



Garantir l'efficacité du droit à la déconnexion, entre obligation et utopie...



Isabelle AYACHE-REVAH

Avocat associé

Raphaël Avocats

www.raphael-avocats.com



Amanda GALVAN

Avocate senior

Raphaël Avocats

www.raphael-avocats.com

Passage en revue, illustrations

La transformation numérique a contraint les différents acteurs économiques à créer des outils permettant d'en maîtriser les excès en la mettant « *au service des salariés et de la stratégie de l'entreprise* » ⁽¹⁾.

Le législateur s'est lui-même emparé de la question, bien après la Cour de cassation ⁽²⁾.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, les dispositions actuelles de l'article L. 2242-8 du Code du travail ⁽³⁾ prévoient en

conventionnelles à l'appui, des différentes
mesures susceptibles de transformer le
droit à la déconnexion en réalité tangible.

effet que la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte notamment sur « *les modalités*

du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congés, ainsi que de la vie personnelle et familiale ».

À défaut d'accord, c'est à la direction d'élaborer unilatéralement une charte, après avis du comité d'entreprise, de la DUP ou, à défaut, des délégués du personnel (ou du Comité social et économique ⁽⁴⁾), définissant

- (1) Premier accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique chez *Orange* du 27 septembre 2016.
- (2) Garant du droit au repos quotidien minimal prévu par l'article L. 3131-1 du Code du travail, la Cour de cassation a pu juger abusif le licenciement d'un ambulancier qui avait été licencié pour faute grave pour avoir refusé de répondre aux appels téléphoniques de son employeur en dehors de ses heures de travail (Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.889).
- (3) Modifiées par L. n°2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, sur la base des préconisations du rapport établi par M. *Bruno Mettling* à l'attention du Ministère du Travail en septembre 2015. Le

projet d'ordonnance relatif au renforcement de la négociation collective reprend ces dispositions dans le futur nouvel article L. 2242-11 du Code du travail.

- (4) Selon le projet d'ordonnance relatif à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, le CHSCT et les DP fusionneront désormais avec le CE dans le comité social et économique (CSE). Dans les entreprises de 50 salariés et plus, ce dernier exercera l'ensemble des attributions des trois



« les modalités d'exercice du droit à la déconnexion et prévoyant 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 ».

Malgré cette consécration légale, les entreprises peinent à rendre pleinement effectif ce « droit à la déconnexion ».

Revue de détail des moyens et enjeux pour y parvenir.

ASSURER L'EFFECTIVITÉ DU DROIT

Un préalable négligé : réaliser un état des lieux

Faute de temps et contraintes par les autres obligations du calendrier social annuel, de nombreuses entreprises élaborent des mesures relatives au droit à la déconnexion sans une connaissance exacte de leurs pratiques internes et de leurs besoins s'agissant de l'utilisation des outils numériques.

Or, la réalisation d'un état des lieux, même sommaire, permet d'éviter l'adoption de règles trop générales ou inadaptées à l'entreprise, excluant en pratique toute effectivité de l'exercice et du respect de la déconnexion.

En pratique, un tel état des lieux peut *a minima* se limiter à :

- la réalisation d'un bilan sur les pratiques internes de l'entreprise, afin de déterminer quels sont les outils numériques présents et leur mode d'utilisation et quels sont les salariés dont les conditions de travail sont impactées par leur développement et leur usage intensif.

Remarque

L'implication des services internes en charge des systèmes d'information peut permettre d'obtenir efficacement toutes les précisions utiles sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres voies (questionnaire, enquête de terrain, mise en place d'un groupe de réflexion sur le bon usage des outils numériques) ;

instances auxquelles il se substitue et dans celle de 11 à 50 salariés, celles des DP. Cette fusion entrera en vigueur dès le prochain renouvellement de ces instances, sous réserve de publication des décrets d'application. Elle sera généralisée aux autres entreprises le 31 décembre 2019.

- la consultation du document unique d'évaluation des risques professionnels (DUER), qui devra être complété sur ce sujet le cas échéant.

Assurer la validité et l'opposabilité de l'acte

La direction a l'obligation d'engager des négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord collectif fixant les règles relatives à la déconnexion. Seul l'échec des négociations lui permet de retrouver l'usage de son pouvoir unilatéral, *via* l'élaboration d'une charte. Restent ensuite à veiller à l'effectivité de l'acte, quel qu'en soit sa nature.

Conditions de validité de l'accord

Dans la mesure où le droit à la déconnexion vise à « assurer le respect des temps de repos et de congés, ainsi que la vie personnelle et familiale », ce sont, selon nous et dès à présent, les règles de validité des accords collectifs relatif à la durée du travail qui s'appliquent ⁽⁵⁾. Autrement dit, ces dispositions conventionnelles doivent être signées avec une ou plusieurs organisations représentant 50 % des suffrages exprimées en faveur de syndicats représentatifs au premier tour des dernières élections des titulaires du CE, de la DUP ou, à défaut, des DP (ou du CES ⁽⁶⁾). Si les signataires n'ont pas recueilli ce pourcentage, mais au moins 30 % des suffrages, l'accord doit, pour entrer en vigueur, être validé par referendum ⁽⁷⁾.

(5) C'est notamment l'avis du Professeur Jean-Emmanuel Ray (LSQ, n° 17212, 1^{er} déc. 2016). La doctrine semble être cependant divisée sur ce point (voir pour un avis contraire : Marie Hautefort, « Organiser les conditions du droit à la déconnexion », Les Cahiers du DRH n° 241, avr. 2017), à propos duquel la Cour de cassation n'a pas encore eu le temps de se prononcer. Toutefois, cette question ne devrait plus se poser à compter du 1^{er} mai 2018. À cette date, tous les accords collectifs devront satisfaire à la condition de majorité de 50 %. Ceux signés par des syndicats représentant entre 30 et 50 % des suffrages devront avoir été validés par référendum, voir note 7.

(6) Voir note 4.

(7) Ce referendum ne peut, à ce jour, être organisé qu'à la demande des signataires représentant 30 % des suffrages. Selon l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective, cette consultation pourra, à compter du 1^{er} mai 2018, non seulement être organisée à la demande de ceux des signataires justifiant d'un pourcentage de 30 %, mais également à la seule initiative de la direction, sauf si les organisations syndicales signataires s'y opposent.



Élaboration d'une charte à défaut d'accord

En cas d'échec des négociations, l'employeur doit obligatoirement élaborer une charte reprenant ce qui aurait été le contenu minimum de l'accord.

La nature juridique de cette charte dépendra de son contenu. Dès lors qu'elle prévoit des interdictions associées à des sanctions, elle constituera une adjonction au règlement intérieur et devra alors suivre la procédure d'adoption de celui-ci, impliquant l'avis préalable obligatoire des représentants du personnel ainsi que le contrôle de l'inspection du travail ⁽⁸⁾. Dans le cas contraire, elle sera considérée comme un simple code de bonne conduite, à la portée juridique limitée ⁽⁹⁾.

Remarque

À ce jour, une autre interrogation résulte de l'élaboration de cette charte : la loi ne mentionne expressément que la consultation préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Mais qu'en est-il du CHSCT ?

Selon l'article L. 4612-1 du Code du travail, ce dernier « contribue à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale des travailleurs, et à l'amélioration des conditions de travail ». Dans la mesure où le droit à la déconnexion relève des problématiques de santé au travail (stress, *burn out*, surmenage, fatigue, etc.) et de conditions de travail, il semble opportun d'informer et consulter également le CHSCT sur le projet de charte, afin de s'assurer de son opposabilité dans l'entreprise. Sa consultation sur le projet d'accord collectif relatif à la déconnexion semble également s'imposer ⁽¹⁰⁾.

La plupart de ces questions ne devraient plus se poser après la fusion du CE, du CHSCT et des DP ⁽¹¹⁾, dans le nouveau CES, lequel devra être consulté sur tous les aspects du projet.

(8) C. trav., art. L. 1321-4 ; Circ. DGT n° 2008/22 du 19 nov. 2008

(9) Voir Isabelle Ayache-Revah et Amanda Galvan, « Code de bonne conduite : il est urgent d'y penser ! », Les Cahiers du DRH n°243, juin 2017.

(10) Notamment en raison du fait que, contrairement au comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2323-2), il n'existe pas de disposition légale prévoyant expressément que les projets d'accord collectif n'ont pas à être soumis à l'avis du CHSCT.

(11) Voir note 4. À noter par ailleurs que selon le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective, une commission de santé, sécurité et des conditions de travail centrale devra être mise en place dans les entreprises d'au moins 300 salariés et, à la demande de l'inspection du travail, dans celles dont les activités à risque le justifient.

Déterminer le champ d'application du droit à la déconnexion

Les dispositions légales relatives au droit à la déconnexion ne font pas de distinction entre les catégories de salariés. En principe, toutes sont concernées. En revanche, l'**effectivité** du droit nécessite d'adapter les mesures aux spécificités de certaines d'entre elles.

S'agissant des salariés en forfait annuel en jours, la loi Travail a d'ailleurs introduit elle-même des dispositions spécifiques ⁽¹²⁾.

Les mesures prises devront alors se concilier avec l'autonomie dont bénéficient ces collaborateurs dans l'organisation de leur emploi du temps. À titre d'exemple, les fermetures des serveurs de messageries et des bases de données à heures fixes apparaissent difficilement compatibles pour un salarié autonome et libre de choisir les moments où il travaille.

Autre catégorie de salariés devant faire l'objet de mesures spécifiques : les télétravailleurs. La majorité des accords fixe sur ce point des plages horaires pendant lesquelles les intéressés doivent être joignables et en mesure de répondre aux sollicitations dans les mêmes conditions que s'ils se trouvaient dans les locaux de l'entreprise ⁽¹³⁾. En dehors de ces plages, le droit à déconnexion s'applique pleinement. Certains accords, tel que celui en vigueur chez *Thales*, prévoient un droit à la déconnexion plus large « en dehors des horaires d'ouverture de l'établissement dans lequel le salarié accomplit régulièrement son travail ou, à défaut, à tout le moins pendant la durée légale de repos quotidien » ⁽¹⁴⁾.

Combiner différents types de mesures

La lecture des accords collectifs ou chartes relatifs à la déconnexion met en évidence une réelle inventivité des entreprises s'agissant des mesures mises en place.

(12) C. trav., art. L. 3121-64. L'obligation d'établir des modalités de l'exercice du droit à la déconnexion pour les forfaits en jours étant issue d'un texte spécifique et n'ayant pas été différée par la loi Travail, il faut en déduire qu'elle s'impose depuis l'entrée en vigueur de cette dernière, soit au 10 août 2016.

(13) EDF, Nestlé, Coca Cola, Banque Postale, par exemple.

(14) Accord cadre groupe relatif au télétravail du 24 avril 2015 en vigueur chez *Thales*.



Pour la plupart d'entre elles, il s'agit d'actions de prévention. Moins nombreuses sont celles ayant adopté des mesures incitatives ou contraignantes.

Remarque

En pratique, il semble que la combinaison des deux types de mesure soit la plus à même de favoriser l'effectivité de la déconnexion dans le quotidien de l'entreprise.

Mesures de sensibilisation et de responsabilisation

Ces dispositions ont pour objectif d'informer les salariés de leur droit de préserver leur vie personnelle. Il s'agit essentiellement de mesures d'alerte et de formation sur les risques liés à l'hyper connexion, *via* le site intranet de l'entreprise, des affichages, un rappel dans le livret d'accueil, etc.

ILLUSTRATIONS DE MESURES FIXÉES PAR LES ACCORDS DE CERTAINS GROUPES

| | |
|--|---|
| <p>La Mutuelle Générale <i>Accord sur la qualité de vie au travail, 21 juin 2016</i></p> | <p>Les parties signataires se sont engagées à alerter les collaborateurs sur les risques potentiels de la surconnexion sur la santé.</p> <p>Un module spécifique de formation est prévu pour les nouveaux managers portant sur l'articulation entre la vie privée et la vie professionnelle et la qualité de vie au travail.</p> |
| <p>Orange <i>Premier Accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique, 27 sept. 2016</i></p> | <p>Orange s'engage :</p> <ul style="list-style-type: none"> – à former 100 % des personnels des services de santé et d'environnement du travail à la détection des risques liés au numérique (troubles de l'attention, hyperconnectivité, etc.) d'ici à 2018 ; – à intégrer la détection de ces risques dans le numéro d'écoute mis à disposition des salariés ; – et à former les intervenants à ces questions. |
| <p>Bouygues Telecom <i>Accord relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, 27 mai 2016</i></p> | <p>La société encourage les salariés à utiliser les modes de travail collaboratifs tels que les communautés network (Lync, etc.) pour éviter l'affluence de mails.</p> |

Mesures incitatives

Plusieurs mesures concrètes peuvent être envisagées :

- la mise en place de plages de déconnexion.

Exemple :

« Tout doit être mis en œuvre afin que le droit à la déconnexion de chacun, en dehors de son temps de travail effectif, soit respecté. L'usage de la messagerie professionnelle ou du téléphone en soirée ou en dehors des jours travaillés doit être justifié par la gravité et l'urgence et/ou l'importance exceptionnelle du sujet traité. Il est rappelé que nul n'est, quoi qu'il en soit, tenu de répondre aux mails ou messages, SMS, adressés durant ces périodes » ⁽¹⁵⁾ ;

- l'absence d'obligation de répondre aux courriels tardifs.

Exemple :

« La Direction s'engage à ne pas mettre en œuvre de procédure disciplinaire à l'encontre d'un salarié qui ne répondrait pas à une sollicitation mail ou téléphonique professionnelle, le soir ou pendant les weekends/congés (hors cas d'astreinte, ou de situation impactant la sécurité de l'entreprise ou l'activité de celle-ci de manière significative) » ⁽¹⁶⁾ ;

- les fenêtres d'alerte.

⁽¹⁵⁾ Accord social relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes à La Poste du 3 juillet 2015.

⁽¹⁶⁾ Accord sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail en vigueur à La Mutuelle Générale du 21 juin 2016.

Exemple :

« L'entreprise met en œuvre des actions visant à sensibiliser les collaborateurs sur le respect des temps de repos de chacun par la mise en place d'un message les invitant à respecter leurs temps de repos et celui des autres lorsqu'ils travaillent sur leur ordinateur le soir ou le week-end »⁽¹⁷⁾ ;

- les entretiens individuels avec les salariés concernés ;
- l'insertion d'une mention sous la signature électronique des courriels rappelant l'absence d'obligation de répondre aux courriels hors temps de travail.

Exemple :

« Par nature, et sauf mention contraire explicite et exceptionnelle, ce mail ne nécessite pas de réponse immédiate et a vocation à être lu et traité pendant le temps de travail ».

Mesures contraignantes

On peut citer pêle-mêle les actions suivantes :

- le **blocage des serveurs**. Cette solution est souvent mal adaptée aux réalités opérationnelles. Elle est particulièrement malvenue dans les entreprises travaillant en continu ou à l'international, d'autant qu'elle aura pour seule conséquence de surcharger la boîte mail du salarié à son retour de weekend ou de congés ;
- l'instauration de **journées ou de demi-journées sans mail**, comme l'ont imaginée *Atos* ou *PriceMinister*⁽¹⁸⁾ ;
- la solution radicale et efficace pensée par *Daimler-Benz* en Allemagne, se traduisant par le fait que pendant les vacances, les courriels entrant reçoivent une **réponse automatique redirigeant l'interlocuteur** vers les contacts disponibles et l'invitant à réexpédier son message au retour de l'intéressé, le tout accompagné d'une suppression automatique des courriels afin d'éviter toute surcharge au retour de l'intéressé.

(17) Accord *Bouygues Telecom* relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes du 27 mai 2016.

(18) Le PDG de *PriceMinister*, *Olivier Matbiot*, a en effet mis en œuvre un système consistant à interdire l'accès à la messagerie électronique un vendredi matin par mois. Cependant, les e-mails ne sont pas bloqués techniquement, le système fonctionne donc sur la bonne foi des salariés.

MESURER LES ENJEUX LIÉS AU NON-RESPECT DU DROIT

L'entreprise défaillante dans l'organisation effective du droit à la déconnexion encourt des risques d'ordre pénal et contentieux.

Lorsque les manquements sont imputables aux collaborateurs qui refusent de se plier aux règles édictées, il faut se résoudre à sanctionner les intéressés.

Défaillance de l'entreprise

Sanction pénale

L'employeur encourt les sanctions habituelles en matière de non-respect de l'obligation de négocier, soit un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende⁽¹⁹⁾.

En revanche, la loi ne prévoit rien dans le cas où, à défaut d'accord, l'employeur n'aurait pas mis en place unilatéralement la charte visée à l'article L. 2242-8 du Code du travail. Bien qu'il modifie la codification de ce texte, le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective ne change rien sur ce point.

Risque accru de contentieux individuels

La Cour de cassation reste très attachée aux problématiques de santé et de sécurité au travail. La portée de l'assouplissement de sa jurisprudence relative à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur issu de l'arrêt du 1^{er} juin 2016⁽²⁰⁾ ne doit en effet pas être exagérée⁽²¹⁾.

Afin de s'exonérer de cette obligation, la direction est en effet tenue de prendre en amont toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4221-1 et L. 4121-2 du Code du travail et, lorsque le dommage est apparu, toutes les actions immédiates propres à le faire cesser.

Dès lors, loin de se cantonner à un simple droit en faveur des salariés, la déconnexion du personnel constitue pour les entreprises un outil non négligeable pour limiter des contentieux de plus en plus fréquents engagés pour non-respect du droit au repos ou manquement à l'obligation de sécurité. Nombre de demandes prud'homales reposent en

(19) C. trav., art. L. 2243-2.

(20) Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-19.702.

(21) Sur ce point précis, voir dans le présent numéro Cédric Guillon et Olivier Thibaud, « Gérer une situation de souffrance au travail ».



effet sur le simple fondement d'envoi (spontané ou non) de courriels par le salarié, en dehors de ses horaires de travail, durant ses week-end, congés ou arrêts maladie.

Dès lors que l'entreprise n'est couverte, ni par un accord collectif, ni par une charte relative au droit à la déconnexion, le risque contentieux augmente : salariés en forfaits en jours contestant la validité de leur convention de forfait, salariés non cadres invoquant la déloyauté de l'employeur dans l'exécution de leur contrat de travail...

Manquements commis par les collaborateurs

Recourir à l'arsenal disciplinaire

Afin de faire respecter ce nouveau droit, il est nécessaire que les entreprises prennent conscience de leur « *devoir de déconnexion* » en opérant un suivi régulier des connexions professionnelles hors temps de travail.

À titre d'exemple, l'accord *Michelin* du 15 mars 2016 a mis en place une détection des situations à risques. À partir d'un seul non-respect des 11 heures de repos quotidien ou de cinq connexions hors temps de travail, un courriel est automatiquement envoyé au salarié et à son n+1, les invitant à se rencontrer. Si le problème perdure, le n+2 et le RRH sont alors informés ⁽²²⁾.

(22) Accord du 15 mars 2016 portant sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait en jours en vigueur chez *Michelin*.

L'entreprise doit ainsi être à même de détecter les situations à risques, et recourir, en tant que de besoin, à son pouvoir disciplinaire, plus particulièrement envers les managers qui ne garantiraient pas le droit à la déconnexion des membres de leur équipe.

Mais il est également possible de sanctionner un salarié qui ne respecterait pas son propre droit à la déconnexion, dès lors que ce manquement serait susceptible d'engager la responsabilité pénale du dirigeant ⁽²³⁾.

Ce type de procédure permet de remédier aux situations dans lesquelles un collaborateur persiste à se placer dans un état d'hyper-connexion malgré les mesures prises par son entreprise et les mises en garde.

Sanctionner, voire licencier un salarié « *hyper connecté* » malgré les mesures relatives au droit à la déconnexion relève désormais de la responsabilité de la direction, afin de limiter les risques contentieux et financiers.

Malgré toutes ces mesures, rien ne peut empêcher en pratique deux salariés d'échanger des mails professionnels en dehors de leurs horaires de travail.

Au-delà des textes légaux, l'effectivité et l'efficacité du droit à la déconnexion dépend donc de l'évolution des mentalités de la collectivité de travail... ♦

(23) Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-13.249 : « *Et attendu, ensuite, qu'ayant relevé qu'en refusant de se soumettre aux horaires et jours de travail définis dans son contrat de travail, la salariée a fait preuve d'un comportement d'insubordination caractérisée de nature à entraîner la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'employeur pour infraction à la règle du repos hebdomadaire, la cour d'appel a pu décider qu'un tel comportement rendait impossible le maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave* ».