu'un tel comportement peut sous certaines circonstances revêtir la qualification de harcèlement moral, et qu'il serait difficile de justifier la sanction du salarié coupable de s'être laissé harceler...¹⁹³ La situation du salarié qui ne se déconnecterait pas pose un dilemme à l'employeur. Car si ce salarié fait preuve de motivation et d'assiduité, il est risqué de laisser cette situation perdurer. En effet, en cas de contentieux, celui-ci pourrait s'avérer très coûteux pour l'employeur notamment si le salarié est victime de problèmes de santé liés au surmenage, au stress. Il revient donc à l'employeur de faire un choix, celui-ci sera éventuellement l'utilisation du pouvoir disciplinaire¹⁹⁴ pouvant même aller jusqu'au licenciement. C'est ainsi que la Cour de cassation a déjà validé des licenciements pour faute grave de cadres venant travailler le dimanche.¹⁹⁵

¹⁹³ M. HAUTEFORT « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », Les cahiers Lamy du DRH n°241, avril 2017

¹⁹⁴ O. BACH « Droit à la déconnexion – comment gérer les salariés résistants ? » FRS 1/17, 22 décembre 2016

¹⁹⁵ Cass. Soc. 26 juin 2012, n° 11-13.24, RJS 10/12 n° 780

Section II – Devoir de déconnexion de l’employeur

Si le législateur n’a pas utilisé expressément l’expression de « *devoir de déconnexion* » de l’employeur il semble que cette idée a tout de même été poursuivie de manière implicite (§I). Des accords collectifs ont quant à eux été plus clairs en ce qu’ils ont expressément prévus un devoir de déconnexion de l’employeur (§II).

§I– L’indirecte codification du devoir de déconnexion reposant sur l’employeur

Cette idée d’un devoir de déconnexion a été suggérée pour la 1^{ère} fois par le Rapport Mettling puis a été assez largement reprise en doctrine (A). Elle n’a pourtant pas été reprise par le législateur qui ne l’a codifiée que de manière indirecte (B). Une consécration légale claire aurait pourtant eu des effets bénéfiques (C). L’employeur devra malgré ces incertitudes mettre en place un devoir de déconnexion qui fait preuve d’une certaine hétérogénéité (D).

A – Une suggestion de l’illustre « *Rapport Mettling* »¹⁹⁶

Le rapport de Bruno Mettling, ancien DRH d’orange a vivement inspiré le législateur lors des débats¹⁹⁷ sur la loi qui a consacré le droit à la déconnexion. Pourtant, si le rapport a été suivi sur le droit à la déconnexion, tel n’a pas été le cas du devoir de déconnexion qui était pourtant l’une des propositions¹⁹⁸ avancée. La volonté affichée était de « *compléter le droit à la déconnexion par un devoir de déconnexion* ». Il était d’ailleurs précisé qu’il ne s’agissait pas de substituer le devoir de déconnexion au droit à la déconnexion, mais bien de le compléter afin de le rendre le plus effectif possible.¹⁹⁹ Il est également rappelé à ce titre que pour apprendre à se déconnecter, le salarié doit être soutenu par l’entreprise qui a dès lors le devoir de mettre à sa disposition les formations et les outils nécessaires.

¹⁹⁶ B. METTLING « Transformation numérique et vie au travail »

¹⁹⁷ Il a été cité des dizaines de fois au cours des débats, Voir en ce sens C. SIRUGUE, Rapport du 7 avril 2016, Sénat.fr

¹⁹⁸ Rapport préc. « Préconisation n°19 », p. 52

¹⁹⁹ *Ibid.*

B – L'implicite codification d'un devoir de déconnexion

Inspirés par le rapport Mettling,²⁰⁰ des amendements aspirant à compléter le droit à la déconnexion par un devoir de déconnexion ont été proposés.²⁰¹ Tout d'abord, un amendement²⁰² visant à enrichir le dispositif de droit à la déconnexion qui serait complété par un « *devoir de déconnexion* », correspondant à la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'usage des outils numériques. Il précise que pour être effectif, le droit à la déconnexion du salarié doit s'accompagner de l'appropriation par les acteurs de l'entreprise d'une régulation volontariste et partagée de l'usage des outils numériques. Il s'agit donc d'aller au-delà des seuls dispositifs techniques de déconnexion mis en place par l'entreprise qui peuvent toujours être contournés. Ensuite, cet amendement est complété par une proposition quasiment similaire du député Gérard Sebaoun,²⁰³ celle-ci préconise d'assurer un équilibre entre l'exercice du droit à la déconnexion et le devoir de déconnexion et renvoie à la négociation collective le soin de définir les modalités de cet équilibre.

Or, Monsieur Sebaoun décidait de retirer son amendement suite à des contestations au motif qu'il proposait d'inscrire dans la loi un « *devoir de déconnexion* » sans pour autant en proposer une définition précise. C'est pourquoi il a plutôt été inscrit dans la loi « *la mise en place, par l'entreprise, de dispositifs de régulation* » éléments plus faciles à identifier tout en poursuivant le même objectif que le devoir de déconnexion. L'éventualité d'inscrire dans la loi un devoir de déconnexion de l'employeur n'a malheureusement pas été plus débattue que cela. Ce retrait de l'amendement au motif que le devoir de déconnexion ne répond à aucune définition précise n'est pas satisfaisant car il convient de rappeler que le droit à la déconnexion n'a pas non plus fait l'objet d'une définition précise et a pourtant été introduit dans la loi.

C – Les effets positifs en cas de codification explicite

Il ressort assez clairement des débats parlementaires que le devoir de déconnexion est quelque chose de positif qui mériterait d'être inscrit dans la loi. Cela n'a pas été fait pour des raisons de clarté, le législateur préférant orienter de la manière la plus précise possible

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Rapport n°3675 de M. Christophe SIRUGUE, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 7 avril 2016, sous l'art. 25

²⁰² Amendement AS1017 du rapporteur

²⁰³ Amendement AS337 de M. Gérard Sebaoun

les employeurs en préconisant la mise en place, par l'entreprise, de dispositifs de régulation permettant aux salariés de pouvoir exercer pleinement leurs droits à la déconnexion. L'esprit de la loi est donc à travers cette formule de conférer un devoir, et il nous paraît dès lors probable mais aussi souhaitable que l'idée d'un « *devoir de déconnexion* » soit consacrée légalement dans les années à venir. Cela permettrait de renforcer l'effectivité du droit à la déconnexion qui semble assez légère²⁰⁴ notamment du fait de l'absence de pénalité en cas de non-respect des obligations de l'employeur.²⁰⁵

Toutefois, si l'idée nous convainc, la formulation nous semble floue, voire trompeuse. A première vue, cette expression manque de clarté puisqu'elle peut amener à plusieurs interprétations divergentes, et peut par exemple laisser entendre que c'est à l'employeur qu'il incomberait un devoir de se déconnecter ? Cela n'a pas vraiment de sens, mais c'est pourtant ce qu'il semble ressortir de l'expression précitée. La formulation suivante aurait été plus intelligible :

« *La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur :*

*7° Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion **corroboré par le devoir de l'employeur de mettre en œuvre les moyens et dispositifs nécessaires le permettant**, en vue d'assurer le respect des temps de repos.... »*

D – L'hétérogénéité dans la mise en place du devoir de déconnexion

Dans l'état actuel des choses, si la notion d'un devoir incombant à l'employeur n'est pas inscrite dans les textes, il semble malgré tout que ce devoir s'impose à l'employeur. Cela est fondé notamment sur l'obligation de sécurité de l'employeur²⁰⁶ qui veut que dans certaines situations l'employeur impose au salarié la déconnexion, même si celui-ci est réfractaire. Ce qui peut être comparable aux dispositions de l'article L. 1225-29 du Code du Travail qui instaure une protection de la salariée en période de maternité, et le texte formule explicitement des interdictions pour la salariée de venir travailler sur une certaine période, et ce, même si la

²⁰⁴ T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », Les Petites affiches, 1^{er} mars 2017, p.6

²⁰⁵ M. LECOT « Le droit à la déconnexion : mythe ou réalité ? », <http://village-justice.com>, 20 mars 2017

²⁰⁶ Article L. 4121-1 du Code du Travail

salariée souhaite venir travailler rapidement après avoir accouché.²⁰⁷ Concernant la déconnexion, la règle doit être plus souple et ne pas interdire clairement toutes connexions en dehors du temps de travail. Mais cette rigidité sera conseillée à l'employeur face à un salarié résistant qui se connecterait de manière fréquente et prolongée en dehors de son temps de travail et qui refuserait de baisser la cadence. Dans une telle situation, il appartient bien à l'employeur d'intervenir, même si cela va à l'encontre de la volonté du salarié.

Pour mettre en œuvre ce devoir, l'employeur doit donc opérer un suivi régulier des connexions professionnelles hors temps de travail afin de prendre conscience d'éventuelles situations à risque. Il doit par ailleurs s'assurer que la charge de travail et les échéances ne rendent pas impossible pour le salarié l'exercice de son droit à la déconnexion.²⁰⁸ Est laissé libre à l'employeur le choix des dispositifs qu'il souhaite mettre en place, qui peuvent donc être divers et variés selon la culture ou l'organisation de l'entreprise, dès lors que ceux-ci permettent aux salariés d'exercer pleinement leur droit à la déconnexion. Dès lors, les salariés qui le souhaitent pourront occasionnellement se connecter en dehors du temps de travail, car rappelons que cela peut être vécu comme une opportunité.²⁰⁹ Pour les autres, ils appliqueront leur droit à la déconnexion.

§II – L'explicite devoir de déconnexion dans certains accords collectifs

Si le devoir de déconnexion n'est évoqué que de manière implicite²¹⁰ et n'est donc jamais cité par le Code du Travail, certains accords d'entreprises ont été plus explicites. Ces accords audacieux ont d'ailleurs pour beaucoup été conclus avant la Loi Travail, et donc avant la codification ne serait-ce que du droit à la déconnexion. Tel est le cas de l'accord de branche qui a été signé le 1er avril 2014, entre le Syntec, le Cinov²¹¹, la CFDT et la CFE-CGC sur le thème de la durée du travail qui reconnaît une « *obligation de déconnexion des outils de communication à distance* » dans le but de garantir aux salariés le respect des durées

²⁰⁷ C. MATHIEU « Le droit à la déconnexion : une chimère ? » RDT, octobre 2016, p.594

²⁰⁸ M.-B. BOURGEOIS, L. TOURANCHET, X. ALAS-LUQUETAS « Le droit à la déconnexion », JCP Social, La Semaine Juridique, 20 juin 2017

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Voir *infra* « 2/ L'implicite codification d'un devoir de déconnexion »

²¹¹ Fédération des syndicats des métiers de la prestation intellectuelle, du Conseil, de l'Ingénierie et du Numérique

minimales de repos.²¹² Pour ce faire, l'accord prévoit une obligation de mise en œuvre d'un outil de suivi du droit à la déconnexion par l'employeur. Et donc, cet accord permet de dissuader les salariés de se connecter hors de leurs temps de travail en ce qu'il prévoit une obligation de déconnexion. Outre-Rhin, c'est Volkswagen qui a également mis en place un dispositif contraignant les salariés à se déconnecter en dehors des heures de travail, et ce, par l'intermédiaire d'un dispositif de mise en veille des serveurs entre 18 heures 15 et 7 heures le lendemain matin. Cette mesure concernait les smartphones professionnels de plus de 1000 salariés.

Ces accords ne sont, à notre sens, pas pleinement satisfaisants,²¹³ ni même en adéquation avec ce qu'il faut comprendre par « *devoir de déconnexion* ». Il semble que le devoir de déconnexion ne doit pas se comprendre comme l'obligation de l'employeur de forcer ses salariés à se déconnecter en permanence en dehors de leurs heures de travail. Le devoir qui pèse sur l'employeur c'est plutôt celui de mettre en place les outils de régulation nécessaire permettant au salarié d'exercer pleinement son droit à la déconnexion. La différence est importante car le devoir de déconnexion ainsi appréhendé n'oblige pas l'employeur à mettre en place des mesures qui contraignent les salariés à se déconnecter. Ces accords sont toutefois bien évidemment valables d'un point de vue juridique, ils vont simplement plus loin que ce qui est prévu par la loi. Ils ont de toute façon été conclus avant la Loi Travail et n'ont donc pas pu prendre en compte ce qu'elle préconise. Finalement, l'intérêt de tels accords est, malgré les critiques, double. Il permet d'une part de donner l'impression au salarié de ne pas être victime d'une laisse électronique, mais également d'autre part de contrer les manœuvres rares mais existantes de salarié envoyant des courriels tard le soir dans la perspective d'un contentieux futur.²¹⁴

Section III – La déconnexion : coresponsabilité du salarié et de l'employeur

Bien que l'accent ait été mis sur le seul salarié en lui conférant expressément un droit à la déconnexion, il ne serait pas judicieux de faire peser sur les seules épaules du salarié l'effectivité de ce droit. La responsabilité doit être partagée entre l'entreprise qui doit veiller à

²¹² Voir notamment la directive 2003/88CE qui fixe la durée minimale journalière de repos à onze heures

²¹³ Voir *infra* « §2 : Les dispositifs contraignants »

²¹⁴ G. LOISEAU « La déconnexion », Droit Social 2017, p.464

ce que la charge de travail ne soit pas trop élevée, et le salarié qui doit se déconnecter en dehors de son temps de travail.

La mise en place de la déconnexion au sein de l'entreprise fait donc preuve d'une importante ambivalence²¹⁵ puisqu'il s'agit d'une part d'un droit pour les salariés au respect de leur vie personnelle et familiale, et d'autre part d'un devoir de l'employeur s'agissant de respecter les temps de repos minimum du salarié. Mais même avant l'entrée du droit à la déconnexion dans la loi, cette coresponsabilité était déjà ancrée dans le Code du Travail. En effet, si l'article L. 4121-1 du Code du Travail impose à l'employeur l'obligation d'assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, le salarié a lui aussi son rôle à jouer puisqu'il « *incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail.* »²¹⁶ L'entreprise devra donc établir des règles générales pouvant aller jusqu'à interdire les connexions hors du temps de travail, dont les entorses seront possibles pour certains salariés ne souhaitant pas revendiquer de manière permanente leurs droits à la déconnexion. La déconnexion n'est donc pas un principe figé,²¹⁷ il faut qu'elle soit mise en place de manière flexible de façon à ce que chaque salarié puisse profiter au maximum des effets positifs du numérique, et sans qu'aucun n'en soit victime. La frontière est assez mince et différente selon chaque salarié, mais est importante à trouver.

Cette nécessité d'associer l'entreprise et le salarié dans la mise en œuvre de la déconnexion était déjà envisagée par Bruno Mettling en 2015.²¹⁸ Il précisait que savoir se déconnecter est une compétence qui se construit à un niveau individuel et qui doit être soutenue par l'entreprise par l'intermédiaire de chartes, de mise en place de formations ou d'actions de sensibilisation. Le constat était à l'époque assez alarmant puisque 72%²¹⁹ des cadres travaillaient dans des entreprises qui n'avaient pris aucune de ces mesures. Il sera intéressant d'étudier l'impact de la Loi Travail qui devrait inverser cette tendance puisque le droit à la déconnexion, dont l'employeur est coresponsable, concerne une grande majorité des entreprises.²²⁰

²¹⁵ G. LOISEAU « La déconnexion », Droit Social 2017, p.464

²¹⁶ Article L. 4122-1 du Code du Travail

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Rapport précité p.19 à 21

²¹⁹ F. JAUREGUIBERRY, « Déconnexion volontaire aux TIC » 2013

²²⁰ Les entreprises assujetties aux NAO et/ ou celles dans lesquelles des salariés sont en convention de forfaits en jours

Section IV – Les seuls outils juridiques insuffisants à garantir le droit à la déconnexion

Si les seuls outils juridiques ne permettent pas de garantir avec certitude une déconnexion des salariés (§I), cela est compensé avec une politique managériale en faveur de la déconnexion, un changement de culture etc. (§II)

§I – L’insuffisance des seuls outils juridiques

L’employeur qui déciderait de couper les serveurs sans mettre en place d’autres dispositifs pensant éviter tous problèmes liés à la déconnexion pourrait avoir des surprises. En effet, une telle méthode peut toujours être contournée et ne permet pas d’assurer avec certitude la déconnexion.²²¹ De telles règles juridiques seraient donc inefficaces²²² puisque la fermeture du serveur n’empêcherait pas le salarié d’utiliser le week-end ou le soir un disque dur qu’il aurait rempli au cours de sa journée de travail. Cela n’empêche également pas vos collègues, voire parfois vos clients ou fournisseurs qui peuvent avoir votre numéro de téléphone personnel de pouvoir également vous appeler en dehors de vos horaires de travail. De plus, ne pas être en ligne ne signifie pas forcément être déconnecté, par exemple concernant le travail intellectuel ayant le don de l’ubiquité,²²³ la déconnexion technique ne signifierait dans cette situation pas une situation de non-travail.

Toutefois, si la fermeture des serveurs le week-end et les soirs ne signifie pas avec certitude déconnexion totale de tous les salariés, celle-ci a malgré tout le mérite de couvrir l’employeur en cas de contentieux qui aura alors un argument de taille s’il lui est reproché de ne pas avoir permis à ses salariés d’exercer leur droit à la déconnexion.

§II – Faire face à cette insuffisance

Le droit à la déconnexion est un sujet au carrefour de nombreuses disciplines. Juridique évidemment, mais également managériale, culturelle, sociologique ou encore rattaché à la gestion des ressources humaines. Il est donc nécessaire de combiner les forces de ces

²²¹ C. SIRUGUE « Assemblée Nationale, Rapport du 7 avril 2016 », sous l’art. 25

²²² J-E. RAY « Actualité des TIC, tous connectés, partout, tout le temps ? » Droit Social, 2015, p.520

²²³ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social, 2016, p.916

différentes disciplines afin de maximiser les chances de permettre le meilleur exercice possible du droit à la déconnexion. Cela peut par exemple commencer par des actions de sensibilisation, telles que de promouvoir l'exemplarité des managers²²⁴ qui est un signal fort de la crédibilité de la démarche.²²⁵ Le collaborateur qui constate que son manager n'est jamais connecté en dehors de son temps de travail ne se sentira donc pas obligé d'être connecté. Mais aussi, cela réduit grandement les risques d'être sollicité par son manager hors temps de travail. Ce dispositif est donc à promouvoir.

D'un point de vue personnel, et donc plus proche de la psychologie ou de la sociologie, savoir se déconnecter est une faculté qui sera plus ou moins facilement mise en œuvre selon l'âge, le tempérament, l'organisation des salariés.²²⁶ Les individus ont chacun une perception différentes vis-à-vis du courriel, puisque pour certains en recevoir beaucoup est signe d'importance, et celui qui en recevrait peu plaiderait le harcèlement moral, la mise au placard.²²⁷ De plus, la déconnexion doit être non seulement verticale-descendante, mais aussi horizontale concernant les courriels de nos propres collègues. Pour aider au maximum les salariés qui sont en difficulté pour se déconnecter, l'entreprise doit changer sa politique managériale et lutter contre les dérives de « *l'infobésité* », de la fonction « *répondre à tous* », « *pour information* ». Ces comportements ont pour conséquence pour le salarié lui-même de compliquer la mise en œuvre de son propre droit à la déconnexion car « *qui sème le courriel, récolte le courriel* ». ²²⁸

Il faut également privilégier le contact humain aux courriels en interne, ou encore séparer le téléphone personnel du téléphone professionnel.²²⁹ Nombre de ces mesures concernent une déconnexion pendant le temps de travail car il est bénéfique de savoir se déconnecter même au bureau.²³⁰ A défaut, de nombreuses décisions essentielles sont prises lors de comités de direction alors que si tous les participants sont physiquement présents, leurs esprits s'égarer fréquemment dans le traitement de différents courriels. Cette déconnexion au temps de travail a d'ailleurs été appréhendée par différents accords

²²⁴ B. METTLING, rapport préc., p.52

²²⁵ ORSE « Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises »

²²⁶ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social 2016, p.916

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ « Déconnexion : plus qu'un droit, un devoir partagé ! » Dalloz Actualité, 18 janvier 2017

²³⁰ J-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social 2016, p.915

collectifs.²³¹ Au-delà des seuls aspects juridiques c'est donc un réel changement de culture qui doit être opéré afin de combattre le présentisme physique comme numérique.²³²

²³¹ Accord Orange du 27 septembre 2016, Charte Solvay de février 2016

²³² H. GUYOT « L'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique », JCP, La Semaine Juridique Sociale, 20 septembre 2016

CHAPITRE II – UN DISPOSITIF CONTRAIGNANT DE MANIÈRE INDIRECTE

Imaginons la situation suivante. Un salarié est depuis plusieurs années fréquemment sollicité par son employeur, ses managers, ses collègues, sa charge de travail est trop importante. Il a donc, contre son gré, pris l'habitude de traiter une partie de ses missions en dehors de son temps de travail. En cas de contentieux, il pourrait invoquer de nombreux fondements, dont certains seraient particulièrement onéreux pour l'employeur.

Ce salarié pourrait ainsi invoquer le non-respect des obligations générales relatives à l'exécution du contrat de travail (Section I), mais aussi prendre l'initiative de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur (Section II). Une telle situation aurait éventuellement des conséquences sur la santé du salarié (Section III) et sur les dispositions encadrant la durée du travail (Section IV). Nous pouvons même nous demander si une action en dommages et intérêts fondée directement sur le non-respect du droit à la déconnexion pourrait être envisageable ? (Section V).

Section I – Le respect des obligations générales relatives à l'exécution du contrat de travail

L'employeur doit respecter le principe général d'exécution de bonne foi du contrat de travail (§I), mais également permettre de limiter les atteintes à la vie personnelle et familiale du salarié (§II).

§I – L'exécution de bonne foi du contrat de travail

Le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi par le salarié, comme par l'employeur.²³³ Cette obligation se déclinera pour l'employeur par la nécessité de fournir du travail, verser le salaire et s'assurer de la sécurité du salarié. Il doit notamment permettre aux salariés d'exécuter leur contrat de travail dans les meilleures conditions possibles en prenant en considération leurs intérêts ou, du moins, en évitant de leurs causer un préjudice. Pour le

²³³ Article L. 1222-1 du Code du Travail

salarié, l'exécution de bonne foi consiste à respecter les ordres et directives, ne pas concurrencer l'employeur, ni divulguer d'informations confidentielles.²³⁴ Plus largement, la bonne foi est définie comme « *la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques* ». ²³⁵ L'employeur qui ne serait pas parvenu à la conclusion d'un accord dans le cadre des NAO et qui n'aurait pas non plus daigné établir une charte permettant d'encadrer le droit à la déconnexion risquerait alors logiquement de voir sa mauvaise foi contractuelle engagée.²³⁶

Ainsi, cette exécution déloyale du contrat de travail peut entraîner la condamnation pécuniaire de l'employeur²³⁷ et permet ainsi de compenser l'absence de pénalité en cas d'omission de l'élaboration d'une charte. Si dans cette situation les condamnations se multipliaient sur le fondement de l'exécution déloyale du contrat de travail, les critiques dénonçant un texte peu contraignant pour l'employeur serait démenties car il existerait une menace de condamnation en cas de contentieux comblant l'absence de pénalité. Nous pouvons imaginer qu'en cas de contentieux, les sommes allouées aux salariés seront plus importantes que la simple pénalité qui aurait été prévue.

§II – Respect de la vie personnelle et familiale du salarié

L'article L. 2242-8, 7° du Code du Travail prévoit expressément que l'employeur doit mettre en place les dispositifs permettant au salarié d'exercer pleinement son droit à la déconnexion afin, notamment, de préserver sa vie personnelle et familiale. Cette obligation pour l'employeur de tenir compte des exigences familiales du salarié existe dans la loi depuis fort longtemps.²³⁸ Tel est par exemple le cas en matière de priorité dans prise des congés payés,²³⁹ ou encore lors de l'établissement de l'ordre des licenciements en cas de licenciement pour motif économique.²⁴⁰ Concernant la jurisprudence, ce sont fréquemment des contentieux

²³⁴ L. DAUXERRE, « Synthèse – Exécution du contrat de travail », JCI Travail Traité

²³⁵ Lexique des termes juridiques, 2016, Dalloz

²³⁶ C. MORAND, « Focus – Le droit à la déconnexion », ANDRH Rhône, Mai 2017

²³⁷ Cass. Soc., 9 novembre 2010, n°09-67.179, Obs. Les Cahiers Sociaux, 01/01/2011, n° 226, page 12

²³⁸ Lamy Social 2017 « Respect des exigences de la vie personnelle et familiale – Droit à la déconnexion »

²³⁹ Article L. 3141-14 du Code du Travail qui permet aux conjoints et aux partenaires travaillant dans la même entreprise de bénéficier d'un droit à congé simultané

²⁴⁰ Article L. 1233-5 du Code du Travail

liés à l'application de clauses de mobilités,²⁴¹ ou alors des changements d'horaires²⁴² dans lesquels les salariés opposent un refus au motif que ces changements entraveraient leurs vies personnelle et familiale.

Dans une situation d'hyper-connectivité, afin de vérifier si l'employeur a permis le respect de la vie personnelle et familiale des salariés, il convient de raisonner en plusieurs temps.²⁴³

Tout d'abord, il faut constater qu'il existe une situation à risque pour le salarié susceptible de compromettre sa vie personnelle et familiale. Cette situation est claire lorsque nous sommes en situation d'une mutation géographique et débute nécessairement par l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Elle est toutefois plus subtile dans le cadre du droit à la déconnexion car si elle peut naître d'une action positive de l'employeur qui solliciterait fréquemment un salarié en dehors de son temps de travail, elle peut également provenir d'une inaction de l'employeur dans la mise en place de dispositifs permettant au salarié d'exercer pleinement son droit à la déconnexion. Cette situation est d'autant plus subtile que dans le cas d'une mutation géographique c'est un fait unique qui devra être apprécié comme étant, ou non proportionné. Dans le cadre du droit à la déconnexion, ce serait une multitude de faits, de connexions hors du temps de travail par exemple, qui seront prises ensembles afin d'analyser si la vie personnelle et familiale du salarié a été dégradée.

Ensuite, le débat se portera sur la caractérisation d'une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié. Cela concernera par exemple la nécessité pour un salarié de s'occuper de ses enfants handicapés qui peut s'avérer donc particulièrement chronophage, mais aussi le fait de s'occuper seul de ses enfants et donc de ne pas pouvoir compter sur l'aide d'un compagnon pour cela. La situation est donc propre aux caractéristiques entourant chaque individu et doit dès lors être appréciée au cas par cas. C'est à la lumière des particularités de chacun que doit s'appliquer le principe de proportionnalité prévu à l'article L. 1121-1 du Code du Travail qui prévoit que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

²⁴¹ Cass. Soc., 14 octobre 2008, n° 07-40.523, RDT 2008, p. 731, obs. G. Auzero ; D. 2008, AJ, p. 2672, obs. A. Fabre

²⁴² Cass. Soc., 3 novembre 2011, n°10-14.702, RJS 01/12 - 01/12/2011

²⁴³ A. FABRE « Pouvoir de direction de l'employeur et vie personnelle et familiale du salarié : une valse à trois temps » Les Cahiers Sociaux, 1^{er} janvier 2014, n°259

Les connexions ponctuelles hors temps de travail ne remettent pas nécessairement en cause l'équilibre de la vie personnelle et familiale des salariés mais celles-ci ne doivent pas dégénérer en abus. Lorsque de telles connexions se font trop fréquentes, le risque est élevé pour la vie familiale du salarié et l'employeur doit donc intervenir. Cette situation peut sinon devenir très onéreuse pour l'employeur, tel est le cas de cette salariée qui avait envoyé un courrier alarmant dans les termes suivants « *je n'ai pas reculé et ai multiplié les heures supplémentaires, au mépris de ma vie familiale et de ma santé. Je l'ai fait par conscience professionnelle, jusqu'à l'épuisement...* ». ²⁴⁴ Elle sera finalement indemnisée par le versement de plusieurs centaines de milliers d'euros. ²⁴⁵

Finalement, le salarié pourra invoquer une atteinte au respect de sa vie personnelle et familiale dans deux situations. Tout d'abord, celle dans laquelle l'employeur demande expressément à son salarié de se connecter fréquemment en dehors de son temps de travail, peu importent les raisons. Non seulement, le salarié n'a pas l'obligation de répondre à de telles sollicitations de son employeur, mais si ces dernières ont pour conséquence une atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié, celle-ci pourra être indemnisée en conséquence. Puis, dans l'hypothèse où l'employeur ne sollicite pas directement son salarié, mais n'a pas non plus mis en place de dispositifs permettant de limiter les connexions du salarié, une action est à notre sens possible dès lors que cette omission porte atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié. Car, comme nous l'évoquons, ²⁴⁶ si l'expression de « *devoir de déconnexion* » n'a pas été expressément codifiée, il incombe malgré cela à l'employeur de mettre en place des dispositifs permettant au salarié le plein exercice de son droit à la déconnexion. Si l'employeur ne le fait pas, et que la charge de travail du salarié entraîne pour lui la nécessité de se connecter en dehors de ses heures de travail au mépris de sa vie personnelle et familiale, alors le salarié sera fondé à en demander réparation.

Mais comme nous le rappelions, l'appréciation de l'atteinte portée à la vie personnelle et familiale du salarié est très casuistique. En effet, des connexions hors du temps de travail peuvent paradoxalement être bénéfiques pour la vie personnelle et familiale du salarié. Par exemple, le salarié disposant d'une autonomie importante dans l'organisation de sa journée

²⁴⁴ CA Angers, 28 mai 2013, n°11/00088

²⁴⁵ Le montant de cette indemnisation s'explique par les différents griefs qui ont entraînés une indemnisation, notamment le paiement de nombreuses heures supplémentaires. Il ne correspond bien sûr pas au seul préjudice réparant l'atteinte causée à la vie personnelle et familiale.

²⁴⁶ Voir infra « Section II – Devoir de déconnexion de l'employeur »

de travail peut quitter plus tôt son travail pour aller chercher sa fille à l'école, ce qu'il compensera par l'envoi de courriels à son domicile, ou ailleurs, le soir.²⁴⁷

Section II – La rupture du contrat à l'initiative du salarié

L'employeur qui omettrait de mettre en place des dispositifs organisant le droit à la déconnexion, ou si ceux-ci s'avéraient être insuffisants de telle sorte qu'un salarié soit contraint de se connecter trop fréquemment en dehors de son temps de travail pourrait justifier soit une prise d'acte (§I), soit une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail (§II).

§I – Prise d'acte

Ce mode de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié consistait auparavant en un « *autolicensing* »²⁴⁸ du salarié, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié s'analysant nécessairement en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.²⁴⁹ Cette situation, source de nombreuses incertitudes juridiques ne pouvait perdurer. C'est ainsi qu'en 2003 la Cour de Cassation²⁵⁰ opérait un remarquable revirement jurisprudentiel et posait les bases de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. La prise d'acte était dès lors définie comme le mode de rupture à l'initiative du salarié qui invoquerait des manquements suffisamment graves à l'encontre de son employeur.²⁵¹ La Cour de Cassation a durcie sa position en 2014 précisant que ces manquements suffisamment graves doivent rendre impossible la poursuite du contrat de travail.²⁵² La rupture ainsi consommée produira, après saisine du Conseil de Prud'hommes, soit les effets d'une démission si les griefs invoqués ne sont pas suffisamment graves, soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

²⁴⁷ J-E. RAY « Qualité de vie(s) et travail de demain », Droit Social, 2015, p.149. Il est évoqué la vie rêvée du cadre TIC qui peut organiser comme il le souhaite sa journée. Cette situation concerne particulièrement les nouvelles formes de travail, comme par exemple le télétravail qui relève d'un régime particulier.

²⁴⁸ B. BALLOUHEY-MC QUEEN, « De l'autolicensing à la démission pour cause réelle et sérieuse » JSL 2003, n° 135-1

²⁴⁹ L. DRAI « Prise d'acte de la rupture du contrat de travail » JCI Travail Traité, 22 juillet 2013

²⁵⁰ Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578 ; D. 2003, p. 2396, note J. PELISSIER ; RJS 2003, p. 647, note J.-Y. FROUIN ; GAD trav. 2007, n° 83

²⁵¹ Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 03-45.018, Obs. F.-J. PANSIER « Qualification de la prise d'acte de la rupture », Les Cahiers Sociaux, 1^{er} avril 2005

²⁵² Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634 ; JCP S 2014, 1302, note F. DUMONT

Une prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse dans de nombreux cas divers et variés, dès lors que ceux-ci constituent des manquements suffisamment graves de l'employeur rendant impossible la poursuite du contrat de travail. A propos du droit à la déconnexion, ces manquements peuvent être multiples.

Par exemple, la prise d'acte du salarié produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur ne lui a pas permis de bénéficier de son repos hebdomadaire minimum.²⁵³

Mais encore, le manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur va presque systématiquement justifier la prise d'acte dès lors qu'il est avéré. Certains auteurs ont même qualifiés ce phénomène de « *dérive* »²⁵⁴ de la chambre sociale puisque nous assistons à une « *surprenante* »²⁵⁵ caractérisation automatique de manquement grave justifiant la prise d'acte en cas de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat. Sera ainsi justifiée la prise d'acte de la salariée qui se voyait imposer des horaires de travail importants ne permettant plus de disposer du repos légal hebdomadaire au cours de 5 semaines différentes ce qui avait pour conséquence de compromettre son état de santé.²⁵⁶

Enfin, lorsqu'il ne s'agit pas d'un fait isolé, ni pour des sommes dérisoires, le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail lorsque l'employeur ne rémunère pas ses heures supplémentaires.²⁵⁷ Le salarié était en l'espèce créancier de la somme de 3 180 € à ce titre. Les connexions hors du temps et du lieu de travail sont sous certaines conditions des heures supplémentaires.²⁵⁸

§II – Résiliation judiciaire

Le salarié peut engager une action en résiliation judiciaire en cas de l'existence d'un manquement de l'employeur « *suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de travail* ».²⁵⁹ Contrairement à la prise d'acte précédemment évoquée, le salarié reste au service de l'employeur le temps de l'action en résiliation judiciaire, puisque sa prise d'effet ne peut être

²⁵³ Cass. Soc., 7 octobre 2005, n° 01-44.635 – Jurisprudence Sociale Lamy, N° 134, 25 novembre 2003

²⁵⁴ ²⁵⁴ J.-E. RAY « Dix ans plus tard, que reste-t-il de l'auto-licenciement ? » Les Cahiers Sociaux, Dossier « Les dix ans de la prise d'acte »

²⁵⁵ J. ICARD « Prise d'acte de la rupture en cas de manquement à l'obligation de sécurité », Les Cahiers Sociaux, 1^{er} avril 2013

²⁵⁶ Cass. soc., 28 mai 2013, n°12-12.862, LSQ. 2 juillet 2013

²⁵⁷ Cass. soc., 25 janv. 2017, n°15-22.582, EFL « Une semaine de jurisprudence sociale à la Cour de cassation », 3 février 2017

²⁵⁸ Voir supra « A - Heures supplémentaires »

²⁵⁹ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, note F. Dumont, JCP S 2014, 1302,

fixée qu'à la date de la décision judiciaire la prononçant.²⁶⁰ L'employeur peut donc vider de sa substance l'action engagée par le salarié en régularisant les fautes qu'il aurait commises.²⁶¹ Or, il sera difficile à l'employeur de faire annuler rétroactivement les trop nombreuses connexions hors du temps de travail de son salarié. L'employeur ne peut dans cette situation que régulariser la situation pour l'avenir ce qui n'est pas suffisant à réparer les conséquences d'une sur-connexion et donc à rendre inefficace l'action du salarié.

Le raisonnement sera similaire à celui adopté pour la prise d'acte de la rupture du contrat, c'est-à-dire que concernant une situation dans laquelle le droit à la déconnexion ne serait pas respecté, les fondements à une résiliation judiciaire du contrat de travail seraient nombreux. Sera ainsi fondée, la résiliation judiciaire en raison de plusieurs violations des dispositions relative au repos minimum quotidien du salarié.²⁶² Mais également, la résiliation judiciaire au motif que l'employeur n'avait pas réglé les heures supplémentaires effectuées par la salariée, en l'espèce, plus de 6 000 €. ²⁶³ Enfin, le juge peut résilier le contrat de travail en cas de manquement à l'employeur à son obligation de sécurité de résultat. En l'espèce, il s'agissait d'une salariée secrétaire d'un cabinet d'avocats qui était victime d'une dépression nerveuse en raison de l'ambiance de travail, mais aussi sur de la surcharge de travail, cette dernière « *effectuait des heures supplémentaires non comptabilisées, était particulièrement disponible et investie par son travail.* »²⁶⁴

Section III – Les conséquences sur la santé des salariés

« *Il n'est aujourd'hui pas contestable que les employeurs aient à prendre conscience de ce lien de parenté fort entre TIC et RPS. À n'en pas doute, en agissant sur les premiers, ils agiront, au moins partiellement, sur les seconds.* »²⁶⁵ L'avènement du numérique, s'il peut s'avérer bénéfique, présente aussi certains risques. D'un point de vue juridique, l'employeur doit assurer une obligation de sécurité de ses salariés (§I), afin d'éviter les *Burn-out* (§II), des

²⁶⁰ Cass. soc., 11 janvier 2007, n°05-40626, Obs. C. CHARBONNEAU, Les Cahiers Sociaux, 1^{er} mai 2007

²⁶¹ Cass. soc., 29 janvier 2014, n°12-24.951, Obs. A. SARFATI, <http://village-justice.com>, 18 novembre 2014

²⁶² Arrêt préc. Cass. soc., 26 mars 2014

²⁶³ Cass. soc., 20 octobre 2010, n°08-70.433, Note F. DUMONT, La Semaine Juridique Social, 25 janvier 2011

²⁶⁴ Cass. soc., 8 juin 2017, n°16-10.458

²⁶⁵ S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, n°48, 26 novembre 2013

situations de harcèlement moral (§III), de RPS (§IV) ou encore que sa faute inexcusable soit engagée dans une action en reconnaissance d'AT ou de MP (§V).

§I – Obligation de sécurité

L'employeur a l'obligation de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés. Dans une série d'arrêts rendus en 2002²⁶⁶ à propos de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur après une maladie professionnelle, la Cour de cassation érigeait cette obligation de sécurité en obligation de résultat.²⁶⁷ La jurisprudence a toutefois légèrement infléchi sa jurisprudence par l'arrêt « *Air France* »²⁶⁸ et considère désormais que l'employeur justifiant avoir pris toutes les mesures imposées par le Code du travail en matière de sécurité ne peut pas être condamné pour manquement à son obligation de protéger la santé des salariés. Cet arrêt confirme l'infléchissement amorcé par les arrêts « *Fnac* »²⁶⁹ et « *Areva* »²⁷⁰ et permet de soumettre l'employeur non plus à une obligation de sécurité de résultat, mais à une obligation de sécurité de moyen renforcée. Attention, cela reste donc une obligation assez contraignante. Le fait de laisser les salariés s'autogérer,²⁷¹ même si ceux-ci disposent d'une autonomie importante, peut rester alors condamnable.²⁷²

Afin de s'exonérer de toute responsabilité sur le fondement de son obligation de sécurité l'employeur doit en amont prendre toutes les mesures de préventions prévues par les articles L. 4121-1²⁷³ et L. 4121-2²⁷⁴ du Code du Travail. De plus, l'employeur doit détecter tous les risques potentiels au sein de l'entreprise, notamment liés à l'hyper-connexion, et les retranscrire dans le document unique, au moins une fois par an.²⁷⁵ Ce document participe à la

²⁶⁶ Cass. soc., 28 février 2002, n°00-10.051, n°99-18.389 ; JCP G 2003, I, 104, P. SARGOS

²⁶⁷ Mémento Social 2017, Série P – Hygiène et Sécurité

²⁶⁸ Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-24.444 ; Obs. « Vers la fin de l'obligation de sécurité de résultat ? » EFL

²⁶⁹ Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, M. BABIN « L'obligation de sécurité de résultat nouvelle approche », Semaine Juridique Social

²⁷⁰ Cass. soc., 22 octobre 2015, n° 14-20.173, BS 1/16 - 01/12/2015

²⁷¹ O. BACH « Colloque – Un droit à la déconnexion pour garantir la santé des salariés »

²⁷² Cass. soc., 11 juin 2014, n°11-20.985 – RJS 8-9/14 n°633 – Cet arrêt concerne des salariés soumis à une convention de forfait jours et, bien qu'antérieur à l'infléchissement de la jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat, la solution serait la même aujourd'hui puisqu'il persiste une obligation de sécurité de moyen renforcée.

²⁷³ Actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation, mise en place d'une organisation de moyens adaptés

²⁷⁴ Principes généraux de prévention

²⁷⁵ Articles R. 4121-1 et L. 4121-3 du Code du Travail

construction d'une véritable politique de prévention.²⁷⁶ Si toutes les mesures de préventions précitées ont été mises en place, alors depuis l'arrêt « *Air France* », l'entreprise pourra s'exonérer de sa responsabilité. Cette solution est bienvenue car la sévérité de la jurisprudence antérieure avait de quoi désespérer les entreprises vertueuses, puisqu'il était indifférent que des actions de prévention aient été prises, elles étaient condamnées du seul fait de la survenance du dommage.²⁷⁷ L'obligation de sécurité de résultat s'est donc transformée en une obligation de prévention de résultat.²⁷⁸

La difficulté qui peut survenir dans une mise en place efficace de la prévention des risques pour la santé des salariés en matière de droit à la déconnexion est que c'est un facteur de risques professionnels subjectif qui diffère selon la perception de chaque salarié. De plus, les TIC n'ont pas d'effets directs sur la santé,²⁷⁹ mais les effets négatifs risquent d'apparaître plutôt progressivement, suite notamment à un certain surmenage. Nous préconisons dès lors vivement aux employeurs d'établir, *a minima*, une charte dont ils pourraient se prévaloir²⁸⁰ dans la situation où un salarié est victime d'hyper-connexion chronique à son domicile et développerait par suite des troubles psychiques. Cette charte pourrait permettre à l'employeur en cas de contentieux de se dégager de sa responsabilité.²⁸¹ Toutefois, dans cette situation, la Cour de Cassation est claire, l'employeur ne pourrait pas invoquer les éventuels manquements du salarié à son propre devoir de sécurité pour tenter de s'exonérer de sa responsabilité.²⁸²

A défaut d'avoir mis en place toute la prévention nécessaire, l'employeur sera logiquement condamné pour ne pas avoir respecté l'obligation qui lui incombe d'assurer la sécurité de ses salariés. La jurisprudence est particulièrement fournie sur ce sujet, et a par exemple jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié au motif de son absence prolongée alors que celui-ci était exposé à un stress particulièrement important à raison de l'existence d'une surcharge de travail conduisant à un épuisement professionnel

²⁷⁶ P. BERAJUD, A. BOUNEDJOUM, M. VAN-LABEKE « Le management 2.0 et la santé au travail », JCP G, 4 mai 2015

²⁷⁷ P.-Y. VERKINDT, « La Cour de cassation recentre l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur sur la prévention » : AEF dépêche n° 511601, 30 nov. 2015.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, 26 novembre 2013

²⁸⁰ G. LOISEAU « La valeur juridique de la charte » Les Cahiers Sociaux, n°298, p.52

²⁸¹ Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-19.702, JCP G 2016. 822, note J. MOULY

²⁸² Cass. soc., 10 février 2016, n°14-24.350, D. 2016, p.432, obs. P. LOKIEC et J. PORTA

entraînant la dégradation de l'état de santé de ce dernier.²⁸³ A côté de cela, les juges peuvent indemniser directement le préjudice subi par le salarié du fait du non-respect par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat.²⁸⁴ Par exemple, l'employeur n'ayant pas permis au salarié de bénéficier du repos quotidien minimal de 11 heures consécutives a été condamné à lui verser la somme de 1 500 € pour manquement à son obligation de sécurité de résultat.²⁸⁵

§II – Burn-out

La loi dite « *Rebsamen* » du 17 août 2015²⁸⁶ et le décret n°2016-756 du 7 juin 2016²⁸⁷ ont permis la possible reconnaissance des maladies psychiques, tel que le *burn-out*, comme maladies professionnelles.²⁸⁸ Contrairement à ce qui avait été prévu par le projet de loi, le *burn-out* n'a pas été inscrit dans les tableaux de maladies professionnelles.²⁸⁹ Une telle inscription aurait permis de bénéficier d'une présomption d'imputabilité dès lors que l'assuré apportait la preuve qu'il était victime d'une maladie inscrite dans le tableau, et qu'il était exposé à l'un des agents nocifs mentionnés par ce même tableau.²⁹⁰ Or, n'étant pas inscrit dans un tableau, le *burn-out* sera plus difficilement²⁹¹ reconnu comme maladie professionnelle. Cette reconnaissance sera toutefois possible s'il est établi qu'il est essentiellement et directement causé par le travail habituel de la victime et qu'il a entraîné une incapacité permanente d'un taux au moins égal à 25%, pouvant aller jusqu'au décès de la victime.²⁹² Ce taux assez élevé devrait limiter la recevabilité des actions aux salariés victimes de troubles particulièrement graves, par exemple une très importante dépression. Pour ce faire, la CPAM va saisir le CRRMP après avoir recueilli et instruit les éléments du dossier.²⁹³ Dans le cadre du *burn-out*,

²⁸³ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.082, Obs. J. ICARD, Les Cahiers Sociaux, 31 mai 2013

²⁸⁴ Cass. soc., 15 décembre 2016, n°15-20.987, RJS 3/17 - 15/02/2017

²⁸⁵ CA Aix en Provence, 23 octobre 2014, n°13/14751

²⁸⁶ L. n° 2015-994, 17 août 2015, art. 27 : JO 18 août 2015, p. 14346

²⁸⁷ Décret n°2016-756 du 7 juin 2016 relatif à l'amélioration de la reconnaissance des pathologies psychiques comme maladies professionnelles et du fonctionnement des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP)

²⁸⁸ Article L. 461-1 du Code de la Sécurité Sociale

²⁸⁹ Article L. 461-2 du Code de la Sécurité Sociale

²⁹⁰ D. BAILLEUX « Régime général : Accidents du travail et maladies professionnelles » JCI Protection Sociale Traité

²⁹¹ F. ALBRIEUX-VUARCHÈX, C. BOULKOUT « La difficile reconnaissance du burnout » Acteurs de l'économie, 6 février 2017

²⁹² Article R. 461-8 du Code de la Sécurité Sociale

²⁹³ Article D. 461-30 du Code de la Sécurité Sociale

il est possible de solliciter un médecin psychiatre puisque la pathologie invoquée est psychique.²⁹⁴

Plus concrètement, le *burn-out* est une sorte d'épuisement professionnel causé notamment par l'intensification du travail, la hausse des demandes « *urgentes* », « *importantes* » qui génère anxiété, repli sur soi, voire agressivité.²⁹⁵ Ces situations ont entraîné de nouvelles formes de pathologies, par exemple aux Etats-Unis il est question de « *FoMo* ». ²⁹⁶ Selon une étude,²⁹⁷ 12% de la population serait en risque élevé de *burn-out*. Cette situation de possible *burn-out* au sein de l'entreprise est à prendre au sérieux par l'employeur puisque si plusieurs salariés en sont victimes c'est la marque employeur qui peut en pâtir. Il est aisé d'imaginer qu'un salarié qui serait sollicité en permanence aussi bien pendant ses heures de travail, qu'en dehors, peut développer une telle pathologie psychique. Ce salarié aurait peur de passer à côté d'un courriel important, de ne pas avoir traité la demande d'un client, et cette surcharge informationnelle risquerait de l'épuiser psychologiquement. De plus, en cas de reconnaissance comme maladie professionnelle, celle-ci aurait également des conséquences financières pour l'employeur qui subira une hausse de ses cotisations sociales d'accidents du travail. Mais aussi, le maintien d'une partie du salaire pendant l'arrêt de travail avec l'impossibilité de licencier sauf faute grave ou pour un motif étranger à la maladie professionnelle.²⁹⁸

§III – Harcèlement moral

L'article L. 1152-1 du Code du travail donne du harcèlement moral la définition suivante : « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Pour être constitué, le harcèlement moral doit aller au-delà de la simple situation de stress occasionnée par le travail.²⁹⁹ Ainsi, ne constitue pas nécessairement un

²⁹⁴ Article D. 461-27 du Code de la Sécurité Sociale

²⁹⁵ P. THIEBART « Le droit à la déconnexion : comment faire ? » Jeantet, p.4

²⁹⁶ « Fear of missing out », cela signifie la peur de rater quelque chose

²⁹⁷ Etude clinique et organisationnelle permettant de définir et de quantifier le *burn-out*, Technnologia, février 2014

²⁹⁸ F. ALBRIEUX-VUARCHEX, C. BOULKOUT « La difficile reconnaissance du burnout », préc.

²⁹⁹ CPH Chambéry, 18 mars 2008, n°07/01338

harcèlement moral la situation de tension, voire de stress, même intense, liée à un contexte professionnel difficile et à une surcharge de travail.³⁰⁰ Le salarié ne saurait reprocher les observations qui lui sont adressées lorsqu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'un exercice normal du pouvoir de direction de l'employeur.³⁰¹

L'employeur doit donc être vigilant à ne pas dépasser une certaine limite dans la surcharge de travail qu'il peut faire subir aux salariés, et le stress que cela peut engendrer, afin d'éviter une condamnation au motif du harcèlement moral. Il ne fait aucun doute qu'une surcharge de travail peut nourrir, avec d'autres éléments, un processus harcelant. Tel sera le cas lorsque « *l'employeur avait imposé à la salariée une charge de travail excessive et l'avait sanctionnée pour des faits pouvant être la conséquence de cette surcharge de travail, que des salariés relataient que l'employeur lui faisait constamment des réflexions sur son travail et qu'il avait tenu des propos injurieux et dévalorisants à son égard auprès d'autres salariés* ». ³⁰² Mais également la situation dans laquelle l'employeur passait de nombreux appels téléphoniques à toute heure le week-end ou la nuit, afin d'exercer une pression constante dans le but d'obtenir le maximum de travail. Ce comportement ayant pour conséquence un surmenage, un épuisement professionnel voire la dépression de certains salariés. Ce comportement, constitutif logiquement d'un harcèlement moral, entraînera une réparation du préjudice subi par les salariés à hauteur de 10 000 €. ³⁰³ Dans des circonstances proches, ce comportement peut même relever d'une qualification pénale. C'est ainsi que l'employeur a été condamné à 4 mois de prison avec sursis du fait de ses colères, vexations et humiliations dirigées contre un salarié à qui il imposait également une surcharge de travail, l'obligeant à être disponible même en dehors de ses heures de travail. ³⁰⁴

Autre conséquence d'un comportement de harcèlement moral, au-delà des dommages et intérêts que le salarié peut obtenir, et de l'éventuelle condamnation pénale de l'employeur, cette situation peut entraîner l'annulation du licenciement. Dans certains cas, les salariés peuvent affirmer que les griefs reprochés par l'employeur à l'appui de leurs licenciements sont fondés, mais que ceux-ci trouvent leurs origines dans le harcèlement moral dont ils ont été victimes. C'est ainsi que le salarié licencié pour absence prolongée perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise peut contester le bien-fondé de ce licenciement au motif que ses absences étaient dues à la dégradation de son état de santé causée par « *un stress*

³⁰⁰ CA Paris, 21 juin 2004, n°03/31714

³⁰¹ Cass. soc., 13 juin 2013, n°11-13.260

³⁰² Cass. soc., 18 décembre 2012, n°11-23.530

³⁰³ Cass. soc., 23 mars 2011, n°08-45.140, SSL. N°1486, 4 avril 2011

³⁰⁴ Cass. crim., 15 mars 2011, n°10-81.983

permanent et prolongé à raison de l'existence d'une situation de surcharge de travail conduisant à un épuisement professionnel ». ³⁰⁵ Il est important de souligner que cette situation entraîne la nullité du licenciement et non pas son absence de cause réelle et sérieuse, entraînant des conséquences plus favorables pour le salarié. ³⁰⁶

Les dispositifs encadrant le droit à la déconnexion peuvent donc être un argument solide pour se prémunir face à une accusation de harcèlement moral. Comme il l'a été rappelé, il est fréquent que les salariés évoquent une surcharge de travail ayant pour conséquence l'obligation de travailler à leurs domiciles. L'employeur qui ferme les serveurs, ou au moins qui contrôle les connexions hors temps de travail et rappelle aux salariés que de telles connexions doivent rester exceptionnelles, pourrait tenter de s'exonérer de sa responsabilité. Toutefois, il semble nécessaire pour cela qu'il s'interroge sur la charge de travail générale supportée par le salarié car s'il se connecte fréquemment en dehors de ses horaires de travail, c'est sûrement par nécessité.

§IV – Faute inexcusable

Depuis les célèbres arrêts « *amiante* » du 28 février 2002, ³⁰⁷ la Cour de cassation retient la faute inexcusable de l'employeur dès lors qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger et n'a pas pris les mesures de prévention ou de protection nécessaires pour en préserver son personnel. Lorsque l'auteur de l'accident est l'employeur ou un substitué à la direction, la faute inexcusable de ce dernier permet à la victime d'obtenir une indemnisation complémentaire élargie. ³⁰⁸ Cette solution est en vigueur depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 18 juin 2010 ³⁰⁹ qui précise qu'en cas de faute inexcusable la victime peut demander à l'employeur non seulement les chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du Code de la Sécurité Sociale ³¹⁰ mais aussi de l'ensemble des préjudices qui ne seraient pas couverts par le livre IV du Code de la Sécurité Sociale. ³¹¹ Autre conséquence de la

³⁰⁵ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.082, LSQ n°87/2013, 7 mai 2013

³⁰⁶ Cass. soc., 6 juillet 2011, n°10-16.477, Jurisprudence Sociale Lamy n°306

³⁰⁷ Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-13.546 : JurisData n° 2002-013348 ; JCP G 2002, II, 10053, concl. Benmakhoulouf ; JCP E 2002, p. 643, note G. Strebelle ; TPS 2002, comm. 116, obs. X. Prétot ; JCP E 2002, 1841, p. 2059, obs. G. Vachet

³⁰⁸ D. BAILLEUX, JCI Protection Sociale « Régime général : Accidents du travail et maladies professionnelles »

³⁰⁹ Cons. const., 18 juin 2010, déc. n° 2010-8 QPC : JO 19 juin 2010 ; JurisData n° 2010-030579

³¹⁰ Il s'agit du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle

³¹¹ Cass. 2e civ., 30 juin 2011, n° 10-19.475, LSQ L'actualité, n°16751, 14 janvier 2015

reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, c'est le versement d'une rente majorée au salarié, ou à ses ayants-droits en cas de décès du salarié.³¹² Cette majoration est fixée de telle sorte que la rente majorée ne puisse excéder, soit la fraction du salaire annuel correspondant à la réduction de capacité, soit le montant de ce salaire en cas d'incapacité totale.³¹³

C'est ainsi qu'une politique de surcharge de travail, de pressions, d'objectifs inatteignables peut constituer une faute inexcusable.³¹⁴ Dans cet arrêt, l'employeur refusait de remplacer certains salariés dans un objectif de rentabilité ayant pour conséquence une surcharge de travail pesant sur un salarié. Dès lors, l'employeur « *ne pouvait ignorer ou s'affranchir des données médicales afférentes au stress au travail et ses conséquences parfois dramatiques pour les salariés qui en sont victimes* ». C'est pourtant ce qu'il a fait, et ce salarié a été victime d'un infarctus du myocarde au cours d'une réunion qui sera reconnu comme accident du travail. La faute inexcusable de l'employeur sera elle aussi logiquement caractérisée s'accompagnant des conséquences financières précitées pour l'employeur.

§V – Risques Psychosociaux

Contrairement aux différentes conséquences sur la santé que nous avons étudiées précédemment, les RPS ne répondent pas à une définition claire et précise. Il s'agit en fait, d'une catégorie plus vaste, d'un marché « *où se confrontent toutes sortes d'offres sérieuses et moins sérieuses* ». ³¹⁵ Les RPS regroupent donc un ensemble de situations telles que la souffrance au travail, le stress au travail, voire le mal-être. Et cet état de détresse ressenti peut être causé par différentes causes tel qu'un harcèlement moral subi, ou encore le non-respect par l'employeur de son obligation de sécurité. Les conséquences risqueraient par suite d'être la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, par exemple en cas de suicide du salarié, mais aussi la reconnaissance du *burn-out* au titre de la maladie professionnelle. Ces divers événements relèvent tous des RPS et ont pour conséquence une grande imprécision de la notion, comme le relève le rapport Nasse et Légeron³¹⁶ : « *la grande variété des thèmes*

³¹² F. ALBRIEUX-VUARCHÈX, C. BOULKOUT « La difficile reconnaissance du burnout » Acteurs de l'économie, 6 février 2017

³¹³ Article L. 452-2 du Code de la Sécurité Sociale

³¹⁴ Cass civ. 2e, 8 nov. 2012, n° 11-23.855 LSQ, n° 160/2013, 3 septembre 2013

³¹⁵ L. LEROUGE « Les risques psychosociaux en droit : retour sur un terme controversé » Dr. Soc. 2014, p.152

³¹⁶ P. NASSE, P. LEGERON, rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des RPS au travail, juillet 2013

mis sous le vocable de RPS est source d'une grande confusion. Ces thèmes recouvrent en effet les déterminants et les effets, sans distinguer entre les causes et les conséquences. Cette confusion tient non seulement à la diversité de ces risques mais aussi à la complexité des liens qui les unissent. »

Dans un réel plaidoyer en opposition avec cette « mode »³¹⁷ des RPS, le Professeur Patrick Morvan argue que cette notion est néfaste, n'ayant pour seul objet d'alourdir la responsabilité des employeurs déjà « *marquée au fer rouge* » sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat. Cette mode « *habille les mieux vêtus et elle s'avère parfois indécente.* »³¹⁸ Mais il nous semble que ce constat pourrait être plus modéré, il convient en effet de rappeler que la notion de RPS est particulièrement subjective. S'il est vrai que le travail est *a priori* source de bonne santé puisqu'il permet à l'individu de se sociabiliser, d'avoir des revenus, d'être bien intégré dans la société, celui-ci peut dériver en une réelle souffrance au travail. Tout comme l'impact des TIC, cette subjectivité complique de manière ardue la détection des RPS, puisque chaque salarié va vivre différemment les situations de travail, par exemple pour le numérique il peut s'agir d'une opportunité pour certains salariés, mais d'un fardeau pour d'autres.

Il est dès lors nécessaire de mettre en place une prévention accrue afin de détecter les situations à risque et d'éviter des situations de RPS au sein de l'entreprise. Car, comme il l'a été étudié précédemment, les situations de RPS peuvent engendrer des coûts économiques importants pour l'employeur, il a alors tout intérêt à, comme le préconise le Conseil économique, social et environnemental, « *promouvoir le bon usage des TIC* ». ³¹⁹ L'accord collectif ou la charte organisant le droit à la déconnexion est, s'il est bien réalisé, un formidable outil pour prévenir les RPS, car il existe un lien de parenté fort entre TIC et RPS. Et en agissant sur les premiers, ils agiront, au moins partiellement, sur les seconds. ³²⁰

³¹⁷ P. MORVAN « La mode des risques psychosociaux » Dr. Soc. 2013, p.965

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ S. BRUNET « La prévention des risques psycho-sociaux » Rapport CESE, 14 mai 2013

³²⁰ S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S n°48, 26 novembre 2013

Section IV – Les conséquences sur la durée du travail

Le salarié dispose en cas d'hyper-connexion d'un nombre importants d'actions envisageables (§I), c'est pourquoi il semble nécessaire pour l'employeur de réguler correctement la charge de travail (§II). Nous verrons ensuite que des dispositions particulières ont été adoptées concernant l'exercice du droit à la déconnexion dans le cadre des conventions de forfaits en jours, thème qui concerne également la durée du travail (§III).

§I – Les différentes actions envisageables

L'utilisation des TIC ayant le don de l'ubiquité, celle-ci est source de contentieux. Puisque le salarié qui se sert de ses outils technologiques à son domicile pourrait demander le paiement d'heures supplémentaires (A), bien souvent accompagné d'une demande au motif du travail dissimulé (B). De plus, cette situation peut entraîner un dépassement de la durée maximale du travail (C) ainsi que le non-respect des temps de repos minimum (D). Enfin, nous analyserons sous quelles conditions les salariés ayant une utilisation importante de leurs smartphones ou ordinateurs professionnels en dehors de leurs heures de travail pourraient revendiquer être en situation d'astreinte (E).

A - Heures supplémentaires

Pour qu'il y ait heure supplémentaire, celle-ci doit répondre à un travail commandé par l'employeur et non accompli de la simple volonté du salarié (1). En cas de contentieux, une grande partie du débat sera axé sur la preuve qui doit être rapportée des heures supplémentaires qui auraient été effectuées (2). Enfin, les dispositions propres au droit à la déconnexion peuvent avoir un rôle important à jouer au cours de ce contentieux, notamment comme moyen de preuve (3).

1 – Le travail commandé³²¹

La décision de recourir aux heures supplémentaires relève du pouvoir de direction de l'employeur. Seules les heures supplémentaires accomplies à sa demande ouvrent droit à

³²¹ F. MOREL « Le droit à la déconnexion : mode d'emploi », La Revue Fiduciaire

rémunération,³²² nous parlons alors de « *travail commandé* ». Il est à noter que cette demande peut résulter de l'accord implicite de l'employeur. Par exemple, lorsque l'employeur ne s'oppose pas à ce qu'un salarié prolonge son travail au-delà de l'horaire normal, mais qu'il avait connaissance de cette situation.³²³ En matière d'envoi de messages en dehors du temps et du lieu de travail, l'objet du litige sera de déterminer clairement si l'employeur était demandeur qu'un tel travail soit effectué. A ce titre, nous pouvons par exemple imaginer que l'employeur qui confie une charge de travail importante à son salarié le vendredi après-midi, à faire pour le lundi matin, commande un travail et ne permet pas au salarié d'exercer son droit à la déconnexion au cours du week-end. Des heures supplémentaires seraient alors dues au salarié. A nouveau, le dispositif encadrant le droit à la déconnexion peut être un atout intéressant en cas de contentieux. Si l'employeur coupe les serveurs le week-end, il sera difficile pour le salarié d'arguer que son employeur lui a demandé d'effectuer des heures supplémentaires en dehors de son temps de travail. *A fortiori*, si les connexions le week-end sont interdites et éventuellement assorties de sanctions.³²⁴

L'action par-devant le conseil de prud'hommes au titre du rappel des heures supplémentaires est toutefois limitée aux salaires des trois dernières années au-delà desquelles s'opposera la prescription.³²⁵ C'est ainsi que la salariée qui était, compte tenu de sa charge de travail, amenée de façon récurrente à réaliser des bijoux à son domicile était indemnisée à hauteur de 3 776,31 €, outre les congés payés y afférents.³²⁶ Mais également, les travaux juridiques effectués au domicile de la salariée attestant de la surcharge ponctuelle de travail et ce, à la connaissance de l'employeur bénéficiaire des dits travaux, ont permis à la Cour de fixer la somme de 5 000 €, outre les congés payés y afférents, afin d'indemniser les heures supplémentaires accomplies lors des pics ponctuels de travail.³²⁷

³²² Cass. soc., 27 janvier 1999, n°97-40.289

³²³ Cass. soc. 2 juin 2010 n° 08-40.628 : RJS 8-9/10 n° 716, Le salarié accomplissant des heures supplémentaires ne peut invoquer à ce titre une créance de salaires qu'à la condition de les avoir effectuées à la demande de l'employeur ou avec son accord, lequel peut toutefois être implicite. Donne ainsi son accord tacite à la réalisation d'heures supplémentaires l'employeur qui a eu connaissance des heures supplémentaires accomplies par le salarié et qui ne s'y est pas opposé

³²⁴ Tel serait par exemple le cas si la charte organisant le droit à la déconnexion constituait une adjonction au règlement intérieur

³²⁵ Article L. 3245-1 du Code du Travail

³²⁶ CA Toulouse, 13 mai 2011, n° 13 09/06484

³²⁷ CA Paris, 08 juin 2010, n° 08/10434

2 – La preuve des heures supplémentaires

Nous le comprenons donc, en cas de litige sur les heures supplémentaires, l'enjeu essentiel sera bien souvent la preuve que ces heures ont été « *commandées* » par l'employeur. L'employeur devra fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Compte tenu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge formera sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.³²⁸ Le salarié doit étayer sa demande³²⁹ par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.³³⁰ Les juges fonderont leur opinion au cas par cas, de manière assez factuelle, selon les éléments de preuves apportées par chaque partie. Par exemple, sera de nature à étayer la demande du salarié la production d'un décompte des heures qu'il soutient avoir réalisées, calculé mois par mois, même sans explication ni indication complémentaire³³¹ ou celle de son agenda personnel, corroboré par des attestations d'autres salariés.³³² Autre mode de preuve envisageable, La CFDT Accenture propose à ses adhérents une application « *MyExtraHours* » calculant automatiquement les heures supplémentaires à partir de leurs courriels envoyés en dehors du temps habituel de travail à partir de leur portable professionnel. *A contrario*, les copies de pages d'un agenda remplies par le salarié qui ne sont corroborées par aucun élément extérieur et qui sont contredites par l'attestation versée par l'employeur ne seront pas considérées comme des heures supplémentaires.³³³

3 – Le rôle des dispositifs encadrant le droit à la déconnexion

Les dispositifs encadrant le droit à la déconnexion auront donc un rôle particulièrement important à jouer en matière de preuve des heures supplémentaires. L'Accord Orange du 27 septembre 2016 sur l'accompagnement de la transformation numérique propose « *de communiquer chaque année, sur la base du volontariat, au salarié un bilan quantitatif individualisé de ses usages numériques : volume de mails, utilisation de la messagerie électronique, utilisation du réseau social d'entreprise* ». Cette proposition est « très

³²⁸ Article L. 3171-4 du Code du Travail

³²⁹ Cass. soc., 24 mars 2004, n° 01-43.875 : RJS 6/04 n° 699

³³⁰ Cass. soc., 24 novembre 2014, n° 09-40.928 : RJS 2/11 n° 142

³³¹ Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-17.748 : RJS 12/15 n° 780

³³² Cass. soc., 8 décembre 2010, n°09-66.138, Obs. A.-F. PETIT, « Les heures supplémentaires »

<http://blogavocat.fr>

³³³ Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-43.208 : RJS 8-9/11 n° 695

courageuse »³³⁴ car le salarié pourrait s'en servir en cas de contentieux afin de prouver les heures supplémentaires qu'il a effectué. Celles-ci seraient quasiment incontestables pour l'employeur puisqu'elles auront été enregistrées par ce dernier, ou l'un de ses représentants, dans un bilan individualisé pour chaque salarié. Ce dispositif a le mérite de la transparence, mais expose tout particulièrement le Groupe Orange en cas de contentieux sur les heures supplémentaires qui peuvent atteindre des sommes très importantes. Par exemple, cette salariée³³⁵ qui non seulement effectuait « *de 10 heures minimum, à 13 heures de travail par jour* » et « *qui se retrouvait régulièrement à amener une ou des activités professionnelles à son domicile* » sera indemnisé à hauteur de 150 269,09 € au seul titre du rappel d'heures supplémentaires et 15 026,90 € au titre des congés payés y afférents.

A contrario, les dispositifs encadrant le droit à la déconnexion peuvent servir la cause des employeurs en cas de contentieux. Tout d'abord, ils permettent de limiter, voire d'empêcher, les connexions en dehors du temps de travail. Ainsi, les salariés ne pourraient pas légitimement revendiquer le paiement d'heures supplémentaires effectuées à leur domicile si de telles connexions sont interdites par l'employeur, et même matériellement quasiment³³⁶ impossible. Ensuite, de tels dispositifs permettent d'éviter les manœuvres frauduleuses exercées par certains salariés qui envoient des courriels tard le soir ou le week-end dans le seul but de pouvoir réclamer le paiement d'heures supplémentaires dans un contentieux qu'ils prévoient. Le paroxysme de ces manœuvres frauduleuses étant le salarié qui diffère l'envoi de courriels qu'il a rédigé la journée, à une heure tardive du soir ou du week-end.³³⁷

B - Travail dissimulé

L'article L. 8221-5, 2° et 3° du Code du Travail dispose que le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est notamment le fait pour l'employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement. A l'issue de la parution

³³⁴ J.-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion » Dr. Soc. 2016, p.912

³³⁵ CA Angers, 28 mai 2013, n°11/00088

³³⁶ Il est toujours possible de contourner la fermeture d'un serveur en transférant sur son disque dur externe les fichiers utiles à un travail le week-end, ou de communiquer via les adresses e-mail personnels de clients ou collègues...

³³⁷ G. LOISEAU « La déconnexion » Dr. Soc. 2017, p.469

de la loi du 11 mars 1997,³³⁸ l'objectif affiché était de lutter contre le non-paiement des heures supplémentaires ou le versement sous forme de primes destinées à les compenser. Ces cas représentent même sans aucun doute le contentieux le plus important en matière de travail dissimulé.³³⁹

Pour être caractérisé, le travail dissimulé requiert la démonstration d'un élément intentionnel de l'employeur. Il sera par exemple établi lorsque l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué³⁴⁰ La recherche du caractère intentionnel résulte de l'appréciation souveraine des juges du fonds.³⁴¹ Lorsque la charge de travail du salarié l'oblige à travailler fréquemment à son domicile, il peut arriver que l'employeur soit condamné à payer les heures supplémentaires résultant de ce travail. Bien souvent dans cette situation, le conseil du salarié fera aussi grief du travail dissimulé.

Mais bien souvent, l'élément intentionnel de l'employeur fera défaut. Par exemple, concernant cette salariée obligée de confectionner à son domicile des bijoux du fait de la charge de travail trop élevée qui reposait sur elle, si elle a été indemnisée de ses heures supplémentaires, la Cour considère « *qu'en l'absence d'intention frauduleuse caractérisée, les conditions d'octroi de l'indemnité prévue par l'article L8223-1 Code du Travail ne sont pas réunies* ». ³⁴² Mais également, cet arrêt qui indemnise de 5 000 € les heures supplémentaires que la salariée a ponctuellement dû effectuer à son domicile, qui ne retient pas pour autant le travail dissimulé « *en l'absence d'intention délibérée de dissimulation d'heures supplémentaires effectuées au domicile de la salariée avec les outils provenant du bureau* ». ³⁴³ Mais, comme nous le mentionnions, la solution inverse est également envisageable, l'enjeu majeur étant de parvenir à caractériser l'intention de l'employeur de dissimuler ces heures supplémentaires et donc de ne pas les rémunérer, mais aussi de ne pas payer de cotisations sociales. C'est ainsi qu'une société a été condamnée à verser 10 200 € à un salarié qui ne pouvait bénéficier d'un réel droit à la déconnexion³⁴⁴ et par conséquent que « *l'employeur ne pouvait ignorer que la salariée effectuait des heures supplémentaires puisque celle-ci lui*

³³⁸ LOI n°97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal

³³⁹ Mémento Social 2017 « DIVISION I CONTRÔLE DE L'EMPLOI »

³⁴⁰ Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-46.906 : RJS 6/03 n° 780,

³⁴¹ Cass. soc., 20 février 2008, n° 06-44.964 : RJS 5/08 n° 579

³⁴² CA Toulouse, 13 mai 2011, n°09/06484

³⁴³ CA Paris, 08 juin 2010, n°08/10434

³⁴⁴ L'arrêt utilise directement l'expression de droit à la déconnexion

rendait compte très précisément de ses activités et que l'employeur lui-même lui demandait de dépasser ses horaires de travail. »³⁴⁵

L'employeur qui est condamné pour travail dissimulé s'expose à de lourdes sanctions. Tout d'abord, des sanctions pénales, puisqu'il encourt une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende de 45 000 euros.³⁴⁶ Diverses peines complémentaires sont également envisageables, comme par exemple une exclusion des marchés publics,³⁴⁷ ou encore l'affichage et la diffusion de la décision prononcée.³⁴⁸ Mais également des sanctions civiles et c'est d'ailleurs surtout cela le réel risque dans la situation d'un salarié effectuant des heures supplémentaires à son domicile, il nous paraît improbable d'imaginer l'employeur être emprisonné pour ne pas les avoir rémunérées. L'article L. 8223-1 du Code du Travail prévoit une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire en cas de rupture de la relation de travail lorsque l'employeur s'est rendu coupable de travail dissimulé. Son versement est donc subordonné à la rupture du contrat de travail. Un salarié ne saurait donc prétendre au paiement de l'indemnité susvisée s'il y a continuité de la relation de travail.³⁴⁹

C - Dépassement de la durée maximale du travail

La durée légale des 35 heures n'est pas une durée minimale, puisque des salariés peuvent l'être à temps partiel. Ce n'est pas non plus une durée maximale puisque l'employeur peut demander à ses salariés d'effectuer des heures supplémentaires. Toutefois, il existe des durées maximales de travail ne pouvant pas être dépassées par le salarié. Par principe, la durée maximale du travail par jour est fixée à 10 heures,³⁵⁰ 48 heures par semaine,³⁵¹ ou 44 heures sur une période de 12 semaines consécutives.³⁵²

³⁴⁵ CA Paris, 23 novembre 2011, n°10/01477

³⁴⁶ Article L. 8224-1 du Code du Travail

³⁴⁷ Article L. 8224-3, 2° du Code du Travail

³⁴⁸ Article L. 8224-3, 4° du Code du Travail

³⁴⁹ Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14.17.496, JCP S 2016, en l'espèce il n'y avait pas rupture du contrat de travail car il a été transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du Travail

³⁵⁰ Article L.3121-18 du Code du Travail, possible dépassement à 12 heures journalier en cas d'autorisation de l'inspecteur du travail ou d'accord d'entreprise ou de branche.

³⁵¹ Article L. 3121-20 du Code du Travail, possible dépassement à 60 heures hebdomadaire en cas de circonstances exceptionnelles avec autorisation de l'autorité administrative

³⁵² Article L.3121-22 du Code du Travail, possible dépassement à 46 heures hebdomadaire sur 12 semaines consécutives par accord d'entreprise ou de branche

Le non-respect des dispositions précitées est sanctionné par une contravention de la 4^{ème} classe, soit 750 €, laquelle est infligée autant de fois qu'il y a de salariés concernés.³⁵³ De plus, devant les juridictions civiles, l'employeur peut être condamné à verser des dommages et intérêts pour indemniser le préjudice subi par le salarié. La salariée qui établit la réalité des dépassements journaliers ou hebdomadaires de la durée du travail par l'intermédiaire de plannings signés d'elle-même et du représentant de l'employeur a ainsi reçu la somme de 3 000 €. ³⁵⁴ Précisons également que c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver qu'il a respecté la durée maximale de travail, faute de quoi il sera condamné à indemniser le salarié.³⁵⁵

Ces dépassements risquent d'être évoqués dans la situation du salarié travaillant fréquemment à son domicile dès lors que la durée maximale du travail est dépassée. L'employeur peut se prémunir face à cette situation en limitant la charge de travail des salariés d'une part, mais aussi en limitant la possibilité des connexions en dehors du temps de travail.

D - Non-respect des temps de repos

« *Les TIC ont ainsi entraîné l'abolition de la summa divisio travail/repos principalement en raison de la télé-disponibilité permanente. De ce fait, les temps de repos se sont, sinon raréfiés, en tous cas, détériorés* ». ³⁵⁶ Ce constat amer a pour ambition d'être, en parti, réglé par l'article L. 2242-8, 7° qui dispose explicitement que le droit à la déconnexion a, notamment, pour objectif d'assurer le respect des temps de repos et de congé du salarié. Pour rappel, le repos hebdomadaire est de 24 heures,³⁵⁷ auquel s'ajoute le repos quotidien de 11 heures.³⁵⁸ Ce repos minimal est d'ailleurs une exigence constitutionnelle conformément au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ce que le Conseil Constitutionnel a rappelé dans sa décision du 29 juillet 2005.³⁵⁹ C'est également le droit européen qui s'est intéressé à la question, puisque « *la directive 93/104 a pour finalité de protéger de façon efficace la sécurité et la santé des travailleurs. Compte tenu de cet objectif essentiel, chaque travailleur doit notamment bénéficier de périodes de repos adéquates qui doivent non seulement être*

³⁵³ Article R. 3121-3 et R.3124-11 du Code du Travail

³⁵⁴ CA Paris, 20 octobre 2009, n°08/10203

³⁵⁵ Cass. soc. 20 février 2013 n° 11-28.811, BS 5/13 - 01/04/2013

³⁵⁶ S. FANTONI-QUINTON, C. LEBORGNE-INGELAERE « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, 26 novembre 2013

³⁵⁷ Article L. 3132-2 du Code du Travail, soit un total de 35 heures (24h + 11h)

³⁵⁸ Article L. 3131-1 du Code du Travail

³⁵⁹ Cons. Const., 29 juillet 2005, n°2005-523 DC

*effectives, en permettant aux personnes concernées de récupérer la fatigue engendrée par le travail, mais également revêtir un caractère préventif de nature à réduire autant que possible le risque d'altération de la santé, que l'accumulation de périodes de travail sans le repos nécessaire est susceptible de présenter ».*³⁶⁰ Et, enfin, la jurisprudence française affirmait déjà il y a plus de dix ans ce droit au repos du salarié en dehors de son temps de travail, puisque « *le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif et ne permet donc pas de justifier un licenciement disciplinaire pour faute grave ».*³⁶¹

Malgré cet important arsenal juridique, force est de constater que le droit au repos n'est pas toujours respecté. Et, la consécration légale du droit à la déconnexion sonne d'ailleurs comme un aveu d'échec³⁶² qui s'explique par la porosité actuelle qui existe entre la vie personnelle et la vie professionnelle. Le constat est donc unanime, le droit au repos qui est pourtant « *impératif, général et obligatoire* »³⁶³ souffre d'ineffectivité. Le droit à la déconnexion est alors une émanation du droit au repos et a vocation à assurer son respect en permettant aux salariés de bénéficier d'une coupure totale,³⁶⁴ c'est-à-dire d'une coupure tant matérielle que psychologique durant leur temps de repos.³⁶⁵

Cette dégradation des temps de repos causée en grande partie par « *notre siècle des TIC envahissantes* »³⁶⁶ n'est pourtant pas sans conséquence pour l'employeur. Car non seulement le salarié qui serait souvent sollicité en dehors de son temps de travail, ne bénéficiant ainsi pas du temps de repos minimum, pourrait prendre acte de la rupture de son contrat de travail suite au *burn-out* dont il serait victime. Mais également, les salariés peuvent dans le cadre d'un litige les opposant à leurs employeurs demander des dommages et intérêts en cas de non-respect des temps de repos. Par exemple ce salarié qui s'est vu alloué la somme de 500 € au simple motif qu'il n'avait pas toujours bénéficié du temps de repos de 11 heures consécutives entre deux jours de travail.³⁶⁷

³⁶⁰ CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, Jaeger, D. 2003. 2339, et les obs. ; Dr. soc. 2004. 142, note F. MOREL

³⁶¹ Cass. soc., 17 février 2004, n°01-45.889

³⁶² P. THIEBART « Le droit à la déconnexion : Comment faire ? » Jeantet, p.8

³⁶³ F. FAVENNEC-HERY « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », Dr. soc. 2000, p. 288

³⁶⁴ T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », Les Petites Affiches, 1^{er} mars 2017

³⁶⁵ P. WAQUET, « Le temps de repos », Dr. soc. 2000, p. 288

³⁶⁶ J.-E. RAY, J.-P. BOUCHET « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC » Dr. Soc. 2010, p.44

³⁶⁷ CA Aix en Provence, 23 octobre 2014, n°13/14751

Il appartient donc à l'employeur de faire respecter les temps de repos. Le droit à la déconnexion met d'ailleurs l'accent sur cette carence du droit au repos et devrait faire prendre conscience aux employeurs qu'ils ont le devoir³⁶⁸ de le faire respecter mais surtout d'en assurer la qualité. Si le temps de repos et de congé est un temps de non-travail, cette ineffectivité actuelle obligera-t-elle à poser un « *congé numérique* »³⁶⁹ afin de bénéficier d'un réel repos ? Ou alors, comme le propose ironiquement le Professeur Jean-Emmanuel Ray « *à l'instar du contrôle parental, créer un contrôle familial, maman ne pouvant plus ouvrir son ordinateur de 20 h 15 à 8 h 00 pour se connecter à sa progéniture ?* »³⁷⁰ C'est justement pour éviter de telles dérives que les dispositifs encadrant le droit à la déconnexion doivent permettre au salarié de bénéficier d'un temps de repos réel. L'employeur qui interdit les connexions hors temps de travail sous peine de sanctions disciplinaires permet ainsi d'assurer un repos total, du moins concernant l'utilisation des outils techniques. Cette situation ne permet toutefois pas d'encadrer la déconnexion intellectuelle du salarié qui se rapporte à sa faculté de penser à autre chose qu'à son travail, à se départir de ses préoccupations professionnelles, et à effectuer un repos de ses neurones.³⁷¹ Mais cette déconnexion intellectuelle relève des facultés personnelles de chacun et appartient au domaine extra-juridique.³⁷² Et, si l'employeur parvient à assurer une déconnexion technique, mais pas intellectuelle, il aura rempli son obligation et aura participé à l'amélioration des temps de repos de ses salariés.

E – Astreinte

L'article L.3121-9 du Code du Travail définit l'astreinte comme « *une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.* » Le temps d'attente du salarié d'astreinte ne peut pas être qualifié de temps de travail effectif,³⁷³ seul le temps d'intervention est considéré comme tel.³⁷⁴ L'astreinte doit être mise en place par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cette convention ou cet accord fixe le mode d'organisation des astreintes, les modalités d'information et les délais de prévenance

³⁶⁸ C. MATHIEU « Le droit à la déconnexion : une chimère ? » RDT. 2016, p.592

³⁶⁹ J.-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion ». Dr. Soc. 2016, p.912

³⁷⁰ J.-E. RAY, J.-P. BOUCHET « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC » Dr. Soc. 2010, p.44

³⁷¹ J.-E. RAY « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle », Dr. soc. 11 nov. 2002, p. 939.

³⁷² T. DAILLER « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail », Les Petites Affiches, 1^{er} mars 2017

³⁷³ Cass. soc., 7 avril 2010, n° 09-40.020, JCP S 2010, 1328, note T. Lahalle

³⁷⁴ Article L. 3121-9 alinéa 2 du Code du Travail

des salariés concernés ainsi que la compensation sous forme financière ou sous forme de repos à laquelle elles donnent lieu.³⁷⁵ A défaut d'accord, c'est l'employeur qui fixera unilatéralement les modalités de l'astreinte après avis du CE, ou à défaut des DP, et après information à l'inspecteur du travail.³⁷⁶

Par exemple, concernant l'éducateur spécialisé à qui avait été confiée l'obligation d'assurer une permanence grâce à son téléphone professionnel afin de répondre aux besoins des jeunes suivis par la structure, qui était de plus contraint de résider à proximité du lieu d'hébergement et d'intervenir en cas de besoin. La période litigieuse précitée constituait donc bien une période d'astreinte.³⁷⁷ La solution est identique concernant le salarié qui devait rester joignable à tout moment pour résoudre les problèmes de l'entreprise, assurait une permanence téléphonique en dehors des locaux de l'entreprise et de ses temps de travail effectifs et qu'il lui arrivait de se déplacer. Les périodes litigieuses constituaient bien des périodes d'astreinte.³⁷⁸

A contrario, les salariés qui décident de leurs propres initiatives de mettre en place un service d'appel téléphonique en dehors de leurs heures de travail est insuffisant à faire de la période litigieuse une période d'astreinte.³⁷⁹ La chambre sociale de la Cour de Cassation a eu en l'espèce une appréciation assez rigoureuse³⁸⁰ de l'astreinte puisque la demande sera rejetée pour deux motifs. D'une part, l'astreinte suppose une décision explicite de l'employeur, or dans ce cas d'espèce ce sont les deux infirmières elles-mêmes qui ont décidé d'offrir la possibilité aux aides-soignantes du service de pouvoir les joindre en dehors de leurs heures de travail. D'autre part, les infirmières n'effectuaient qu'un rôle de coordination et n'intervenaient jamais en personne, puisqu'elles faisaient intervenir des infirmières libérales. Les salariés soutenaient, par analogie avec les heures supplémentaires,³⁸¹ que l'employeur était conscient de cette organisation, et que son accord à une telle astreinte pouvait être implicite. Cet argument est refusé par la chambre sociale de la Cour de Cassation, l'astreinte ne peut se déduire d'une seule situation de fait. Cela s'explique car, contrairement aux heures

³⁷⁵ Article L. 3121-11 du Code du Travail

³⁷⁶ Article L. 3121-12 du Code du Travail

³⁷⁷ Cass. soc., 1 juillet 2009, n°08-41.217, Lamy, Jurisprudence Hebdo, n° 183/2009

³⁷⁸ Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-27, LSQ, Le dossier pratique, n° 151/2016

³⁷⁹ Cass. soc., 8 septembre 2016, n°14-26.825, D. 2016, p.1822 ; JCP S, note L. CAILLOUX-MEURICE

³⁸⁰ P. THIEBART « Le droit à la déconnexion, comment faire ? » JEANTET, p.16

³⁸¹ Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 ; JCP S 2010, 1241, G. LOISEAU: les heures supplémentaires ouvrent droit à paiement dès lors qu'elles ont été accomplies avec l'accord de l'employeur, cet accord pouvant être implicite

supplémentaires, l'astreinte doit être mise en place de manière plus formelle³⁸² comme nous le rappelions.

Et donc, le fait pour un salarié de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif,³⁸³ notamment parce qu'aucune astreinte n'avait été explicitement mise en place par l'employeur. En l'espèce, un ambulancier avait refusé de répondre à 3 appels un vendredi midi. Il était licencié pour faute grave au motif qu'il avait « *refusé d'assurer son service, mis la vie de personne en danger, et l'avenir de l'entreprise en péril* ». La Cour de Cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et considère que compte tenu de la séparation vie personnelle / vie professionnelle et en dehors de toute astreinte, il ne peut être reproché une faute au salarié qui ne répond pas à son téléphone, *a fortiori* son portable personnel.³⁸⁴

L'omniprésence des TIC à usage professionnel a pour conséquence que beaucoup de salariés s'ils ne sont pas occupés en dehors de leurs temps de travail, restent préoccupés,³⁸⁵ un appel professionnel pouvant être reçu à tout moment par un collègue à qui on a donné son numéro de téléphone personnel. C'est ainsi que la tension demeure, même si cette télé disponibilité est souvent présentée et/ou vécue comme valorisante.³⁸⁶ Ces salariés sont finalement dans une situation d'astreinte numérique³⁸⁷ garantissant ainsi une continuité du service privé.³⁸⁸ Mais cette situation ne devrait pas pour autant être constitutive d'une réelle astreinte au sens des articles L. 3121-9 et suivants du Code du Travail, ce qui a le point positif d'éviter un contentieux conséquent puisque de nombreux salariés auraient estimé que l'utilisation ponctuelle de leurs outils technologiques professionnels en dehors de leurs temps de travail constituait une astreinte. Cette solution devrait être confirmée dès lors que l'employeur ne s'immisce pas dans l'organisation de ces « *permanences* » que peuvent organiser les salariés, puisque si l'employeur joue un rôle actif dedans, les temps litigieux risqueraient de se transformer en temps d'astreinte. De plus, soulignons-le, l'astreinte ne peut être effectuée que dans le cadre et avec les garanties prévues à cet effet.

³⁸² Accord d'entreprise, ou à défaut décision unilatérale de l'employeur après consultation du CE etc.

³⁸³ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.889, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 142

³⁸⁴ J.-E. RAY « La guerre des temps » Dr. Soc. 2006, p.3

³⁸⁵ J.-E. RAY « De la sub/ordination à la sub/organisation » Dr. Soc., 2002, p. 5

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ G. LOISEAU « La déconnexion », Dr. Soc. 2017, p.464

³⁸⁸ J.-E. RAY « La guerre des temps » Dr. Soc. 2006, p.5

Cette situation peut donc être source d'incertitude et laisser des questions en suspens. Dernière question pour ces salariés « *d'astreinte numérique* », le téléphone portable se met-il à gauche ou à droite de l'assiette ?³⁸⁹

§II – La nécessaire régulation de la charge de travail

La transformation numérique a eu des conséquences sur l'intensification de la charge de travail (A), ce qui a rendu important pour l'employeur d'évaluer correctement cette charge afin de pouvoir la réguler (B). Une régulation juste de la charge de travail pourrait limiter voire éradiquer les problématiques liées au droit à la déconnexion (C).

A – Les conséquences de la transformation numérique sur la charge de travail

L'étude d'impact de la loi Travail fait ressortir le constat que les TIC participent à l'accroissement des rythmes de travail entraînant une intensification accrue du travail pour les salariés qui y sont particulièrement exposés. Les salariés « *connectés* » devront ainsi faire face à une charge de travail accrue, pouvant comporter des risques pour leur santé.³⁹⁰

C'est également le bilan dressé par Bruno METTLING qui précise que la transition numérique a un impact sur la qualité de vie au travail en ce qu'elle occasionne notamment une plus difficile régulation de la charge de travail.³⁹¹ Cela s'explique par la hausse des cas dans lesquels la charge de travail n'est pas toujours mesurée au mieux par le temps de travail. Auparavant, le temps de travail permettait une représentation fidèle de la charge de travail, par exemple dans les industries manufacturières. Mais, avec la transformation numérique, il semble désormais nécessaire de développer des approches complémentaires associant d'une part le temps de travail en tant que tel, et d'autre part des méthodes permettant d'évaluer la

³⁸⁹ J.-E. RAY « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC » Dr. Soc. 2010, p.44

³⁹⁰ ETUDE D'IMPACT PROJET DE LOI visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, du 24 mars 2016, p.234 sous l'art. 25 « Droit à la déconnexion »

³⁹¹ B. METTLING « Transformation numérique et vie au travail », Rapport à l'attention de Madame la ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, p.11

charge réelle de travail supportée par le salarié. C'est d'ailleurs le sens de la préconisation n°23³⁹² du rapport METTLING.

B – L'indispensable évaluation puis régulation de la charge de travail

Suite à la constatation de l'intensification de la charge de travail, il faut dans un premier temps évaluer cette charge de travail (1) afin de pouvoir la réguler au mieux (2).

1 – L'évaluation de la charge de travail

Pour permettre l'évaluation de la charge réelle de travail, le Rapport METTLING donne des pistes, qui seront d'ailleurs reprises par l'Accord Orange en 2016.³⁹³ Afin d'aborder la réalité complexe de la charge de travail, qui dépend de plusieurs facteurs tels que les effectifs, le temps de travail, l'organisation du travail ou le mode de management, il convient de raisonner en trois phases. La direction doit tout d'abord évaluer le « *travail prescrit* » qui correspond à un objectif donné par l'employeur à son salarié. Celui-ci engendrera un nombre important d'actions que devra réaliser le salarié afin de parvenir à cet objectif, c'est le « *travail réel* ». Enfin, les salariés vivent différemment les difficultés, le temps nécessaire pour parvenir à réaliser l'objectif, c'est le « *travail perçu* ». Il ressort de cette méthode que la charge de travail repose sur un critère subjectif, puisque le « *travail perçu* » sera différent selon le niveau de compétences, l'âge, la formation du salarié, contrairement à la simple mesure du temps de travail qui est parfaitement objective. Afin d'évaluer le plus fidèlement possible cette charge de travail, le groupe Orange a mis en place un outil « *décompte du temps de travail* » qui permet de rendre compte de la charge de travail de chaque salarié. Mais également, il faut faire beaucoup d'évaluations des salariés, des questionnaires, afin de pouvoir identifier les problématiques de surcharge de travail et d'ensuite, pouvoir les combattre.

Les raisons qui poussent les salariés à se connecter en dehors de leurs temps de travail sont diverses³⁹⁴ et doivent être identifiées. Celles-ci peuvent tout d'abord résulter de l'organisation du travail qui peut faire que le salarié se sente obligé ou non de travailler, même

³⁹² B. METTLING, rapport préc, p.53 : « Compléter la mesure du temps de travail par la mesure de la charge de travail pour les secteurs dans lesquels celle-ci est pertinente »

³⁹³ Groupe Orange, « accord de méthodologie sur l'évaluation et l'adaptation de la charge de travail », 21 juin 2016

³⁹⁴ H. LANOUZIERE « De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés » SSL, n°1755, 6 février 2017

en dehors de leurs temps de travail. Ensuite, ces connexions peuvent être causées par le management et les objectifs qu'ils fixent aux salariés. Egalement la culture d'entreprise qui a un rôle important, s'il y a des exigences excessives en matière de « *joignabilité* », ³⁹⁵ les salariés auront sûrement peur d'être mal vus s'ils ne se connectent « *que* » pendant leurs temps de travail. La dernière raison, ce sont les comportements individuels de chaque salarié, certains sont ce que nous avons appelés les « *fracturés numériques* » et qui ne sont donc pas à l'aise avec tous ces appareils technologiques, tandis que d'autres, par exemple issus de la génération Y, passeront un temps très important sur leurs smartphones aussi bien personnels que professionnels.

2 – La régulation de la charge de travail

Une fois évaluée, l'accord Orange ³⁹⁶ propose une méthode afin de réguler au mieux la charge de travail. Pour cela, il faut tout d'abord mettre en place la « *régulation de contrôle* », qui consiste en la fixation par l'employeur d'orientations générales, de méthodes de travail que chaque salarié doit respecter. Ensuite, « *la régulation autonome* » consiste individuellement, pour chaque salarié, en l'application de ses propres méthodes permettant d'alléger sa charge de travail, d'effectuer sa prestation de travail de la manière la plus efficace possible. Enfin, il convient de mettre en place la « *régulation conjointe* » qui permet d'optimiser au mieux la charge de travail grâce à une discussion entre les salariés et la direction.

De nombreux outils peuvent permettre cette régulation de la charge de travail. Le premier outil devant être les réunions d'équipes ainsi que le dialogue avec le manager, ceux-ci permettant de faire ressortir clairement les éventuelles surcharges de travail. Mais également, les « *sous-charges* » de travail qui ne doivent pas être négligées puisqu'elles sont elles aussi facteurs de troubles, le salarié pouvant se sentir exclu, en marge de l'entreprise. Autre outil, d'envergure plus importante, la GPEC peut permettre de prévenir l'intensification de la charge de travail et prévoir notamment des variations d'effectifs, prévoir un recrutement sur des profils de compétences différents également. La régulation peut aussi passer par un renforcement du travail collaboratif, du travail en équipe qui permet de mieux répartir la charge de travail. De plus, savoir se déconnecter d'une charge de travail trop importante est une compétence qui se construit à un niveau individuel mais qui a besoin d'être soutenue par

³⁹⁵ Les cahiers du DRH, n°241, 1^{er} avril 2017

³⁹⁶ Accord Orange du 21 juin 2016 préc.

l'entreprise, c'est pourquoi l'entreprise doit également prévoir des formations de ses salariés face aux conséquences possibles de l'usage des TIC.³⁹⁷

C – La fin des problématiques liées au droit à la déconnexion ?

L'accord Michelin du 15 mars 2016 sur la « *maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes* » créé un dispositif permettant de détecter les situations à risque qui peuvent résulter d'une amplitude journalière de travail trop élevée, ou de connexions hors temps de travail trop importantes. À partir d'un seul non-respect de 11 heures de repos quotidien ou de cinq connexions hors temps de travail, un mail est automatiquement envoyé au cadre et à son n + 1, les invitant à se rencontrer. Si le problème perdure, sont alors informés le n + 2 et le responsable des ressources humaines. De plus, les membres de la commission de suivi ont accès à ces alertes.

Si cette méthode permet à l'employeur de se prémunir de certains risques en cas de contentieux, arguant qu'il a tout mis en œuvre pour éviter les connexions hors temps de travail de son salarié, elle prend à notre sens le problème à l'envers. Car si le salarié se connecte trop souvent en dehors de son temps de travail, ce n'est bien souvent pas de sa propre volonté parce qu'il serait trop passionné par son travail, mais plutôt car sa charge de travail est trop élevée et qu'il ne trouve donc pas d'autres moyens que de travailler autant pour y faire face. L'employeur qui parviendrait à réguler au mieux la charge de travail des salariés n'aurait alors plus aucune problématique de droit à la déconnexion, puisque le salarié qui ne serait pas débordé par son travail n'aurait pas de raisons de se connecter. C'est donc par une régulation en amont de la charge de travail que les problématiques concernant le droit à la déconnexion seront limitées, ou même supprimées ?

Ce n'est à notre sens pas si simple, puisque certains salariés vivent particulièrement bien le fait de pouvoir organiser leurs journées de manière plus flexible, de pouvoir traiter quelques courriels le soir. Toutefois, cette régulation est fortement souhaitable puisqu'elle permettrait à un grand nombre de salariés qui se sentent contraints de se connecter en dehors de leurs temps de travail de ne plus avoir à le faire. Encore faut-il que chaque employeur

³⁹⁷ Ces formations sont d'ailleurs expressément prévues par l'article L. 2242-8, 7° du Code du Travail

parvienne à réguler de la manière la plus optimale possible la charge de travail, ce qui est loin d'être simple.

L'employeur a d'ailleurs tout intérêt à parvenir à une régulation satisfaisante de la charge de travail car en plus des problématiques liées au droit à la déconnexion, une charge de travail trop élevée peut engendrer des condamnations de l'employeur sur de nombreux fondements. Par exemple, le salarié qui a subi une forte pression du fait de sa surcharge de travail importante avec des temps de traitements des tâches devenus irréalisables a été indemnisé à hauteur de 32 000 €, et cette situation a été caractérisée de harcèlement moral.³⁹⁸ Mais également une possible condamnation sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat, la charge et des horaires de travail excessifs ayant, en l'espèce, dégradé la santé de la salariée qui était exposée à un état de stress permanent ayant entraîné un épuisement professionnel.³⁹⁹

§III – Le cas particulier des conventions de forfaits en jours

Pour être valablement mis en place, le forfait jours doit être prévu par un accord collectif (A), mais également par une convention individuelle (B).

A – L'accord collectif permettant la conclusion d'une convention de forfait en jours

Si le forfait-jours a pu être considéré comme le « *dispositif à abattre, car responsable de tous les abus sur le temps de travail, la surcharge de travail* », ⁴⁰⁰ il reste néanmoins vrai qu'il tient compte de la problématique du « *décompte du temps de travail de collaborateurs largement pourvus en TIC qui relève de la fumisterie* ». ⁴⁰¹ En effet, vouloir mesurer à la minute près le temps de travail d'un travailleur du savoir est vain et ne peut que « *plomber* » les entreprises françaises qui avaient trouvé avec ce système consensuel une solution équilibrée.

³⁹⁸ CA Versailles, 13 mai 2014, n°11/02750, 6^{ème} ch. SAS Clinea c/ D

³⁹⁹ Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.082, LSQ, Le dossier jurisprudence théma, n° 87/2013

⁴⁰⁰ J.-E. RAY « Actualité des TIC : Tous connectés, partout, tout le temps ? » Dr. Soc. 2015, p.518

⁴⁰¹ J.-E. RAY « Vie professionnelle, vie personnelle et TIC » Dr. Soc. 2010, p.44

Cette solution permettant aux cadres de maintenir une certaine opacité sur leur emploi du temps, source de flexibilité patronale sans doute, mais aussi personnelle et très appréciée par les cadres.⁴⁰²

Nous rappellerons tout d'abord les modalités de mise en œuvre de l'accord collectif permettant la conclusion de convention individuelle de forfaits en jours (1). Puis nous rappellerons que le forfait jours a connu une remise en cause jurisprudentielle qui a fait grand bruit, allant presque jusqu'à la remise en cause du système des conventions de forfaits en jours⁴⁰³ (2). La Loi Travail, s'inspirant des récents arrêts de la chambre sociale de la Cour de Cassation sur le sujet a permis la sécurisation des forfaits annuels en jours (3).

1 – Les modalités de l'accord collectif

La convention de forfait en jours ne concerne qu'une catégorie limitée de salariés. En effet, seuls les cadres qui disposent d'une autonomie suffisante dans l'organisation de leurs emplois du temps et dont l'organisation du travail ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif et les salariés dont la durée du travail ne peut pas être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps sont concernés.⁴⁰⁴ Ces salariés ne sont pas concernés par la durée légale hebdomadaire du travail⁴⁰⁵ et sont par conséquent exclus des dispositions relatives aux heures supplémentaires. De plus, la conclusion d'une convention de forfait en jours est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou à défaut de branche le permettant,⁴⁰⁶ et enfin qu'une convention individuelle de forfait soit rédigée et explicitement acceptée par le salarié.⁴⁰⁷ Ces conditions sont cumulatives, si l'une d'elle fait défaut, la convention annuelle de forfait en jours ne sera pas opposable au salarié.

⁴⁰² J.-E. RAY « Grande accélération et droit à la déconnexion » Dr. Soc. 2016, p.912

⁴⁰³ Le comité européen des droits sociaux qui était très critique à l'égard du forfaits jours en 2010 les a finalement jugé compatible avec la charte européenne suite aux arrêts de la chambre sociale de la Cour de Cassation annulant certains accords.

⁴⁰⁴ Article L. 3121-58 du Code du Travail

⁴⁰⁵ Article L. 3121-62 du Code du Travail

⁴⁰⁶ Article L. 3121-63 du Code du Travail

⁴⁰⁷ Article L.3121-55 du Code du Travail

De nombreuses conditions sont à respecter concernant l'accord collectif qui organise les modalités du forfait en jours au sein de l'entreprise. Il doit indiquer les salariés pouvant être concernés, la durée annuelle du travail ne pouvant excéder 218 jours dans l'année, les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié, les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié communiquent périodiquement sur la charge de travail du salarié, sur l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sur sa rémunération ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise, et enfin les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion.⁴⁰⁸

2 – Les incertitudes suite aux invalidations de certains accords

La Cour de Cassation a invalidé⁴⁰⁹ de nombreux accords collectifs de mise en place de forfaits en jours au motif que ceux-ci ne respectaient pas les principes constitutionnels et européens de santé et de sécurité au travail notamment concernant les durées maximales de travail ainsi que le respect des repos journaliers et hebdomadaires.⁴¹⁰ Les risques financiers pour les entreprises sont très importants puisque l'annulation de la convention de forfaits en jours entraîne l'application de la durée légale du travail de 35 heures hebdomadaire et permet donc aux salariés de revendiquer le paiement d'heures supplémentaires, souvent conséquentes.⁴¹¹

3 – La sécurisation des forfaits annuels en jours

La France a été amenée, ces dernières années, à justifier de la conformité du forfait en jours avec la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 et la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'aménagement du temps de travail. Par un arrêt

⁴⁰⁸ Article L.3121-64 du Code du Travail

⁴⁰⁹ Cass soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, Bull. civ. V, n° 43, pour la convention collective de l'industrie chimique, D. 2012. 445 ; Cass soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, Bull. civ. V, n° 250, pour la convention du commerce de gros, D. 2012. 2316 ; Cass soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, Bull. civ. V, n° 117, pour la convention collective Syntec, D. 2013. 1143 ; Cass soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891, Bull. civ. V, n° 23, pour le commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, D. 2015. 438 ; Cass soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444, publié au Bulletin, pour la convention collective des cafés, hôtels et restaurants.

⁴¹⁰ P. FLORES « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 » – Dr. Soc. 2016, p.898

⁴¹¹ G. BORDIER « La sécurisation des forfaits annuels en jours » Capstan TV, Youtube

de principe du 29 juin 2011,⁴¹² et une jurisprudence constante depuis, la Cour de Cassation est venue « sécuriser » le dispositif du forfait jours en le mettant en conformité avec la Charte sociale et la directive européenne précitées. Cette jurisprudence a été à l'origine d'un certain nombre d'invalidations de conventions individuelles de forfaits conclues sur la base d'accords collectifs, le plus souvent de branche, jugés incomplets. Nous exposerons tout d'abord quels sont ces moyens permettant la sécurisation du forfait en jours (a), puis nous formulerons des observations plus précises quant aux dispositions ayant vocation à encadrer le droit à la déconnexion (b), et la charge de travail (c) de ces salariés.

a/ Les moyens de sécurisation

Si l'accord collectif ne comporte pas toutes les dispositions, y compris nouvelles,⁴¹³ prévues par l'article L.3161-24 du Code du Travail, la Loi Travail permet une certaine sécurisation des forfaits annuels en jours. Peu importe qu'ils aient été signés avant ou après la publication de cette loi, les accords collectifs pourront toujours servir de fondement à la conclusion de conventions individuelles de forfaits en jours dès lors que l'employeur comble les carences de l'accord collectif. Pour ce faire,⁴¹⁴ l'employeur doit tout d'abord établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, puis s'assurer que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos quotidiens et hebdomadaires. Est également obligatoire, l'organisation une fois par an d'un entretien avec le salarié pour évoquer sa charge de travail, qui doit être raisonnable. De plus, il faudra contrôler l'organisation de son travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle ainsi que sa rémunération.

Par ailleurs, la loi Travail a également sécurisé les accords existants en permettant leurs révisions par l'inclusion des nouvelles clauses obligatoires. Et dans cette situation, l'employeur n'aura pas à requérir l'accord du salarié pour poursuivre la convention individuelle dès lors qu'il ne change pas les paramètres du forfait. Cette modification unilatérale permet de combler les carences de l'accord collectif, ce que la jurisprudence⁴¹⁵ n'admettait pas auparavant.

⁴¹² Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107, obs. M.-F. Mazars RDT 2011, p.481

⁴¹³ Article 12, III, de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016

⁴¹⁴ Les mesures suivantes sont issues de l'article L. 3121-65 du Code du Travail

⁴¹⁵ Cass. soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807, Obs. Gazette du Palais, 23 février 2012

Ces dispositions supplétives en l'absence de clause relative à l'entretien annuel et au suivi du salarié dans l'accord collectif vont permettre aux accords en vigueur avant la loi Travail de continuer à s'appliquer, sans risquer d'être remis en cause.⁴¹⁶ C'est ainsi que ne sera pas annulé la convention de forfaits en jours prévue par l'accord collectif sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires. En l'espèce,⁴¹⁷ cet avenant organisait le suivi et le contrôle de la charge de travail selon une périodicité mensuelle, et ce par le biais d'un relevé déclaratif signé par le supérieur hiérarchique et validé par le service des ressources humaines. Il était également assorti d'un dispositif d'alerte de la hiérarchie en cas de difficulté avec possibilité de demande d'entretien. Cet accord a donc respecté les exigences constitutionnelles⁴¹⁸ et européennes⁴¹⁹ relatives à la durée du temps de travail et au respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur.

b/ Observations sur les dispositions encadrant le droit à la déconnexion

La dernière clause à insérer dans l'accord collectif concerne les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion.⁴²⁰ Certains accords collectifs avaient d'ailleurs anticipé cette nécessité avant même la Loi Travail. Tel est le cas de l'accord de l'import-export qui consacre le droit à la déconnexion pour les salariés soumis à une convention de forfaits en jours dont « *la durée du travail ne peut être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exercent et du degré d'autonomie dont ils disposent dans l'organisation de leurs emplois du temps. Ce droit à la déconnexion permet de garantir à ses salariés les durées minimales de repos* ». ⁴²¹

Et, si l'accord collectif ne comporte pas de dispositions sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion, les employeurs se trouvent en situation d'appliquer les dispositions supplétives qui disposent qu'il revient à l'employeur de les définir et de les communiquer par

⁴¹⁶ F. CHHUM, C. BONHOURE « FORFAIT JOURS ET LOI TRAVAIL/ EL KHOMRI DU 8 AOÛT 2016 : QU'EST-CE QUI VA CHANGER ? » <http://village-justice.com>

⁴¹⁷ Cass. soc., 08 septembre 2016, n°14-26.256, D. 2016, p.1823

⁴¹⁸ Préambule de la Constitution de 1946

⁴¹⁹ Article 17, § 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, Articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003

⁴²⁰ Article L. 3121-65 du Code du Travail

⁴²¹ LSQ, Le dossier convention collective, n°215/2016, 1^{er} décembre 2016

tout moyen aux salariés concernés.⁴²² Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, ces modalités sont conformes à la charte mentionnée au 7° de l'article L.2242-8. Mais une incertitude se pose en cas d'absence de charte, puisque l'employeur qui aurait négocié un accord collectif n'a pas à établir de charte. Nous supposons donc que dans cette situation, les modalités devront être conformes non pas à la charte, mais à l'accord collectif. Concernant les entreprises de moins de cinquante salariés, il appartient à l'employeur de définir et de communiquer les modalités du droit à la déconnexion par tous moyens aux salariés concernés.⁴²³

Autre difficulté, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, nous avons rappelé⁴²⁴ qu'il existait un risque que l'employeur ne parvienne pas à un accord dans le cadre des NAO, mais qu'il ne fasse pas pour autant l'effort d'élaborer une charte puisque l'absence d'une telle charte n'est assortie d'aucune pénalité. Or, le risque de l'annulation de l'accord collectif prévoyant les modalités des conventions de forfaits en jours et les conséquences financières importantes qu'elle implique permet ainsi de renforcer le caractère obligatoire de l'élaboration d'une charte en cas d'échec des NAO. Cette sanction indirecte permet ainsi de forcer la main de l'employeur qui ne souhaitait pas mettre en place de charte compte tenu de l'absence de pénalité.

De plus, si les garanties propres à assurer le droit à la déconnexion des salariés aux forfaits en jours ne diffèrent pas réellement des autres salariés, il est préférable que l'accord⁴²⁵ prévoie les mesures les plus adaptées possibles. Par exemple, si une entreprise a prévu une coupure totale des serveurs les soirs et les week-ends, cette mesure ne semble pas adaptée aux salariés aux forfaits en jours qui doivent bénéficier d'une autonomie dans l'organisation de leurs emplois du temps. Une telle déconnexion forcée est incompatible avec leurs statuts, et il est donc souhaitable que l'accord collectif qui organise les modalités du forfait en jours leur offre une plus grande souplesse.⁴²⁶ Et c'est d'ailleurs ce qui semble ressortir de la lettre même du texte. Car, si le texte concernant les NAO prévoit une négociation sur « *le plein*

⁴²² Article L.3121-65 du Code du Travail

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Voir infra « 1 – La charte d'entreprise, représentation de la « soft law » ? »

⁴²⁵ Sous réserve qu'il contienne des mesures sur le droit à la déconnexion...

⁴²⁶ Les Cahiers du DRH, n°241, 1^{er} avril 2017

exercice par le salarié de son droit à la déconnexion »⁴²⁷, l'article L.3121-64 concernant les forfaits en jours invite à déterminer les « *modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion* ». Il semblerait donc que le droit à la déconnexion soit à géométrie variable⁴²⁸ en ce qu'il puisse être plus souple pour les salariés soumis à une convention de forfait en jours.

Il convient de faire remarquer que la négociation de ces deux accords, l'un issu des NAO sur la QVT, et l'un issu des conventions de forfaits en jours risquerait de faire naître une situation de concours entraînant le risque que les salariés puissent invoquer le principe de faveur et donc demander l'application de l'accord qu'ils considèrent leur être le plus favorable.⁴²⁹

c/ Observations sur le contrôle de la charge de travail

Si le législateur ne s'est pas risqué à définir la charge de travail et l'a explicitement renvoyé à la négociation collective (i), il est important de préciser que le fractionnement des temps de repos peut avoir des conséquences sur l'évaluation de cette charge de travail (ii).

i. La définition et le contrôle de la charge de travail laissée à la négociation collective

L'article L. 3121-60 nouveau du Code du Travail est exigeant. Il érige en disposition d'ordre public l'obligation pour l'employeur de s'assurer régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. Est également obligatoire, l'organisation d'un entretien annuel avec le salarié pour évoquer sa charge de travail. La jurisprudence opère un contrôle particulièrement strict sur ce sujet,⁴³⁰ ainsi que sur la mise en œuvre concrète de ce suivi. Et, à défaut de suivi de la charge de

⁴²⁷ Article L.2242-8, 7° du Code du Travail

⁴²⁸ L. GRATTON « Révolution numérique et négociation collective », Dr. Soc. 2016, p.1054

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Cass. soc. 17 décembre 2014, n°13-22.890, Obs. EFL Actualités, 20 janvier 2015

travail, la convention de forfait en jours sera nulle et le salarié pourra obtenir le paiement des heures supplémentaires s'il est en mesure de prouver ces dernières.⁴³¹

Notons toutefois, que le rapport Mettling préconisait de faire de la charge de travail un objet d'échange et d'évaluation régulier.⁴³² La loi n'est pas allée jusque-là puisqu'elle n'a imposé qu'un entretien annuel, ce qui ne correspond pas à un entretien régulier. Certains accords collectifs ont été plus respectueux de cette exigence en proposant par exemple un dispositif mensuel de contrôle de la charge de travail.⁴³³ L'évaluation de cette charge de travail doit donc résulter d'une concertation entre le salarié et l'employeur, c'est pourquoi l'accord qui se borne à affirmer qu'il appartient aux cadres, et à eux seuls, de s'efforcer à respecter la durée minimale de repos sera privé d'effets.⁴³⁴

Le rapport Mettling⁴³⁵ fait également ressortir la problématique selon laquelle, pour certains métiers, la mesure de la charge de travail par le temps de travail n'est pas satisfaisante. Les conventions de forfaits en jours permettent ainsi d'éviter ce décompte du temps de travail, mais une vigilance particulière doit être maintenue afin d'éviter les abus qui consisteraient à s'en servir pour confier une charge de travail trop importante. Pour cela, il faut être capable d'évaluer et par suite de réguler la charge de travail.⁴³⁶ La mesure du temps de travail sera ainsi remplacée par un travail fondé sur les projets et les résultats obtenus par les salariés. C'est également cette mesure de la charge de travail qui permettra de garantir la protection de la santé du salarié, notamment le respect d'un temps de repos suffisant.

C'est dans cet objectif que Bruno METTLING militait pour que soit défini à l'article L.3121-46 du Code du Travail ce qu'il fallait comprendre par charge de travail.⁴³⁷ Mais il n'a pas été suivi par le législateur qui ne s'y est pas risqué et a préféré renvoyer cette discussion à la négociation collective. Le législateur s'en justifie directement dans l'étude d'impact du projet de loi Travail.⁴³⁸ Il précise que « *la loi est volontairement non directive dans le contenu*

⁴³¹ Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-15.064, Obs. Dalloz actualité, 14 décembre 2016

⁴³² B. METTLING « Transformation numérique et vie au travail », p.34

⁴³³ Cass. soc., 08 septembre 2016, n°14-26.256, D. 2016, p.1823

⁴³⁴ Cass. soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807, JCP S 2012. P.1120, note M. MORAND, concernant l'industrie chimique

⁴³⁵ B. METTLING, rapport préc., p.19

⁴³⁶ Voir infra « §II – La nécessaire régulation de la charge de travail »

⁴³⁷ Rapport préc., p.38

⁴³⁸ Etude d'impact du 24 mars 2016, p.38

même de l'accord, pour laisser à la négociation collective la souplesse nécessaire. Seuls les partenaires sociaux sont en mesure de mettre en place les outils de suivi de la charge de travail adaptés à la nature des fonctions occupées par les salariés et de l'activité de l'entreprise ou de la branche ». Cette définition de la charge de travail par les partenaires sociaux est un enjeu fondamental puisque si la charge de travail est correctement régulée, la santé des salariés soumis à une convention de forfaits en jours sera respectée, ainsi que leurs temps de repos. Mais aussi la problématique liée au droit à la déconnexion aura tendance à s'amoinrir puisque un salarié qui n'a pas une charge de travail trop élevée ne sera pas contraint de se connecter en dehors de son temps de travail.

ii. Vigilance concernant le fractionnement des temps de repos

Le nombre maximal de jours de travail inclus dans le forfait est fixé à 218, et les possibilités d'augmentation de celui-ci par la renonciation à des jours de repos sont strictement encadrées.⁴³⁹ Le législateur a maintenu la possibilité pour le salarié de renoncer à certains de ses jours de repos en échange d'une majoration de salaire. *A priori*, aucune limite n'est posée quant au plafond applicable, si ce n'est celle de 282 jours de travail dans l'année résultant de l'application des repos quotidiens et hebdomadaires, des jours fériés et chômés dans l'entreprise et des congés payés. A défaut de dispositions conventionnelles sur ce sujet, l'article L. 3121-66 du Code du Travail vient fixer un plafond à 235 jours de travail annuel. Ce plafond reste une invitation à ne pas être dépassé puisque le caractère déraisonnable d'une charge de travail peut résulter d'un nombre de jours de travail trop élevés sur l'année. Ainsi, supprimer trop de jours de repos risquerait d'être un indice d'une violation des règles de respect de la santé et des temps de repos du salarié.⁴⁴⁰ Cette concertation sur l'évaluation de la charge de travail pouvant aboutir à un fractionnement des temps de repos peut être perçue comme une injonction paradoxale...⁴⁴¹

⁴³⁹ Articles L. 3121-59, L. 3121-64 II, L. 3121-65 II du Code du Travail

⁴⁴⁰ P. FLORES « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 » Dr. Soc. 2016, p.898

⁴⁴¹ L. GRATTON « Révolution numérique et négociation collective » Dr. Soc. 2016, p.1054

B – La convention individuelle de forfaits en jours

La convention de forfait conclue entre l'employeur et le salarié est obligatoirement écrite.⁴⁴² Elle permet de matérialiser cet accord et doit être précise et détaillée. Elle doit indiquer, en adéquation avec l'accord collectif qui la régit, le nombre exact de jours travaillés dans l'année qui doit être précis et intangible⁴⁴³. Mais aussi, les modalités de décompte des jours et des absences, ainsi que les conditions de prises de repos. Est également indiquée la rémunération qui doit être en rapport avec les sujétions qui sont imposées au salarié,⁴⁴⁴ ainsi que les modalités de surveillance de la charge de travail, et les mesures permettant l'articulation entre les activités professionnelles du salarié et sa vie personnelle et familiale.

Le contenu de la convention individuelle de forfaits en jours doit être suffisamment précis puisque la seule référence à l'accord collectif qui la prévoit dans le contrat de travail est insuffisante.⁴⁴⁵ Rappelons pour finir que l'employeur ne peut pas imposer la signature d'une telle convention à un salarié, il ne peut donc ni l'appliquer d'office, ni sanctionner le salarié qui refuserait de s'y soumettre alors qu'il ne l'a pas signée.⁴⁴⁶

Section V – Une action en dommages et intérêts fondée directement sur le droit à la déconnexion ?

Un seul arrêt à notre connaissance a eu à se prononcer directement sur cette question. Celui-ci date d'avant la Loi Travail qui a consacré légalement le droit à la déconnexion, nous pouvons imaginer que les recours sur ce fondement vont se multiplier depuis l'entrée en vigueur de cette loi. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 23 novembre 2011⁴⁴⁷ dans lequel une entreprise organisait le service de différents voyants au cours de conversations téléphoniques ou par visio-conférence. La salariée avait pour mission

⁴⁴² Article L. 3121-55 du Code du Travail

⁴⁴³ Cass. soc., 12 mars 2015, n°13-17.516 : est ainsi annulée la convention qui prévoit un nombre de 217 jours maximum, qui laisse sous-entendre que le salarié pourrait être amené à travailler moins.

⁴⁴⁴ Article L. 3121-61 du Code du Travail

⁴⁴⁵ Cass. soc., 31 janvier 2012, n°10-17.593, Obs. D. 2012, p.445

⁴⁴⁶ Cass. soc., 30 mai 2007, n°05-41.802, Obs. D. 2008, p.442

⁴⁴⁷ CA Paris, Pôle 6, chambre 9, 23 novembre 2011, n°10/01477

d'organiser les plannings des différents voyants, mais également de contrôler les conversations afin de vérifier la qualité des prestations fournies. Elle était finalement licenciée pour insuffisance professionnelle au motif des retards répétés dans l'établissement des plannings, ou encore d'une incapacité à gérer les urgences.

Non seulement la Cour d'Appel de Paris prononcera le licenciement comme étant dénué de cause réelle et sérieuse mais en plus il augmentera le *quantum* des heures supplémentaires accordées à la salariée. Toutefois, il confirmera le jugement du Conseil des Prud'hommes en ce qu'il rejette la demande de la salariée à hauteur de 3 230 € sur le fondement « *du préjudice subi du fait de la violation de la réglementation relative à la durée du travail et au droit à la déconnexion* ». S'il semblait avéré que l'employeur ait demandé à la salariée et à l'un de ses collègues de rester joignable de 09 :00 heures à 23 :00 heures, la réalité démontre que seulement 4 messages sur une période de six mois ont été traités soit le week-end, soit avant 09 :00 heures le matin, soit après 19 :00 heures le soir. C'est donc assez logiquement que la demande de la salariée a été rejetée sur ce point.

Le législateur n'a pas prévu de sanction directe, telle qu'une pénalité, en cas d'absence par l'employeur de la mise en place de dispositif organisant le droit à la déconnexion. Toutefois, la hausse des mesures que l'employeur doit élaborer soit unilatéralement, soit avec les partenaires sociaux, laisse penser que des syndicats ou des salariés pourraient individuellement s'en prévaloir dans le cadre d'une action fondée sur le droit à la déconnexion.⁴⁴⁸ Ainsi, dès lors que l'employeur n'a pas mis en place de dispositif organisant le droit à la déconnexion, ou si ceux-ci ne sont pas suffisants, le salarié qui aurait subi un dommage soit à son « *intégrité psychique* », soit à sa vie personnelle, pourrait en demander réparation en évoquant directement le préjudice subi par la violation de son « *droit à la déconnexion* ». ⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ G. LOISEAU « La déconnexion », Droit Social 2017, p.467

⁴⁴⁹ *Ibid.*

CONCLUSION

Si chacun félicite la symbolique consécration légale du droit à la déconnexion, certains auteurs pensent que la Loi Travail ne permettra pas de le rendre effectif. Ces interrogations sont légitimes puisque l'employeur n'aura comme seule obligation que d'engager les NAO sur le thème du droit à la déconnexion. Mais qui dit engager les négociations, ne dit pas obligation de parvenir à un accord. A défaut, l'employeur doit simplement élaborer une charte, d'une valeur juridique pour le moins incertaine... Afin de renforcer l'effectivité de ce droit à la déconnexion nous tentons de proposer une définition qui intègre un devoir de déconnexion de l'employeur, et nous précisons que le terme de « *reconnexion* » est plus approprié que celui de « *déconnexion* ».

Puis, contrairement aux idées reçues, le droit à la déconnexion est une opportunité principalement pour l'employeur. C'est en effet un formidable outil pour limiter un contentieux particulièrement coûteux et qui pourrait se développer de manière exponentielle. Un salarié en situation d'hyper-connexion dispose de tellement de fondements juridiques en cas de litige par-devant les juridictions sociales que l'employeur ne peut pas réellement penser s'en sortir sans avoir à indemniser le salarié. Celui-ci tentera de faire reconnaître son épuisement professionnel comme un *burn-out* au titre des maladies professionnelles, puis demandera le paiement d'heures supplémentaires, auquel il ajoutera bien évidemment une demande au titre du travail dissimulé.⁴⁵⁰

L'employeur qui appréhenderait ce droit comme une contrainte, un droit de plus consacré par le droit social français déjà bien protecteur du salarié, serait à notre sens dans l'erreur. Nous conseillons vivement d'appréhender le droit à la déconnexion comme un outil duquel il pourrait tirer profit. L'employeur joue un rôle essentiel dans le processus de déconnexion : s'il parvient à réguler la charge de travail en amont, le salarié n'aura aucune difficulté à se déconnecter en aval. Chacun sera gagnant, et c'est dans ces conditions que la sur-connectivité se raréfiera et permettra ainsi de garantir l'effectivité du droit à la déconnexion. D'une part le salarié aura une charge de travail raisonnable et ses temps de repos en seront bonifiés. D'autre part, l'employeur limitera le risque d'un contentieux qui, sans nul doute, va croître dans les années à venir.

« *Quand le vent se lève, certains construisent des abris, d'autres des moulins* ».
Employeurs, faites du droit à la déconnexion votre moulin !

⁴⁵⁰ Une dizaine d'autres fondements juridiques pourraient être cités et sont développés au cours de ce mémoire. Beaucoup sont cumulables, les sommes peuvent donc rapidement devenir déraisonnables.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	1
SOMMAIRE.....	2
ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	4
Section I – L’avènement du droit à la déconnexion	4
§I – Les impacts du numérique sur les relations de travail.....	4
§II – L’émergence de la nécessité d’un droit à la déconnexion	6
A – Une solution jurisprudentielle bien ancrée	6
B – Une revendication doctrinale ancienne	7
C – Une consécration légale tardive	8
Section II – Un droit plutôt envié au-delà de nos frontières	8
§I – De nombreux pays élogieux vis-à-vis du droit à la déconnexion	8
§II – Certains pays aux réactions satiriques	9
PARTIE I – LA LOGIQUE CONSECRATION LEGALE DU DROIT À LA DECONNEXION.....	11
CHAPITRE I – LES CONSEQUENCES DU NUMERIQUE SUR LE DROIT DU TRAVAIL	12
Section I – La remise en cause de certains grands principes	12
§I – L’évolution du lien de subordination.....	12
§II – Quels impacts sur la vie personnelle du salarié ?	14
A – Un effritement de la frontière vie personnelle – vie professionnelle.....	15
B – Un effritement pas nécessairement néfaste	17
§III – La remise en cause du traditionnel lieu de travail unique	18
Section II – L’hétérogénéité des impacts du numérique	20
§I – Des difficultés	20
A – L’infobésité	20
B – La destruction d’emplois	21
C – La répulsion de certains salariés à la déconnexion	22
D – Les « <i>fracturés numériques</i> »	22
§II – Des opportunités	23
CHAPITRE II – LA MISE EN PLACE DU DROIT A LA DECONNEXION.....	25
Section I – La consécration légale du droit à la déconnexion	25
§I – Deux modalités de mise en place du droit à la déconnexion.....	25
A – Une obligation de négocier dans le cadre des NAO.....	25
B – L’intégration du droit à la déconnexion dans le cadre du forfait en jours	27
§II – Elaboration d’une charte en cas d’échec des négociations.....	28

A – L'élaboration de la charte	29
B – L'incertaine valeur juridique de la charte	30
1 – La charte d'entreprise, représentation de la « <i>soft law</i> » ?	30
2 – L'éventuelle adjonction de la charte au règlement intérieur	32
C – La simple consultation des IRP	33
1 – Un simple avis du CE	34
2 – L'implicite obligation de consultation du CHSCT	35
Section II – Les dispositifs envisageables	37
§1 – Un nécessaire diagnostic préalable	37
A – Etablir un état des lieux	37
B – Identifier les raisons de ces pratiques	38
§2 – Les dispositifs contraignants	39
§3 – Les dispositifs plus souples	41
A – Droit à la déconnexion choisie	41
B – Droit à la déconnexion encadrée	42
Section III – Essai de définition du droit à la déconnexion	45
§I – Les imperfections du dispositif actuel	46
A – Un droit à la « <i>reconnexion</i> » et non pas un droit à la « <i>déconnexion</i> »	46
B – L'exclusion inexplicite de certaines entreprises	46
C – L'impact négatif des NAO sur le droit à la déconnexion	47
§II – Le droit à la déconnexion en complément du droit au repos	48
§III - Une définition fondée sur la nouvelle architecture du Code du Travail	49
A – Ordre public	49
1 – Proposition	49
2 – Observations	50
B – Champ de la négociation collective	51
1 – Proposition	51
2 – Observations	51
C – Dispositions supplétives	52
1 – Proposition	52
2 – Observations	52
PARTIE II – QUEL POUVOIR CONTRAIGNANT DU DROIT A LA DÉCONNEXION ?	53
CHAPITRE I – LE DROIT A LA DÉCONNEXION COMPLÉTÉ PAR UN DEVOIR DE DÉCONNEXION ?	54
Section I – Droit et devoir de déconnexion du salarié	54
§I – La consécration légale d'un droit à la déconnexion et non d'un devoir	54
§II – La possible mutation du droit à la déconnexion en un devoir de déconnexion	56

Section II – Devoir de déconnexion de l’employeur.....	58
§I– L’indirecte codification du devoir de déconnexion reposant sur l’employeur.....	58
A – Une suggestion de l’illustre « <i>Rapport Mettling</i> ».....	58
B – L’implicite codification d’un devoir de déconnexion	59
C – Les effets positifs en cas de codification explicite	59
D – L’hétérogénéité dans la mise en place du devoir de déconnexion	60
§II – L’explicite devoir de déconnexion dans certains accords collectifs	61
Section III – La déconnexion : coresponsabilité du salarié et de l’employeur	62
Section IV – Les seuls outils juridiques insuffisants à garantir le droit à la déconnexion	64
§I – L’insuffisance des seuls outils juridiques	64
§II – Faire face à cette insuffisance	64
CHAPITRE II – UN DISPOSITIF CONTRAIGNANT DE MANIÈRE INDIRECTE	67
Section I – Le respect des obligations générales relatives à l’exécution du contrat de travail ..	67
§I – L’exécution de bonne foi du contrat de travail.....	67
§II – Respect de la vie personnelle et familiale du salarié	68
Section II – La rupture du contrat à l’initiative du salarié	71
§I – Prise d’acte.....	71
§II – Résiliation judiciaire.....	72
Section III – Les conséquences sur la santé des salariés	73
§I – Obligation de sécurité	74
§II – Burn-out.....	76
§III – Harcèlement moral	77
§IV – Faute inexcusable	79
§V – Risques Psychosociaux.....	80
Section IV – Les conséquences sur la durée du travail	82
§I – Les différentes actions envisageables	82
A - Heures supplémentaires	82
1 – Le travail commandé.....	82
2 – La preuve des heures supplémentaires.....	84
3 – Le rôle des dispositifs encadrant le droit à la déconnexion	84
B - Travail dissimulé	85
C - Dépassement de la durée maximale du travail	87
D - Non-respect des temps de repos	88
E – Astreinte.....	90
§II – La nécessaire régulation de la charge de travail	93
A – Les conséquences de la transformation numérique sur la charge de travail	93

B – L’indispensable évaluation puis régulation de la charge de travail	94
1 – L’évaluation de la charge de travail	94
2 – La régulation de la charge de travail	95
C – La fin des problématiques liées au droit à la déconnexion ?	96
§III – Le cas particulier des conventions de forfaits en jours	97
A – L’accord collectif permettant la conclusion d’une convention de forfait en jours	97
1 – Les modalités de l’accord collectif	98
2 – Les incertitudes suite aux invalidations de certains accords	99
3 – La sécurisation des forfaits annuels en jours	99
a/ Les moyens de sécurisation	100
b/ Observations sur les dispositions encadrant le droit à la déconnexion	101
c/ Observations sur le contrôle de la charge de travail	103
i. La définition et le contrôle de la charge de travail laissée à la négociation collective	103
ii. Vigilance concernant le fractionnement des temps de repos	105
B – La convention individuelle de forfaits en jours	106
Section V – Une action en dommages et intérêts fondée directement sur le droit à la déconnexion ?	106
CONCLUSION	108
TABLE DES MATIERES	109
BIBLIOGRAPHIE	113

BIBLIOGRAPHIE

1/ LIVRES, OUVRAGES et TRAITE

- FRANCIS LEFEBVRE, Memento Droit Social, 2017

- DICTIONNAIRE PERMANENT, Social, Editions Législatives, 2016

- LAMY EXPERT, Le Lamy Social, Wolters Kluwer, 2016

- C. SAUVAJOL-RIALLAND « Mieux s’informer pour mieux communiquer ; décrypter, sélectionner, transmettre », Editions Dunod

- V. CARAYOL, N. SOUABIALE, C. FELIO, F. BOUDOKHANE-LIMA « La laisse électronique, les cadres débordés par les TIC »

- JurisClasseur Travail Traité :
 - « Conditions de travail, hygiène et sécurité », DAUXERRE L.
 - « Prise d’acte de la rupture du contrat de travail », DRAI L.
 - « Régime général : Accidents du travail et maladies professionnelles » BAILLEUX D.

2/ THÈSES

MATHIEU (C.),

- « La vie personnelle du salarié » Thèse soutenue en 2004 à Lyon II sous la direction de Jean-Marc BERAUD

3/ ARTICLES DOCTRINE

ALAS-LUQUETAS (X.),

- « Le droit à la déconnexion », JCP Social, La Semaine Juridique, 20 juin 2017

BACH (O.),

- « Droit à la déconnexion – comment gérer les salariés résistants ? » FRS 1/17, 22 décembre 2016

BALLOUHEY MC-QUEEN (B.),

- « De l'autolicensiement à la démission pour cause réelle et sérieuse » JSL 2003, n° 135-1

BARTHELEMY (J.),

- « Le professionnel parasubordonné », JCP 1996, I, 606
- « Vers un droit de l'activité professionnelle », Droit Social 2017, p.192

BERAJUD (P.),

- « Le management 2.0 et la santé au travail », JCP G, 4 mai 2015

BERNARD (J.-M.),

- « Mise en œuvre du droit à la déconnexion : un air d'auberge espagnole... » Actuel RH, 20 avril 2017

BOUCHET (H.),

- « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié » Dr. Soc. 2002, p.78

BOUNEDJOURM (A.),

- « Le management 2.0 et la santé au travail », JCP G, 4 mai 2015

BOURGEOIS (M.-B.),

- « Le droit à la déconnexion », JCP Social, La Semaine Juridique, 20 juin 2017

CASSEREAU (F.),

- « French déconnexion », Gaz. Pal., 18 avril 2017, p.3

COHEN (M.),

- « Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe », LGDJ, 9e éd. 2009, p. 542

DAILLER (T.),

- « L'émergence du droit à la déconnexion en droit du travail » Les petites affiches, p.6, Ed. Lextenso, 1^{er} mars 2017

FABRE (A.),

- « Pouvoir de direction de l'employeur et vie personnelle et familiale du salarié : une valse à trois temps » Les Cahiers Sociaux, 1^{er} janvier 2014, n°259
- « Qualité de vie au travail et institutions représentatives du personnel : une articulation à construire », Droit Social, 2015, p.136

FANTONI-QUINTON (S.),

- « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, n°48, 26 novembre 2013

FAVENNEC-HERY (F.),

- « Le temps de repos : une nouvelle approche de la durée du travail », Dr. soc. 2000, p. 288

FLORES (P.),

- « Le forfait en jours après la loi du 8 août 2016 » – Dr. Soc. 2016, p.898

GRATTON (L.),

- « Révolution numérique et négociation collective » Droit Social 2016, p. 1051
- « La durée du travail, laboratoire d'une nouvelle architecture du Code du travail », Les Cahiers Sociaux, 1er octobre 2016

GUYOT (H.),

- « L'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique », JCP, La Semaine Juridique Sociale, 20 septembre 2016

HAUTEFORT (M.),

- « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », Les cahiers Lamy du DRH n°241, avril 2017

ICARD (J.),

- « Prise d'acte de la rupture en cas de manquement à l'obligation de sécurité », Les Cahiers Sociaux, 1^{er} avril 2013

JEAMMAUD (A.),

- « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labbane », Droit social 2001, p. 227, n° 13

LANOUZIERE (H.),

- « De nouveaux cadres de régulation doivent être trouvés » SSL, n°1755, 6 février 2017

LEBORGNE-INGELAERE (C.),

- « L'impact des TIC sur la santé au travail », JCP S, n°48, 26 novembre 2013

LEROUGE (L.),

- « Les risques psychosociaux en droit : retour sur un terme controversé » Dr. Soc. 2014, p.152

LOISEAU (G.),

- « La valeur juridique de la charte », Les Cahiers Sociaux n° 298, p.52, Ed. Lextenso, 2016
- « La révision du règlement intérieur, entre obligation et opportunité », Les Cahiers Sociaux, n°296, p.231, 1^{er} mai 2017
- « La déconnexion » Droit Social 2017, p.467

MARTINON (A.),

- « La révision du règlement intérieur, entre obligation et opportunité », Les Cahiers Sociaux, n°296, p.231, 1^{er} mai 2017

MATHIEU (C.),

- « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », RDT octobre 2016, p.594

MILLET (L.),

- « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise » Dalloz Actualité 2014, p. 472

MORAND (C.),

- « Focus – Le droit à la déconnexion », ANDRH Rhône, Mai 2017

MOREL (F.),

- « Le droit à la déconnexion : mode d'emploi », La Revue Fiduciaire

MORVAN (P.),

- « La mode des risques psychosociaux » Dr. Soc. 2013, p.965

NIEL (S.),

- « Endiguer la sur-connexion professionnel », Les cahiers du DRH, 2017

PORTA (J.),

- « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », RDT octobre 2016, p.594

RADE (C.),

- « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. Soc. 2002, p.26

RAY (J.-E.),

- « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination » Dr. Soc. 1992, p.5
- « De la sub/ordination à la sub/organisation », Dr. Soc. 2002, p.5
- « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIe siècle », Dr. Soc. 2002, p.939
- « La guerre des temps », Dr. Soc. 2006, p.3
- Vie professionnelle, vie personnelle et TIC », Droit Social 2010, p.44
- « Dix ans plus tard, que reste-t-il de l'auto-licenciement ? » Les Cahiers Sociaux 2013, Dossier « Les dix ans de la prise d'acte »

- « Qualité de vie(s) au travail et travail de demain », Dr. Soc. 2015, p.154
- « Actualité des TIC, tous connectés, partout, tout le temps ? » Droit Social, 2015, p.520
- « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit Social 2016, p.920
- « Droit à la déconnexion : un nouveau thème de négociation décrypté par J-E. RAY » LSQ l'actualité n°17212, 1^{er} décembre 2016
- « Rester dans la course », Ed. Lextenso, 1^{er} juillet 2017

SACHS (T.),

- « Le droit à la déconnexion : une chimère ? », RDT octobre 2016, p.594

THURAT (P.),

- « Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ? » Les Cahiers Sociaux, 1er juillet 2017

TOURANCHET (L.),

- « Le droit à la déconnexion », JCP Social, La Semaine Juridique, 20 juin 2017

VAN-LABEKE (M.),

- « Le management 2.0 et la santé au travail », JCP G, 4 mai 2015

VIVIEN (P.),

- « Comment concilier protection des salariés et nouvelles formes de travail ? » Les Cahiers Sociaux, 1er juillet 2017

WAQUET (P.),

- « Le temps de repos » Dr. Soc. 2000, p.288

4/ ARTICLES INTERNET

AUDRERIE (B.),

- « Les 9 dysfonctions liées à l'infobésité », <http://futuraTalents.com>

BORDIER (G.),

- « La sécurisation des forfaits annuels en jours », YouTube, CapstanTV

CHEMIN (J.),

- « Déconnexion : le droit de penser les usages – A l'écoute de l'organisation du travail », <http://cadresCFDT.fr/actualites>
- Droit à la déconnexion... et le devoir ? », <https://digitalsyndicat.wordpress.com/>

CHHUM (F.),

- « FORFAIT JOURS ET LOI TRAVAIL/ EL KHOMRI DU 8 AOÛT 2016 : QU'EST-CE QUI VA CHANGER ? » <http://village-justice.com>

Ellipse Avocats,

- « Mise en œuvre du droit à la déconnexion : un air d'auberge espagnole »

LECOT (M.),

- « Le droit à la déconnexion : mythe ou réalité ? », <http://village-justice.com>, 20 mars 2017

THIEBART (P.),

- « Le droit à la déconnexion : Comment faire ? », Cabinet JEANTET

5/ ARTICLES DE PRESSE

Acteurs de l'économie,

« La difficile reconnaissance du burnout », 6 février 2017, F. ALBRIEUX-VUARCHÈX, BOULKOUT

Le Parisien,

« Justice : un logiciel pour aider les juges à décider », 26 avril 2017

Les Echos,

« Techno-mordus et techno-exclus : vivre et travailler à l'ère du numérique », février 2000

6/ NOTES et OBSERVATIONS

BABIN (M.),

- Cass. soc., 5 mars 2015, n° 13-26.321, « L'obligation de sécurité de résultat nouvelle approche », Semaine Juridique Social

BOSSU (B.),

- « La messagerie personnelle du salarié est protégée par le secret des correspondances », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 13, 31 Mars 2016, p.1195

CAILLOUX-MEURICE (L.),

- Cass. soc., 4 juill. 2012, n°11-19.678, JCP S 2012, 1399.

CAPRIOLI (E.),

- « Détention d'images pornographiques et zoophiles et licenciement pour cause réelle et sérieuse », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, p.31

CHARBONNEAU (C.),

- Cass. soc., 11 janvier 2007, n°05-40626, Obs. C. CHARBONNEAU, Les Cahiers Sociaux, 1^{er} mai 2007

COTTIN (J.-B.),

- Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-13.640, JCP S 2010.

DUMONT (F.),

- Cass. soc., 20 octobre 2010, n°08-70.433, La Semaine Juridique Social, 25 janvier 2011
- Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634 ; JCP S 2014, 1302

DUPEYROUX (J.-J.),

- Cass. Soc. 13 novembre 1996 n° 94-13.187, Droit Social 1996, p.1067

DUQUESNES (F.),

- Cass. crim., 15 mars 2016, n° 14-85.078 , JCP S 2016, 1198

FROUIN (J.-Y.),

- GAD trav. 2007, n° 83

GAUTIER (P.-Y.),

- « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la « vie privée » des salariés », D. 2001. P.3148

ICARD (J.),

- Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-22.082, Obs. J. ICARD, Les Cahiers Sociaux, 31 mai 2013

LOISEAU (G.),

- Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 ; JCP S 2010, 1241

LOKIEC (P.),

- Cass. soc., 10 février 2016, n°14-24.350, D. 2016, p.432

MAZARS (M.-F.),

- Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107, RDT 2011, p.481

MORAND (M.),

- Cass. soc., 31 janvier 2012, n°10-19.807, JCP S 2012. P.1120

MOULY (J.),

- Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-19.702, JCP G 2016. 822

PANSIER (F.-J.),

- « Qualification de la prise d’acte de la rupture », Les Cahiers Sociaux, 1^{er} avril 2005

PERRIN (L.)

- « Le droit à la santé et au repos et le forfait en jours », obs. Cass. Soc., 29 juin 2011, n°09-71.107

PELISSIER (J.),

- Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578 ; D. 2003, p. 2396

7/ ETUDES, RAPPORTS ET DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Assemblée Nationale

- Etude d’impact, projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs
- Rapport n°3675 au nom de la commission des affaires sociales, 7 avril 2016, par C. SIRUGUE

METTLING (B.),

- « Transformation numérique et vie au travail », Rapport à l’attention de Madame la Ministre du Travail, de l’Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social

NASSE (P.), LEGERON (P.),

Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des RPS au travail, juillet 2013

OIT,

- Rapport sur l’emploi dans le monde, 2001
- l’OIT « Travailler en tout temps, en tout lieu : les effets sur le monde du travail » 15 février 2017

