

Retour sur le droit à la déconnexion à l'aube de son 2^{ème} anniversaire

En mai 2018, le groupe d'assurance MMA publiait une nouvelle étude « *Les professionnels et la route : quelle connaissance du risque routier de leurs salariés ?* » réalisée par l'Ifop auprès de 501 entreprises françaises de 1 à 49 salariés, faisant apparaître que seulement 40% d'entre elles avaient instauré un droit à la déconnexion des salariés lors de leurs trajets professionnels. Or, si la déconnexion est une obligation durant le temps de conduite dont le non-respect est sanctionné pénalement pour tout conducteur, il s'agit également d'un droit pour les salariés dont l'employeur doit garantir l'effectivité quel que soit le lieu où s'exerce l'activité professionnelle.

Le droit à la déconnexion est le droit pour un salarié de ne pas être joignable par les outils de communication (téléphone, tablette, ordinateur, ...) en dehors de son temps de travail, ceci « *en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé, ainsi que de la vie personnelle et familiale* » (C. trav., art. L. 2242-17).

Cette question du droit à la déconnexion est donc étroitement liée à l'organisation du temps de travail, à la répartition de la charge de travail, à la santé et à la sécurité physique et mentale des salariés et à l'articulation entre leur activité professionnelle et leur vie privée et familiale.

Compte tenu de ses incidences sur de nombreux aspects de la relation de travail, les obligations de l'employeur en matière de droit à la déconnexion, conduisent à s'interroger sur leur étendue et sur les aspects pratiques de leur mise en œuvre.

Rappel de l'étendue des obligations de l'employeur en matière de droit à la déconnexion

Contenu et portée de l'obligation générale d'instaurer un droit à la déconnexion

Depuis le 1^{er} janvier 2017, le droit à la déconnexion doit être abordé à l'occasion de

la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail (C. trav., art. L. 2242-17).

L'accord collectif en résultant doit alors organiser la mise en place « *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* ».

A défaut d'accord, c'est-à-dire seulement si les négociations sur ce thème n'ont pas abouti, l'employeur élabore une charte sur le droit à la déconnexion, après avis du CE, de la DUP ou à défaut, des délégués du personnel ou lorsqu'il est déjà mis en place, du comité social et économique, le CSE (C. trav. art. L. 2242-17). S'il est encore en place, l'avis du CHSCT devra également être recueilli dès lors que les mesures décidées impactent les conditions de travail des salariés.

Cette charte doit définir les modalités d'exercice effectif du droit à la déconnexion et prévoir 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 (C. trav., art. L.2242-17).

En cas de non-respect de l'obligation de négocier, l'employeur encourt des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende (C. trav., art. L. 2243-2).



Corinne Metzger,
Avocat et Directrice
du Pôle social,
Cabinet Seban &
Associés



Marjorie Fredin,
Avocat, Cabinet
Seban & Associés

En revanche, la loi n'envisage pas le cas où en l'absence d'accord collectif devant être constatée par procès-verbal de désaccord dressé à l'issue des négociations, l'employeur n'aurait pas mis en place unilatéralement la charte sur le droit à la déconnexion.

Cependant, il convient de garder à l'esprit que l'employeur est tenu, dans le cadre de son obligation de sécurité de résultat, de prendre l'ensemble des mesures de prévention prévues par l'article L. 4221-1 Code du travail (actions de prévention des risques professionnels, actions d'information et de formation, mise en place d'une organisation et de moyens adaptés sur la bases de principes généraux de prévention édictés par l'article L. 4121-2 du Code du travail), et en cas de réalisation d'un risque, toutes dispositions nécessaires pour faire cesser l'atteinte à la santé physique et mentale des salariés.

Il doit en outre, exécuter loyalement le contrat de travail le liant au salarié (*C. trav., art. L.1222-1*).

Or, la surconnexion étant un facteur important de risques psychosociaux tels que le stress, mais pouvant également conduire à une diminution des temps de repos et/ou à un dépassement des durées maximales de travail voire même à des accidents du travail et de trajets, l'absence de mise en place de règle en la matière au sein de l'entreprise est susceptible de devenir un argument décisif dans ce type de contentieux.

SMS, mails, journaux d'appels démontrant l'existence de sollicitations à des heures tardives, les week-end et pendant les congés sont autant d'éléments aisément archivables et collectables que les salariés ne manqueront pas de produire à l'appui de toute demande en réparation d'un préjudice subi du fait d'une utilisation déraisonnable des technologies de l'information et de la communication (TIC) au sein de l'entreprise.

Addition d'obligations spécifiques de l'employeur en matière de droit à la déconnexion

Le droit à la déconnexion doit également être appréhendé au regard des spécificités des modes d'organisation du travail de certaines catégories de salariés particulièrement exposés au risque de sur-connexion.

En effet, l'accord collectif ou la charte instaurant le télétravail au sein de l'entreprise doit prévoir notamment la détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter télétravailleurs. A l'évidence, cette obligation devrait être également respectée dans l'accord conclu entre ceux-ci à titre individuel, qui depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, peut être formalisé « *par tout moyen* » en l'absence d'accord collectif ou de charte (*C. trav., art. L. 1222-9*).

Par ailleurs, s'agissant du cas particulier des salariés en forfaits-jours, rappelons que ceux-ci ne sont pas soumis

à un décompte de leur durée du travail. L'employeur doit néanmoins pouvoir s'assurer qu'ils ne se connectent pas pendant la durée minimale de leurs temps de repos (11 heures quotidien et 35 heures hebdomadaires).

A ce titre, parmi les clauses obligatoires d'un accord collectif mettant en place les forfaits-jours figurent depuis le 10 août 2016, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 dite « Loi Travail », les modalités d'exercice effectif du droit à la déconnexion, l'absence d'une telle mention étant de nature à remettre en cause sa validité (*C. trav., art. L.3121-64*).

Cependant, la « loi Travail » sécurise l'ensemble des conventions individuelles de forfait en jours qui auraient été conclues avant cette date, en application d'accords collectifs incomplets (*L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 12, JO, 9 août*). Ainsi, un employeur peut continuer à conclure de nouvelles conventions de forfait-jours sur le fondement d'un accord collectif antérieur au 10 août 2016, sous réserve, notamment, que les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion soient définies par décision unilatérale de l'employeur et communiquées par tout moyen aux salariés concernés à défaut de stipulations conventionnelles sur ce point (*C. trav., art. L. 3121-65*).

Dans ces conditions, il conviendra de mettre en cohérence ces dispositions spécifiques aux télétravailleurs et aux salariés en forfait-jours, avec celles relatives au droit à la déconnexion applicables à l'ensemble du personnel de la structure.

A défaut de fixation des modalités de leur droit à la déconnexion, les télétravailleurs et/ou cadres peuvent outre les demandes indemnitaires ci-avant rappelées, être fondés à solliciter un rappel des heures effectuées au-delà de la durée légale à titre d'heures supplémentaires, sur les trois années précédant leur action.

En tout état de cause, la coordination des règles relatives à la déconnexion n'est pas sans soulever des difficultés pratiques compte tenu de l'obligation de concilier le caractère général des obligations de l'employeur en la matière avec les besoins de l'entreprise, son fonctionnement et les particularités des modes d'exercice de leur activité professionnelle par certains salariés.

Réflexions sur les modalités d'application pratiques du droit à la déconnexion

Pistes méthodologiques de mise en œuvre du droit à la déconnexion

La mise en œuvre du droit à la déconnexion est adaptable compte tenu du fonctionnement et des besoins de l'entreprise s'agissant de son activité, ainsi que de la gestion

de l'organisation du temps et de la charge de travail de son personnel.

Elle suppose donc d'identifier clairement ces différents facteurs et de déterminer en fonction, des modalités d'exercice effectives et adéquates du droit à la déconnexion.

A cet effet, la méthodologie suivante inspirée notamment de l'accord interprofessionnel du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail, peut être envisagée :

- établir un diagnostic préalable en concertation avec :
 - la médecine du travail sur les aspects liés à la surcharge cognitive, au stress, à l'agressivité, ou encore à l'absentéisme ;
 - les partenaires sociaux ;
 - les salariés qui peuvent être interrogés de manière anonyme ou non dans le cadre par exemple, d'un questionnaire d'enquête ou d'une réunion d'expression libre portant sur l'équilibre activité professionnelle / vie privée, la flexibilité dans l'organisation de leur travail ou encore leur autonomie ;
 - le service des systèmes d'information, afin de repérer les services sous tensions (bilan volumétrique des courriels échangés pendant le temps de travail et hors temps de travail, données de pointage,...) et les émetteurs compulsifs, et d'établir des propositions de solutions techniques incitatives (pop-up, envoi différé,...) et/ou contraignantes (compteurs-mails, déconnexion forcée, dispositif d'alerte,...) ;
 - le management opérationnel ;
- définir des indicateurs et solutions spécifiques à l'entreprise et à son activité qui pourront être adaptés plus particulièrement à un métier, un service ou encore à une catégorie de salariés ;
- déployer les solutions de mise en œuvre du droit à la déconnexion dans le cadre d'un accord collectif ou à défaut, d'une charte prise après consultation du CE, de la DUP ou à défaut, des délégués du personnel ou lorsqu'il est déjà mis en place, du comité social et économique (CSE), qui pourront rappeler dans leur préambule, les résultats du diagnostic ;
- le cas échéant, modifier le règlement intérieur en instaurant des interdictions de se connecter et les sanctions correspondantes qui seront déterminées en fonction des solutions de déconnexion retenues par l'entreprise (cf. *infra*) ;
- accompagner les équipes de direction, le management et les salariés notamment dans le cadre d'actions de formation et de sensibilisation.

En pratique, les employeurs pourront choisir d'aborder le droit à la déconnexion par une approche :

- par l'accès aux outils en restreignant par exemple, les accès aux TIC ;
- par la régulation des pratiques de travail notamment en instruisant la question du respect des temps de repos et en faisant notamment évoluer leurs accords sur le temps de travail ;
- et/ou encore par l'évolution des comportements entre autre, par des actions de formation et de sensibilisation.

Toutefois, il faut remarquer que contrairement à l'ANI de 2013, le Code du travail reste silencieux sur les modalités pratiques de mise en œuvre du droit à la déconnexion. Néanmoins, ses contours peuvent être identifiés à travers différentes illustrations pratiques.

Exemples d'applications pratiques du droit à la déconnexion

Trois formes de déconnexion peuvent être identifiées :

- **la déconnexion « choisie »** : le salarié décide de se déconnecter quand il le souhaite ; dans ce cas, il convient de mettre en place un dispositif de contrôle, afin d'éviter les abus de certains salariés qui ne respecteraient pas par exemple, les durées minimales de repos ;
- **la déconnexion « encadrée »** : la connexion est interdite par principe, pendant les temps de repos et les congés ;
- **la déconnexion « imposée »** : il s'agit d'une interdiction absolue d'utiliser les outils de communication pendant les temps de repos et les congés.

Il faut toutefois garder à l'esprit que les solutions contraignantes sont difficilement conciliables avec le statut des salariés cadres en forfait-jours dans l'organisation de leur travail. En effet, l'interdiction de se connecter en dehors de certaines heures obligerait ceux-ci à respecter des horaires de travail alors qu'ils ne peuvent y être soumis, compte tenu de leur autonomie, déterminante à la qualification et à la validité des conventions de forfait en jours.

Dans le cadre de ces différentes formes de déconnexion, diverses catégories de mesures peuvent être déclinées en vue de la mise en œuvre effective de ce droit :

- **les dispositifs de sensibilisation et de responsabilisation** : information des salariés sur leur droit de préserver leur vie personnelle, mesures d'alertes et de formation sur les risques liés à l'hyperconnexion,...
- **les dispositifs incitatifs** : mise en place de créneaux horaires de déconnexion, absence expresse d'obligation de répondre aux courriels tardifs, envoi/réception différé des mails,...

Cependant, la solution tenant à l'envoi/la réception différé des mails peut-être une « *fausse bonne solution* » puisque susceptible de générer du stress pour le collaborateur qui

recevrait un nombre important de mail dès l'instant de sa reconnexion au retour du week-end ou de ses congés.

L'incitation peut également se traduire par l'instauration de bonnes pratiques permettant une évolution des comportements à l'égard de l'utilisation des TIC. Par exemple, il pourra être demandé dans la mesure du possible, de privilégier les contacts directs aux mails ou encore de cibler les destinataires pertinents des correspondances plutôt que de « *répondre à tous* » automatiquement.

- **les dispositifs contraignants** : coupure à heure fixe des serveurs informatiques, instauration de journées ou de demi-journées sans mails,...

La contrainte peut aussi se traduire par une interdiction expresse de se connecter dans un certain créneau horaire assortie de sanctions disciplinaires, mesure qui constituera dans ce cas, une adjonction au règlement intérieur et devra donc respecter la procédure applicable à sa modification (C. trav., art. L. 1321-4 : avis des représentants du personnel, communication à l'inspecteur du travail, dépôt au conseil de prud'hommes).

Signalons que si elle est retenue, cette solution suppose de définir avec précaution les contours de cette interdiction et des cas d'application de sanctions. En effet, il conviendra de tenir compte :

- d'une part, des nécessités de service liées par exemple, à une activité internationale supposant de corres-

pondre avec des interlocuteurs en décalage horaires par rapport à la France ;

- et d'autre part, de la pression non sanctionnable ressentie par certains collaborateurs qui se sentiraient contraints de répondre à des sollicitations de leurs managers au mépris du droit à la déconnexion dont ils bénéficient.

En tout état de cause, la combinaison de deux types de mesure semble être la plus à même de favoriser l'effectivité de la déconnexion dont le respect devra être contrôlé en permanence par l'employeur.

En effet, compte tenu des obligations de résultat de l'employeur notamment en matière de durée du travail et plus généralement, de sécurité des salariés, les juges pourraient considérer en cas de contentieux, que les seules mesures de prévention sont insuffisantes pour garantir l'effectivité du droit à la déconnexion, véritable enjeu en matière de protection de la santé des travailleurs, et partant, qu'il n'a pas honoré ses obligations en la matière.

En conclusion : prévenir, inciter, contraindre... l'employeur est responsable de l'évolution du comportement des salariés quant à l'utilisation des TIC qu'il semble devoir impulser par un glissement vers l'instauration d'un véritable devoir de déconnexion du salarié dont il lui appartient de définir l'intensité.