Actualités

Aperçu rapide

160 En questions : le droit du travail à l'ère du numérique

Lionel Paraire,
avocat associé, cabinet Galion, membre d' AvoSial

Stéphanie Carrière,
avocat, cabinet Galion, membre d'AvoSial

« *Un siècle après la création d'un droit du travail industriel, existe aujourd'hui une opportunité historique pour penser puis créer le droit du travail immatériel* », écrivait récemment le professeur Jean-Emmanuel Ray *(J.-E. Ray, Qualité de vie(s) et travail de demain : Dr. soc. 2015, p. 147)*. En effet, les outils numériques ont pris une telle importance, qu'il est devenu incontournable de les prendre en compte dans l'encadrement juridique des relations entre employeur et salarié, mais également des rapports entre collègues. Il appartient au législateur, comme au juge, de construire un nouveau corpus juridique, en raison non seulement des impacts de la transformation numérique sur le droit du travail, mais aussi des enjeux importants qu'elle implique dans notre société.

1. Quels sont les principaux impacts du numérique sur le droit du travail ?

Apparues il n'y a encore que quelques années, les technologies de l'information et de la communication (TIC) ont aujourd'hui envahi la totalité de la sphère du travail en touchant la formation, le temps de travail, la santé et la sécurité des travailleurs, la négociation, le management...

Comme l'a souligné Bruno Mettling dans son rapport, « la révolution numérique implique un changement de paradigme dans le monde du travail. Loin de se résumer à l'usage d'outils numériques, elle marque l'arrivée, dans l'entreprise, de méthodes de conception, de production, de collaboration, qui sont aussi des méthodes de pensée, de travail, d'organisation » *(B. Mettling, rapp. Transformation numérique et vie au travail, sept. 2015 : JCP S 2015, act. 341)*.

La révolution numérique se développe bien au-delà de l'entreprise, puisqu'on la retrouve dans notre vie privée, mais également à travers de nouvelles formes de travail, avec les plateformes collaboratives. En outre, tous les secteurs d'activité sont concernés par les TIC (aussi bien l'agriculture que l'industrie ou le secteur tertiaire) et ce, à tous les niveaux, même si l'on remarque que les cadres sont a priori les premiers impactés. Avec le développement du travail à distance, c'est aussi toute l'organisation traditionnelle du travail qu'il faut repenser, notamment dans un souci de protection de la santé des travailleurs. La formation professionnelle (à travers le e-learning ou la FOA (formation ouverte ou à distance), le travail (via le télétravail ou plus simplement le travail à distance) ou encore l'organisation et le fonctionnement des institutions représentatives du personnel (par la consécration du vote électronique, la possibilité de tenir les réunions par visioconférence ou l'accès à la base de données économiques et sociales) se dématérialisent peu à peu.

Dans ce nouveau paysage, les risques sont nombreux, de sorte que les employeurs doivent être particulièrement attentifs et veiller au bon usage des outils numériques.

Ce n'est donc pas un hasard si les dernières réformes en droit du travail (aussi bien la loi Rebsamen du 17 août 2015 *(L. n° 2015-994, 17 août 2015)*. que la loi Travail du 8 août 2016 *(L. n° 2016-1088, 8 août 2016)*, un an plus tard) ont pris un peu plus en compte la présence des outils numériques dans l'entreprise.

2. Quels sont les enjeux de l'intégration du numérique dans le droit du travail ?

Le principal enjeu consiste à préserver l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle, lequel a nécessairement des répercus-

Ndlr : dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

sions sur la santé des travailleurs. Les salariés au forfait en jours, qui ne comptabilisent par leurs heures de travail et jouissent d'une grande autonomie dans l'organisation de leur activité, sont particulièrement exposés aux risques induits par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication.

La réception et la possibilité d'envoyer, à toute heure et en tout lieu, des emails professionnels, entraînent nécessairement chez le salarié la tentation d'alimenter la communication professionnelle, y compris en dehors du temps et du lieu de travail. Ce phénomène est d'ailleurs accentué par le *BYOD* (en anglais : *Bring your own device* ; apportez vos propres appareils), qui a tendance à se généraliser dans les entreprises. Dans une telle situation, le salarié est susceptible de recevoir aussi bien des messages professionnels que personnels sur ses propres outils de communication et la frontière avec la vie privée s'estompe de plus en plus. Or, dans le cadre des contentieux de remise en cause de la validité d'un forfait jours, les emails et autres messages électroniques échangés tard le soir ou encore le dimanche et les jours fériés, peuvent permettre au salarié de prouver qu'il a largement dépassé la durée légale ou collective du travail.

En dehors de ce risque de condamnation pour l'entreprise, les échanges continus entre collègues peuvent aussi poser un problème en matière de santé. En effet, le respect du temps de repos est susceptible d'être mis à mal, tandis que, parallèlement, les risques de stress et/ou de harcèlement sont amenés à se développer, les salariés pouvant se retrouver sous la subordination continue de leur hiérarchie.

La surutilisation des TIC peut donc accroître l'exposition aux risques psychosociaux (stress, harcèlement, burnout) et les entreprises ne peuvent plus ignorer ce phénomène, compte tenu de leur obligation de sécurité de résultat.

Par ailleurs, l'usage d'outils numériques pose inévitablement des problématiques en termes de protection des données personnelles. Si cette dernière est juridiquement encadrée, notamment par la loi informatique et libertés *(L. n° 78-17, 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)* sous le contrôle de la CNIL, l'étendue des nouveaux moyens de recueil de données est susceptible d'entraîner une fuite de ces dernières.

Ce risque est particulièrement accru avec l'utilisation, dans certaines entreprises, de la Blockchain, « une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée, et fonctionnant sans organe central de contrôle (définition de Blockchain France).

Par extension, une *blockchain* constitue une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création. Cette base de données est sécurisée et distribuée : elle est partagée par ses différents utilisateurs, sans intermédiaire, ce qui permet à chacun de vérifier la validité de la chaîne » (extrait du site internet *www.blockchainfrance.net)*. Sans un contrôle renforcé des entreprises, les données personnelles de leurs salariés sont donc susceptibles de leur échapper, entraînant un risque pénal certain.

3. Numérique et droit du travail : quelles sont les mesures légales existantes ?

Sur la base de ce qui précède, il est devenu impératif de règlementer l'usage du numérique dans les entreprises.

Les partenaires sociaux avaient déjà tenté une première approche, en 2013, dans un accord national interprofessionnel intitulé « *Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle* » *(ANI 19 juin 2013)*, dont l'article 17 était consacré à la promotion d'une « *gestion intelligente des technologies de l'information et de la communication au service de la compétitivité des entreprises, respectueuse de la vie privée des salariés* ». Ils notaient déjà que l'utilisation des TIC ne devait « *pas conduire à l'isolement des salariés sur leur lieu de travail* », mais « *garantir le maintien d'une relation de qualité et de respect du salarié, tant sur le fond que sur la forme de la communication et le respect du temps de vie privé du salarié* ».

Allant plus loin, le législateur a introduit, dans la loi Travail du 8 août 2016, un titre III intitulé « *Sécuriser les parcours et construire les bases d'un nouveau modèle social à l'ère du numérique* », au sein duquel on trouve notamment un chapitre consacré à l'« *adaptation du droit du travail à l'ère du numérique* », comportant des dispositions relatives aux domaines suivants *(V. JCP S 2016, 1310, étude H. Guyot)* :

– L'obligation de négocier sur le droit à la déconnexion (art. 55) ;

– L'adaptation des outils de travail aux travailleurs handicapés (art. 56) ;

– La concertation sur le télétravail (art. 57) ;

– L'utilisation de TIC par les représentants du personnel (art. 58) ;

– Le régime juridique des travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique (art. 60).

Depuis le 1er janvier 2017, la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail doit désormais porter 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 congé, ainsi que de la vie personnelle et familiale* » *(C. trav., art. L. 2242-8, 7°)*.

Il est important de noter la volonté du législateur de graver dans le marbre le droit à la déconnexion des salariés, puisque l'article L. 2242-8, 7° du Code du travail précise qu'« *à défaut d'accord, l'employeur élabore une charte après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit 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* ».

Le droit à la déconnexion, présenté en 2013 par les partenaires sociaux comme exemple de moyen de concilier vie personnelle et vie professionnelle, est ainsi pleinement consacré par le législateur *(ANI 19 juin 2013, art. 17)*. En revanche, ce dernier ne propose pas de solutions concrètes, celles-ci devant émaner des entreprises elles-mêmes, afin de correspondre à la réalité de leur activité.

Si l'obligation de se doter d'un texte relatif au droit à la déconnexion ne concerne que les entreprises tenues d'une obligation de négocier, c'est-à-dire celles de cinquante salariés et plus, elle marque néanmoins la nécessité de réguler les impératifs liés au numérique dans les entreprises, même si le législateur n'a prévu aucune sanction en cas d'absence de charte.

Il convient de souligner que rien n'interdit aux plus petites entreprises d'adopter également une charte réglementant l'usage des outils numériques ou encore d'intégrer certaines dispositions dans leur règlement intérieur.

En outre, l'accord relatif aux conventions individuelles de forfait en jours ou en heures doit également déterminer *« les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion » (C. trav., art. L. 3121-64, II, 3°).*

Le volet de la loi Travail concernant l'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique prévoit également *« une concertation sur le développement du télétravail et du travail à distance » avec les organisations d'employeurs et les organisations syndicales, qui doit s'appuyer « sur un large état de lieux faisant apparaître :*

1° Le taux de télétravail par branche selon la famille professionnelle et le sexe ;

2° La liste des métiers, par branche professionnelle, potentiellement éligibles au télétravail ».

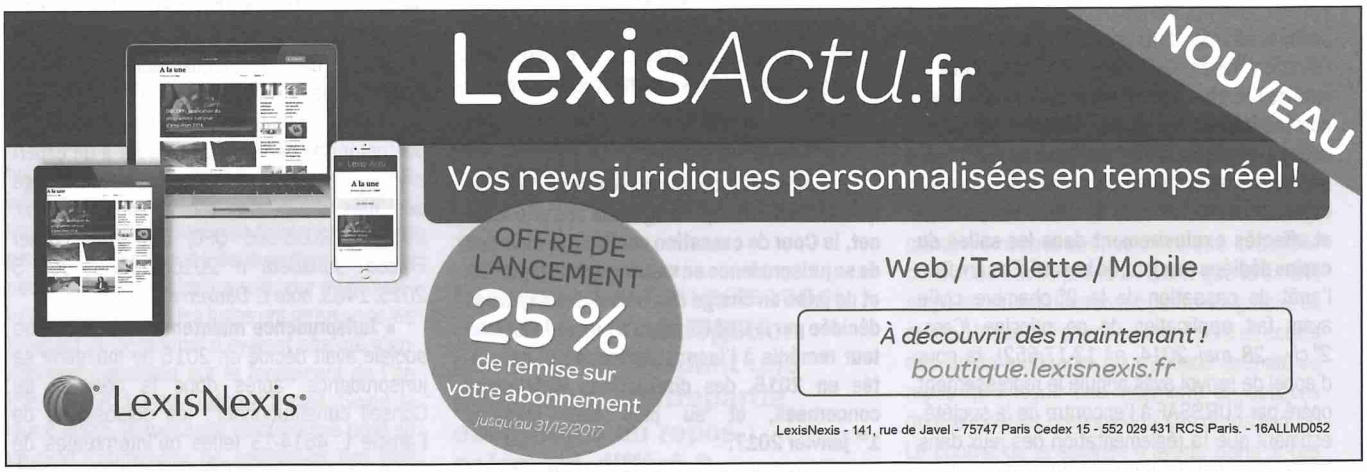
Elle porte aussi sur *« l'évaluation de la charge de travail des salariés en forfait en jours, sur la prise en compte des pratiques liées aux outils numériques permettant de mieux articuler la vie personnelle et la vie professionnelle, ainsi que sur l'opportunité et, le cas échéant, les modalités du fractionnement du repos quotidien ou hebdomadaire de ces salariés ».* Cette concertation, qui devait avoir lieu avant le 1er octobre 2016, n'a finalement débuté que le 6 mars 2017 et devrait donner lieu à la signature d'un document au début du mois de juin 2017. L'objectif, à l'issue de la concertation, est d'élaborer *« un guide des bonnes pratiques » qui servira de « document de référence lors de la négociation d'une convention ou d'un accord d'entreprise ».*

4. Numérique et droit du travail : quelles sont les applications pratiques ?

L'usage du numérique dans l'entreprise a nécessairement entraîné de nouvelles problématiques en contentieux, de sorte que les juges ont été contraints de réagir bien avant que le législateur n'intervienne concrètement sur ces questions. Dès 2001, la Cour de cassation affirmait, dans le célèbre arrêt *Nikon*, que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur » (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942)..*

Plus tard, la Haute juridiction a également dû préciser, dans une affaire où un ambulancier avait sciemment refusé de prendre un appel, mettant ainsi en danger un patient, que *« le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel [était] dépourvu de caractère fautif » Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.889.*

Quant aux employeurs, certaines (grandes) entreprises n'ont pas attendu les dernières réformes en droit social pour négocier sur l'usage des TIC ou pour organiser des journées de sensibilisation ou de formation auprès des salariés.

C'est notamment le cas de Sodexo, avec une opération « Adoptez l'email attitude » en 2013 ; d'Atos, avec un programme « zéro email », ou encore du cabinet Mazars qui a mis en place des formations sur les usages des outils numériques. En outre, certaines branches (comme Syntec ou les Hôtels, Cafés, Restaurants (HCR)) ont également négocié des principes de déconnexion, notamment à l'occasion de la renégociation de leurs accords relatifs au forfait jours.

Comme le soulignait Bruno Mettlilng la *« recherche de solutions comme la déconnexion relève autant d'une éducation au niveau individuel que d'une régulation au niveau de l'entreprise »(Rapport B. Mettlling préc.).*