Programme de formation-recherche du GEFACT 2019 - 2021

**Regards croisés sur la protection de**

**la personne du travailleur**

Visioconférence du 9 octobre 2020

**Le télétravail**

Le GEFACT s’est réuni en visioconférence le 9 octobre 2020. Le thème choisi, celui du « télétravail », avait pour but de prolonger les travaux de la dernière réunion ayant pu se tenir en présentiel et qui était consacrée à « la vie personnelle du salarié (journées de Toulouse des 18-19 octobre 2019), tout en abordant une question d’actualité.

Les travaux ont été introduits par une présentation croisée de décisions de justice par Pierre Bailly, conseiller doyen honoraire à la chambre sociale de la Cour de cassation, et par Gerhard Binkert, président honoraire de la cour d’appel du travail de Berlin-Brandenburg. Cette présentation a mis en évidence plusieurs difficultés sur lesquelles les juges ont été appelés à se prononcer en matière de télétravail, ainsi que des points qui restent encore en suspens. Suite à cette présentation, une discussion s’est engagée, qui a porté sur les nombreux enjeux économiques et sociaux que soulève le télétravail.

Trois dimensions ont été mis en exergue : il s’agit des sources du télétravail (I), de ses modalités de recours (II) et de ses modalités de mise en œuvre (III).

1. **Les sources**

Tant en France qu’en Allemagne, il est relevé qu’il n’existe aucun corpus complet de règles applicables à toutes les entreprises en matière de télétravail. Un texte commun existe cependant : il s’agit de l’accord-cadre européen du 16 juillet 2002. Ce dernier est un accord-cadre dit « autonome », qui n’a pas été repris dans une directive.

En France, la transposition de ce texte dans le droit national a été effectuée via un accord national interprofessionnel (ANI) conclu le 19 juillet 2005, lequel a été étendu par arrêté du 30 mai 2006 et par un arrêté modificatif du 15 juin 2006. Sa portée est toutefois limitée pour trois raisons. D’abord, il n’a une valeur contraignante que si l’entreprise relève de l’un des secteurs professionnels représentés par les organisations patronales signataires de l’ANI (à savoir MEDEF, CGME, UPA). Si cette condition est remplie dans de nombreuses hypothèses, tel n’est pas le cas dans certains secteurs, tel celui de la presse ou de l’audiovisuel. Ensuite, la force contraignante de l’accord a été fortement mise à mal par les ordonnances du 22 septembre 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018. En raison des nouvelles règles d’articulation des sources de droit, un accord d’entreprise peut aujourd’hui licitement s’écarter des règles figurant dans l’accord national interprofessionnel, peu importe que ces règles soient plus ou moins favorables pour le salarié. Enfin, l’ANI de 2005 ne concernait que le télétravail effectué de « façon régulière » (Article 1er) et non le télétravail occasionnel.

Cette activité conventionnelle a certes été relayée par le législateur. La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 a inséré au sein du code du travail plusieurs articles relatifs au télétravail (Art L. 1222-9 à L. 1222-11). Ces dispositions sont toutefois loin de régler l’ensemble des problèmes que pose cette modalité particulière d’exécution du travail. Elles ne constituent qu’un socle de définitions et de principes, qui doivent ensuite être déclinés pour fournir des réponses concrètes aux questions pratiques que soulève le télétravail. Cette déclinaison s’effectue parfois par le biais d’accords collectifs ou de décisions unilatérales de l’employeur prise après consultation des représentants du personnel. L’article L. 1222-9 du code du travail met ainsi en exergue le rôle essentiel du dialogue social en entreprise, puisqu’il renvoie expressément à un accord collectif ou, à défaut, à une décision unilatérale de l’employeur adoptée après avis du comité économique et social, le soin de fixer un ensemble de paramètres du télétravail, tels que les conditions de passage en télétravail, les modalités d’acceptation par le salarié concerné, les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail et la détermination des plages horaires de contact entre l’employeur et le salarié. Ce n’est qu’en l’absence d’un tel accord collectif ou d’une telle charte unilatérale que le cadre du télétravail peut être fixé par un accord entre l’employeur et le salarié.

En Allemagne, aucune transposition nationale de l’accord-cadre européen sur le télétravail ne peut être identifiée. Aucune loi ne réglemente non plus spécifiquement le télétravail, ne serait-ce que de façon embryonnaire comme la loi française du 22 mars 2012. Bien plus, le droit allemand introduit une distinction, qui paraît peu pertinente, entre les travailleurs mobiles (*mobile office*) et les travailleurs à domicile (*home office*), ces derniers étant les seuls soumis à une législation particulière (*Heimarbeitsgesetz* – HAG). Celle-ci est toutefois lacunaire et peu pertinente puisque ces dispositions, qui datent de 1951, n’avaient pas vocation à encadrer un travail effectué par un salarié pouvant être connecté en permanence à l’entreprise. Certains textes de loi, telle l’ordonnance sur les lieux de travail (*Verordnung über Arbeitsstätten* – ArbStättV) dans sa rédaction modifiée en 2016, comporte bien des références explicites aux télétravailleurs, mais ils n’ont vocation qu’à traiter de problèmes spécifiques, non à réglementer de manière globale ce type de travail.

Tout comme en France, l’encadrement du télétravail s’effectue donc en pratique en grande partie par le biais de conventions collectives ou d’accords conclus entre l’employeur et le comité d’établissement. Le rôle des représentants du personnel est d’ailleurs affirmé de manière tout aussi clair en Allemagne qu’en France, puisque la loi sur l’organisation de l’entreprise (*Betriebsverfassungsgesetz* - BetrVG) cite expressément les télétravailleurs parmi les salariés dont doit s’occuper le conseil d’établissement (§ 5 – BetrVG).

Par ailleurs, tant en France qu’en Allemagne, le télétravail demeure soumis aux règles relatives au travail subordonné, puisqu’il ne constitue qu’une modalité particulière d’exécution du contrat de travail. Les difficultés rencontrées par les parties peuvent donc être réglées en se référant à ces règles de portée générale. En cas de litige, il appartiendra au juge de déterminer la règle applicable et de préciser le sens qu’elle revêt dans un contexte de télétravail.

**Le recours au télétravail**

Le cadre juridique relatif à la mise en place du télétravail peut être examiné via plusieurs questions.

1ère question : l’employeur peut-il imposer le télétravail au salarié ?

Le principe est le même en France et en Allemagne : l’employeur ne peut imposer le télétravail.

Côté français, la Cour de cassation s’est prononcée depuis longtemps en ce sens. L’arrêt du 2 octobre 2001 (pourvoi n° 99-42727) le démontre. En l’espèce, une compagnie d’assurance avait exigé d’un de ses inspecteurs qu’il effectue son travail à domicile, à la suite de la fermeture du bureau où il travaillait. Fondé sur le respect de la vie privée du salarié, cet arrêt énonce, par un attendu de principe, que « le salarié n’est tenu, ni d’accepter de travailler à son domicile, ni d’y installer ses dossiers et ses instruments de travail ». Cette solution, qui affirme que l’organisation du travail relève du domaine contractuel et non du pouvoir de direction unilatérale de l’employeur, a été reprise par le législateur et la nécessité d’un accord du salarié figure à présent à l’article L.1222-9 du code du travail.

Côté allemand, la nécessité du consentement du salarié est également certaine. L’article 2 de l’ordonnance sur les lieux de travail (§ 2 ArbStättV) édicte ainsi que les conditions du télétravail doivent avoir été fixées dans le contrat de travail ou par un accord entre l’employeur et le salarié. Cette exigence est également mise en avant par les juridictions. Un arrêt de Cour d’appel du travail de Berlin-Brandebourg (*Landesarbeitsgericht* Berlin-Brandenburg - 14/11/2018, 17 Sa 562/18) en fournit l’illustration. Dans cette affaire, les juges avaient relevé qu’aucune clause prévoyant le télétravail n’avait été insérée dans le contrat de travail. Estimant que l’instauration du télétravail ne relevait pas du pouvoir de direction de l’employeur, ils avaient dénié à l’employeur la possibilité de l’imposer. Une solution similaire se rencontre dans d’autres décisions (Tribunal du travail de Augsbourg – *Arbeitsgericht Augsburg* – 7/5/2020 – 3 Ga 9/20).

L’existence d’éventuelles exceptions fait l’objet de réponses plus contrastées.

En France, la question est réglée par la loi. L’article L.1222-11 prévoit en effet que « en cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d’épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l’activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés ». Le télétravail peut alors être imposé par l’employeur.

En Allemagne, l’absence de dispositions législatives rend la réponse à cette question plus incertaine et a ouvert la voie à de nombreuses discussions lors de l’émergence de l’épidémie de covid-19. A ce titre, plusieurs argumentations ont été soutenues pour reconnaître à l’employeur le pouvoir, dans certaines circonstances, d’imposer le télétravail à ses salariés. La Confédération des organisations patronales allemandes (*Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände*) a ainsi estimé que les salariés pourraient être placés en télétravail lorsque la protection de leur santé l’exige. Il est également affirmé que l’employeur aurait le droit d’imposer le télétravail en cas de fermeture des locaux de l’établissement ordonnée par une autorité. L’obligation de loyauté et de prise en considération mutuelle des intérêts, prévue par l’article 241 du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) et 106 du code des professions de l’artisanat, du commerce et de l’industrie (*Gewerbeordnung* - GeWo), pourrait aussi être mobilisée à l’encontre des salariés récalcitrants lorsqu’il existe un motif impérieux pour l’entreprise de recourir au télétravail.

2ème question : Le salarié peut-il exiger de l’employeur qu’il lui accorde la possibilité de télétravailler ?

L’opportunité de reconnaître un tel droit aux salariés est actuellement hautement débattue mais, en l’état actuel du droit, la réponse est négative, du moins en principe.

En France, le recours au télétravail suppose l’acceptation de l’employeur. La liberté de ce dernier est toutefois tempérée par une obligation de motiver en cas de refus. L’article L. 1222-9-III du code du travail édicte ainsi que « l’employeur qui refuse d’accorder le bénéfice du télétravail à un salarié qui occupe un poste éligible à un mode d’organisation en télétravail dans les conditions prévues par accord collectif ou, à défaut, par la charte, motive sa réponse ». Aucune décision de justice n’a encore induit de cette obligation de motiver l’exigence d’avoir un juste motif de refus.

En Allemagne, prime de manière similaire la liberté de l’employeur et celle-ci n’est tempérée par aucune obligation de motiver. C’est d’ailleurs en ce sens que les juges se sont prononcés, comme en atteste une décision de la cour d’appel du travail de Rhénanie-Palatinat du 18 décembre 2014 (*Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz* - 5 Sa 378/14). En l’espèce, la cour a estimé qu’une salariée ne bénéficier d’aucun droit à exercer son activité en télétravail, même si elle pouvait se prévaloir de raisons familiales dès lors que l’éducation des enfants était rendue difficile en raison de la distance séparant son domicile de son lieu de travail (150 km). Les juges ont estimé que, en l’absence de clause prévue au contrat de travail allant dans ce sens, un salarié ne pouvait contraindre l’employeur à lui aménager un poste de télétravail. La question d’introduire un tel droit au bénéfice du salarié, ne serait-ce que pour certains jours dans l’année, a certes récemment été soulevée par le Ministre fédéral du travail. Mais sa proposition de reconnaître un droit à 24 jours de télétravail dans l’année a fait l’objet de fortes oppositions, y compris de la part de la Chancellerie fédérale.

Au-delà de cette discussion concernant une éventuelle reconnaissance législative d’un droit à exercer son activité par télétravail, se pose également la question de savoir si celui-ci pourrait également être imposé à l’employeur dans des circonstances particulières.

L’obligation de reclassement pourrait constituer un premier terrain favorable. La liberté de l’employeur plierait alors devant la mise en œuvre de certaines obligations légales. Un arrêt rendu le 9 juillet 2020 par la cour d’appel de Poitiers en fournit un exemple, relatif à l’obligation de reclassement en cas d’inaptitude. (RG n° 18/00813). Dans cette affaire, les juges ont estimé l’employeur était tenu, soit de mettre en place le télétravail, soit de démontrer l’impossibilité de procéder à un tel aménagement de poste dès lors que celui-ci correspondait aux préconisations faite par le médecin concernant le salarié déclaré inapte. De manière similaire, un arrêt de la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht* 2/3/2006 – 2 AZR 64/05) est à relever s’agissant du rôle que peut jouer le télétravail dans le cadre de la protection contre les licenciements. En l’espèce, le salarié était employé comme conseiller technique clientèle et son travail consistait pour l’essentiel à mener des entretiens téléphoniques avec les clients. Dans le cadre du contrôle du caractère justifié de ce licenciement, la Cour fédérale du travail a constaté que l’aménagement d’un poste de télétravail pouvait s’analyser comme une possibilité de maintien du salarié dans l’emploi. Le licenciement a été considéré comme nul, car disproportionné, étant donné que l’employeur n’avait pas envisagé cette possibilité, alors même que sa mise en œuvre pouvait permettre d’éviter le licenciement.

Le second terrain pouvant être utilisé pour imposer à l’employeur d’accepter la mise en place du télétravail est celui de la bonne foi et du juste équilibre entre les intérêts des parties. Lorsque le salarié peut se prévaloir d’un motif légitime, ou du moins d’un motif familial ou de santé impérieux, il pourrait être avancé que l’obligation de bonne foi, voire le respect des droits fondamentaux des salariés, impose à l’employeur de faire droit à cette demande ou de ne la refuser que pour un juste motif. Les décisions récentes montrent que ce type de raisonnement est encore infructueux en Allemagne (voir ainsi ordonnance de référé en date du 7/5/2020 (3 Ga 9/20) du tribunal du travail de Augsbourg - *Arbeitsgericht* Augsburg). Mais l’obligation de loyauté reconnue par l’article 241, alinéa 2 BGB et par l’article 106 GewO pourraient, selon certains, nourrir une telle évolution. Un raisonnement similaire pourrait être soutenu en France en visant l’obligation de bonne foi prévue à l’article L. 1222-1 du code du travail.

**Les modalités du télétravail**

Tant en France qu’en Allemagne, plusieurs points posent difficultés.

1ère question : Comment est traitée l’atteinte à la vie privée du salarié ?

Une différence nette est identifiable entre les deux pays.

En France, l’atteinte à la vie privée est reconnue et fait l’objet d’une indemnisation. Dans un arrêt du 7 avril 2010 (pourvoi n° 08-44865), la Cour de cassation a affirmé que l’occupation, à des fins professionnelles, du domicile du salarié « constitue une immixtion dans la vie privée de celui-ci et n’entre pas dans l’économie générale du contrat de travail », de sorte qu’elle ouvre droit à ce titre à une indemnisation. Cette solution a été confirmée par des arrêts ultérieurs (Soc. 12 décembre 2012, n° 11-20502 ; Soc. 8 novembre 2017, n° 16-18517 ; Soc. 27 mars 2019, n° 17-21028). Cette solution jurisprudentielle est d’autant plus importante que l’obligation d’indemniser l’occupation du domicile à des fins professionnelles n’est pas prévue expressément dans le code du travail, tandis que l’accord national interprofessionnel de 2005 n’envisage que la prise en charge des frais liés au télétravail.

En Allemagne, la situation est différente, puisqu’aucune décision de justice ni aucun texte légal n’a reconnu l’existence d’une obligation d’indemniser le salarié pour l’occupation de son domicile.

2ème question : Qui supporte les frais et/ou fournit les moyens techniques nécessaires au télétravail ?

Sur cette question, le droit français et le droit allemand semblent se rejoindre.

Côté français, l’accessibilité des règles de droit a été mise à mal par les ordonnances du 22 septembre 2017. Selon l’article 7 de l’ANI de 2005, c’est à l’employeur de fournir au salarié les moyens d’exécuter son travail à distance. Cet article prévoit aussi que, lorsque le télétravailleur utilise, de manière exceptionnelle, son propre équipement, l’employeur doit en assurer l’adaptation et l’entretien. En fin de compte, cet article 7 appréhende de façon assez complète les questions pouvant se poser en matière d’équipement de travail (prise en charge des coûts de communication ; assistance technique ; procédure en cas de dysfonctionnement ; etc…). Reprenant de manière synthétique ces exigences, la loi du 22 mars 2012 avait édicté que l’employeur était tenu de « prendre en charge tous les coûts découlant directement de l’exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci ». Cette règle figurait à l’article L.1222-10 sous 1° du code du travail. Or celui-ci a été abrogé par l’ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, si bien qu’aucune indication précise ne figure à présent dans le code du travail concernant les obligations des parties en matière d’équipement du télétravailleur. Il peut en résulter une situation d’incertitude pour les employeurs et les salariés. En l’absence de toute clause contractuelle ou de disposition conventionnelle d’entreprise, la réponse à la question de la prise en charge paraît certes demeurer assez similaire à celle qui prévalait jusqu’à l’ordonnance de 2017. Ainsi, pour les salariés et les entreprises entrant dans le champ d’application de l’ANI de 2005, il convient de se référer aux règles prévues par celui-ci. Pour les autres, il paraît possible de se référer à la solution adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mai 2008 (Soc. 21 mai 2008, pourvoi n°06-44044), lequel consacrait l’obligation pour l’employeur de supporter la charge des frais exposés dans son intérêt par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle. Il s’agit d’une obligation implicite au sens de l’article 1194 du code civil (anciennement article 1135 du code civil). Du fait de la suppression de l’article L. 1222-10 sous 1° du code du travail, se pose néanmoins à présent la question de la validité d’une stipulation d’un accord d’entreprise ou d’une clause du contrat de travail qui s’écarterait de cette règle.

Côté allemand, certaines dispositions de l’ordonnance sur les lieux de travail (ArbStättV) visent à clarifier cette question. Celle-ci édicte en effet qu’il appartient à l’employeur de fournir au salarié l’équipement nécessaire pour qu’il dispose d’un poste de travail approprié au télétravail, qu’il s’agisse du mobilier ou des moyens de communication. C’est également à l’employeur qu’il appartient de veiller à la bonne installation de cet équipement (§ 2 ArbStättV). Les dispositions de la loi sur la santé et la sécurité au travail (*Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit* - ArbSchG) sont également utiles, dans la mesure où elles édictent que, de manière générale, « l’employeur ne doit pas mettre à la charge des employés les coûts des mesures prévues » pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs (§ 3 ArbSchG). Ces dispositions ne règlent toutefois pas l’ensemble des difficultés. D’une part, l’obligation de prise en charge des coûts du télétravail s’efface lorsque l’employeur, tout en mettant un poste de travail adapté à disposition du salarié, laisse ce dernier choisir le lieu où il exécute, au moins partiellement, son activité. Il a ainsi été jugé qu’un enseignant qui décide de préparer ses cours depuis son domicile et non depuis les locaux de son école le fait dans son propre intérêt, si bien qu’il supporte seul les coûts engendrés par sa décision (BAG, 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10). D’autre part, la détermination des coûts engendrés par l’activité professionnelle est souvent difficile à effectuer, voire impossible. Un calcul exact impliquerait de déterminer quels sont, au sein des dépenses d’électricité, de chauffage ou de connexion internet, celles qui sont engendrées par l’activité professionnelle et celles qui sont engendrées par des activités relevant de la vie privée du salarié. En pratique, ces questions sont résolues par la négociation, soit collective, soit individuelle, et les formules adoptées sont variables (forfait ; fourchette comprenant un maximum et un minimum ; etc…)

3ème question : Comment garantir la santé et la sécurité du télétravailleur ?

Si la règle ne paraît guère différer d’une rive à l’autre du Rhin, sa mise en œuvre se heurte aux mêmes difficultés dans les deux pays.

En France, l’obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l’entreprise a une portée générale. Elle s’applique quelles que soient les modalités d’organisation du travail, y compris le télétravail. L’article L. 1222-10 du code du travail prévoit d’ailleurs que l’employeur demeure tenu, à l’égard des salariés en télétravail, de « ses obligations de droit commun vis-à-vis de ses salariés ».

En Allemagne, le principe est le même : puisqu’il appartient à l’employeur de fixer, dans l’exercice de son pouvoir de direction, les modalités du travail, il demeure responsable des actes du salarié, y compris en cas de télétravail. Les contours de cette responsabilité sont cependant fixés en prenant en considération les particularités du télétravail. Ainsi l’ordonnance sur le lieu de travail (ArbStättV), qui a pour objet d’assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs en matière d’aménagement et d’exploitation des lieux de travail, prévoit une application partielle de ses dispositions aux télétravailleurs (§ 1 ArbStättV). L’accent est mis sur l’évaluation des risques (§ 3), qui servira notamment à l’employeur pour déterminer le contenu des informations qu’il doit transmettre aux télétravailleurs (§ 6). Cette formation porte en particulier sur les risques liés à l’utilisation prolongée d’un écran.

De manière générale, il apparaît qu’il n’existe pas ou peu de textes édictant avec suffisamment de précision comment l’employeur doit exécuter ses obligations en cas de télétravail et comment la spécificité de ce mode d’organisation du travail rejaillit sur la mise en œuvre de ces obligations. Il en résulte parfois une tendance à une responsabilité partagée entre employeur et salarié. A ce titre, les dispositions de l’ordonnance allemande sur les lieux de travail sont à rapprocher de l’article L. 1222-10 sous 3° du code du travail, lequel impose à l’employeur « d’organiser chaque année un entretien qui porte notamment sur les conditions d’activité du salarié et sa charge de travail ». Ces dispositions peuvent nourrir l’impression que le salarié en télétravail est, davantage que les autres, tenu de veiller lui-même à la protection de sa santé et de sa sécurité. Certaines formules révèlent encore davantage cette tendance, telle celle figurant à l’article 9, paragraphe 2 de l’ANI de 2002, selon laquelle « la charge de travail et les délais d’exécution (…) doivent (…) permettre au télétravailleur de respecter la législation relative à la durée du travail et tout spécialement la durée maximale du travail et les temps de repos ».

Par ailleurs, une autre difficulté peut être identifiée : elle tient à l’existence de risques spécifiques créés par ce mode d’organisation du travail. C’est ce qu’avait mis en évidence l’accord national interprofessionnel de 2005 qui, dans son article 9 paragraphe 3, relevait que le risque d’isolement pouvait engendrer des troubles psychologiques. Afin d’éviter que ce risque ne se concrétise, l’ANI énonçait une série de mesures que l’employeur était tenu de prendre pour prévenir l’isolement du télétravailleur par rapport aux autres salariés de l’entreprise. Il est notamment prévu que le télétravailleur puisse rencontrer régulièrement sa hiérarchie et bénéficie, à cette fin, d’un référent, ou bien encore qu’il ait la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et qu’il ait accès aux informations et aux activités sociales de l’entreprise. Ces dispositions n’ont toutefois pas été reprises dans la loi, qui demeure muette quant aux moyens visant à combattre le risque d’isolement.

4ème question : Comment contrôler les temps de repos/ travail du salarié ?

La question est emblématique des difficultés que pose cette nouvelle forme d’organisation du travail. Elle suppose de s’interroger au préalable sur les contours que prend le pouvoir patronal en cas de télétravail. Elle nécessite aussi de déterminer comment imposer à l’employeur qu’il se conforme à ses obligations tout en assurant le respect de la vie privée des travailleurs. Certes, la décision rendue par le Cour de justice le 14 mai 2019 (n° C-55/18, *Federacion de servicios de commisiones obreras*) doit servir de boussole, dans la mesure où elle précise que les États membres doivent imposer aux employeurs l’obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur. Néanmoins, il est constaté que, sur ce sujet, aucune solution pratique ne semble avoir été retenue, tant par le législateur que par les juges. Il semble que ce soit finalement aux acteurs eux-mêmes, et notamment aux employeurs et aux représentants du personnel, de déterminer les mesures adéquates pour mettre en œuvre une telle exigence.

**Conclusion**

Qu’il s’agisse de la France ou de l’Allemagne, la pandémie qui sévit depuis le début de l’année 2020 a eu pour conséquence d’accroître fortement le recours au télétravail. Certaines de ces expériences seront temporaires, d’autres plus durables.

Sur les deux rives du Rhin a émergé la nécessité de disposer de règles plus précises ou plus en adéquation avec les spécificités du télétravail. Un tel cadre faisant parfois défaut du côté législatif ou conventionnel, d’autres acteurs sont alors intervenus pour fournir des points de repères aux employeurs et au salariés (voir ainsi, côté français, la « foire aux questions » du ministère du travail : <https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/teletravail>).

L’adoption d’une telle réglementation est toutefois rendue difficile par l’importance des questions qui sont en jeu. Au-delà des questions pratiques que soulève le télétravail, celui-ci met à mal et invite à repenser plusieurs aspects fondamentaux de la relation de travail. L’articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle est bien sûr affectée. Mais l’organisation du travail, les formes d’exercice du pouvoir de l’employeur ou encore les contours de la communauté de travail sont à réinventer. Les questions soulevées par le travail sont donc aussi nombreuses qu’essentielles. Elles concernent les liens entre les travailleurs (qu’est-ce qu’une communauté de télétravailleurs ?), entre l’employeur et les salariés (comment diriger, manager à distance ?), entre les salariés et leurs représentants (comment connaître les besoins des télétravailleurs et s’assurer que leurs droits sont respectés ?). Se pose aussi la question d’une mise en concurrence des télétravailleurs avec en arrière-plan le spectre de possibles délocalisations. Emerge encore la question des contours du salariat : comment distinguer, au sein des « travailleurs du clic », ceux qui sont soumis à un contrôle relevant du lien de subordination et ceux qui doivent rendre des comptes mais conservent la qualité de travailleur indépendant ?

L’ampleur de ces interrogations a pour effet de nourrir différentes attitudes quant aux projets d’encadrement renforcé du télétravail. En France, la voie choisie est celle d’une négociation nationale interprofessionnelle. Une opposition forte doit toutefois être constatée entre, d’une part, les organisations syndicales, qui souhaiteraient que cette négociation aboutisse à un texte contraignant afin notamment de garantir un minimum de droits aux salariés travaillant dans des entreprises dépourvues de représentants du personnel et, d’autre part, les associations d’employeurs, qui désirent éviter tout accord contraignant, afin que les entreprises conservent une entière latitude pour adopter des règles qui soient le mieux ajustées à leurs besoins. En Allemagne, la voie privilégiée pourrait être celle de l’adoption d’un nouveau texte de loi. Le projet du ministre fédéral du travail s’est toutefois heurté à l’opposition de la chancellerie, au motif qu’un tel projet ne figurait pas dans le contrat de coalition entre la CDU et le SPD. Sa proposition de reconnaître aux salariés un droit au télétravail de 24 jours avait suscité de vives réactions. Quel que soit le pays vers lequel le regarde se tourne, il semble en tout cas que la question de la réglementation du télétravail risque de faire encore l’actualité, tant ce mode de travail paraît appelé à se développer.

Benjamin Dabosville

Coordinateur du Gefact

Université de Strasbourg, Institut du travail, UMR 7354 DRES