

Le Journal du Management

juridique et réglementaire

La revue pour les services juridiques d'entreprises et collectivités

Michel Zix, Responsable juridique
chez Société Générale en charge
de la Propriété Intellectuelle

3



Nominations
Directions juridiques

63

Nouveaux Cabinets

75

Formations

86



DOSSIER

4



DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES - RGPD
BREVET-MARQUES

18^{ÈME} JOURNÉE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NUMÉRIQUE 64

18^e
Journée de la Propriété
Intellectuelle
& Numérique

1 décembre 2020 - Paris
- Programme
- Présentation des conférences

COMPLIANCE

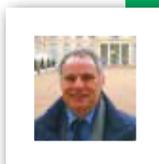
79



RISQUES ET PERSPECTIVES LIES AU TELETRAVAIL

RECouvreMENT

82



DES FRAIS DÉFENDUS (1)

RISQUES ET PERSPECTIVES LIÉS AU TÉLÉTRAVAIL

Né de la révolution induite par les NTIC (Nouvelle Technologie de l'Information et de la Communication), le télétravail s'est lentement imposé comme une nouvelle modalité d'exécution de la relation salariée.

À l'origine de son inscription dans le paysage national, un Accord Cadre Européen du 16 juillet 2002, qui tient plus de la déclaration de principe que de la véritable architecture normative. Un principe directeur y est mis en avant « *l'incitation au développement du télétravail en sécurisant les relations entre l'employeur et le salarié dans un cadre réclamant plus de flexibilité que celui des relations de travail "traditionnelles", l'alignement et, si nécessaire, l'adaptation des droits du télétravailleur sur celui des salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise, la prise en compte des spécificités du mode d'organisation du travail (protection de la vie privée, nécessité de formations appropriées, etc.)* »

Dans l'ordre juridique interne, c'est un Accord National Interprofessionnel du 19 juillet 2005 (conclu par l'ensemble des partenaires sociaux représentatifs), étendu par un arrêté ministériel en date du 30 mai 2006 et par un arrêté modificatif en date du 15 juin 2006. Cet ANI, qui reprend peu ou prou les dispositions de l'accord cadre européen, et a donné en son article 1 la définition canonique du télétravail :

« *Le télétravail est une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information dans le cadre d'un contrat de travail et dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière. Cette définition du télétravail permet d'englober différentes formes de télétravail régulier répondant à un large éventail de situations et de pratiques sujettes à des évolutions rapides. Elle inclut les salariés « nomades » mais le fait de travailler à l'extérieur des locaux de l'entreprise ne suffit pas à conférer à un salarié la qualité de télétravailleur. Le caractère régulier exigé par la définition n'implique pas que le travail doit être réalisé en totalité hors de l'entreprise,*



Marie-Hélène BENSADOUN

et n'exclut donc pas les formes alternant travail dans l'entreprise et travail hors de l'entreprise. On entend par télétravailleur, au sens du présent accord, toute personne salariée de l'entreprise qui effectue, soit dès l'embauche, soit ultérieurement, du télétravail tel que défini ci-dessus ou dans des conditions adaptées par un accord de branche ou d'entreprise en fonction de la réalité de leur champ et précisant les catégories de salariés concernés. »

S'en suivent dix articles fixant : le caractère volontaire (art. 2), la réversibilité et l'insertion (art. 3), les conditions d'emploi (art. 4), la protection des données (art. 5), le respect de la vie privée (art. 6), les équipements de travail (art. 7), la santé et la sécurité (art. 8), l'organisation du travail (art. 9), la formation (art. 10), les droits collectifs (art. 11). Enfin, l'accord national interprofessionnel contient des dispositions générales sur l'application, le suivi et l'extension de l'accord (art. 12 à 14). Sur ce point, l'article 12 précisait que « la définition du télétravail visée au 1^{er} alinéa de l'article 1 du présent accord ne peut faire l'objet d'une dérogation. »

Mais la signature de cet accord et son extension n'ont entraîné qu'un très faible passage au télétravail. En 2012, seule une quarantaine d'entreprises avait signé des accords relatifs à cette disposition, et leur application demeurait sporadique¹ (point intéressant : une majorité de ces accords ont été signés en 2008 en raison de l'épidémie de grippe H1N1).

Après plusieurs tentatives infructueuses de faire voter une loi spécifique, un régime embryonnaire du télétravail a été inscrit dans le Code du travail par la loi du 22 mars 2012.

L'ordonnance « Macron » n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (et sa loi de ratification de février 2018) est venue parachever l'édifice de l'organisation du télétravail en France.

Les évolutions principales portées par ce texte tenaient à :

- La suppression dans la définition du télétravail de la condition de « régularité » afin de donner un cadre au télétravail occasionnel.
- La formalisation du recours ne passe plus obligatoirement par le contrat de travail, le salarié pouvant être placé, dès l'embauche ou au cours de la relation contractuelle, en télétravail dans le cadre d'un accord collectif ou dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur, ou à défaut, par un accord par tout moyen.
- L'employeur refusant le passage en télétravail demandé par un salarié doit toujours motiver sa décision. A l'inverse, un salarié n'est jamais tenu d'accepter et son refus n'est pas un motif valable de rupture du contrat de travail.
- L'employeur est désormais tenu d'organiser un entretien annuel spécifique avec le salarié en télétravail qui porte sur ses conditions et sa charge de travail.
- L'accident survenu au salarié sur le lieu où s'exerce le travail pendant l'exercice de l'activité professionnelle est présumé être un accident de travail.
- L'employeur n'a plus à sa charge la prise de tous les coûts liés au télétravail, le remboursement au réel ou au forfait de ces derniers étant décidé dans les accords collectifs.

Un point important est à noter, l'ancienne disposition prévoyant qu'« *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* » a été intégrée directement à la définition

1 - In « *Légaliser le télétravail, une bonne idée ?* » Jean Emmanuel Ray, Droit Social 2012

du télétravail prévue à l'article L. 1222-9 du Code du Travail.

C'est sur ce fondement qu'a été rendu possible le recours massif au télétravail à l'initiative de l'employeur dans le cadre de la crise sanitaire que nous traversons (stade 3 de l'épidémie et déconfinement progressif).

Le passage massif au télétravail lié à l'épidémie de Covid-19 a induit des modifications des approches et des comportements des entreprises comme des salariés par rapport au télétravail.

Cet impact est pour le moment difficile à évaluer. Deux enquêtes post confinement, l'une de l'ANACT (*Télétravail en confinement : ça s'organise, ça s'apprend, ça s'anime*) l'autre de l'Université de Grenoble (*Quelles conditions de travail et d'exercice du management en télétravail confiné ?*) font état dans le même temps d'une acculturation rapide à ce phénomène pour de nombreux salariés mais de l'absence d'adhésion unanime à la possibilité du basculement définitif au regard des nombreuses inadaptations persistantes.

En effet, il convient de rappeler que le rêve du « tout télétravail » se heurte à des difficultés tant juridiques que managériales loin d'être résorbées.

- En premier lieu, le basculement vers un monde entièrement en télétravail se heurte à une **frontière matérielle**. Comme le rappelle l'économiste Cyprien Batut dans sa note pour le Groupe d'Etude Géopolitique L'impact du Covid-19 sur le monde du travail : « *Quelles activités peuvent être faites chez soi ? Pour évaluer cela, Brent Neiman et Jonathan Dingel, dans leur récent rapport, procèdent par élimination. Ils utilisent les résultats de deux enquêtes sur les conditions de travail afin d'identifier quel métier ne peut pas se faire à domicile. Par exemple, si X% des répondants d'un métier affirment que leur travail implique de passer du temps à l'extérieur tous les jours ou bien d'opérer des machines ou d'être en contact avec le public alors on peut considérer que X% des personnes dans ce métier ne peuvent pas télétravailler. Ainsi, ils estiment que 63% des emplois ne pourraient pas raisonnablement se faire depuis le domicile (et donc 37% le pourraient). Le policy brief de l'OFCE10 utilise la même méthodologie, se servant de*

l'Enquête Emploi en continu, pour estimer le nombre de travailleurs français potentiellement concernés par le télétravail. Il arrive au final à une proportion de la main d'œuvre (32%, soit 8,4 millions de travailleurs) comparable à celle de Neiman et Dingel aux États-Unis. Ces deux travaux concordent donc pour affirmer qu'une partie importante des emplois pourrait être télétravaillée, mais pas une majorité. »

Ainsi la construction d'une architecture managériale fondée sur le télétravail pourrait s'avérer **discriminante** pour l'ensemble des salariés n'exerçant pas des professions à même de bénéficier des avantages du télétravail. En effet, le recours au télétravail est très lié à la catégorie sociale : 58% des cadres et professions intermédiaires ont télétravaillé, contre 20% des employés et 2% des ouvriers seulement. Selon l'étude « *Conditions de vie pendant le confinement : des écarts selon le niveau de vie et la catégorie socioprofessionnelle* » réalisée par l'Insee et publiée en juin 2020, seulement 34% des personnes en emploi ont télétravaillé, tandis que 35% ont continué à se rendre sur leur lieu de travail.

- Ensuite, pour les entreprises, la volonté affichée d'un retour au travail physique (*Après trois mois de télétravail les entreprises battent le rappel*, in le Figaro) s'explique par le sentiment de déperdition et d'inefficacité ressenti par de nombreux managers. La cohésion nécessaire à une équipe de travail est minée par la standardisation et l'absence de contacts qu'induisent nécessairement la situation.

- Enfin et surtout, le télétravail présente un certain nombre de risques pour le salarié, à même de créer en conséquence un risque juridique (tant civil que pénal) pour l'employeur :

Ainsi, l'ensemble des problématiques liées à la charge de travail et au droit à la déconnexion retrouvent une acuité plus forte. La gestion par le salarié de son temps de travail peut être à l'origine de risques psychosociaux forts (sujet déjà présent pour les cadres au forfait jour), obligeant l'entreprise à la mise en place de procédures respectueuses des horaires et de la charge « normale » de travail.

De même, les questions de vie privée sont essentielles, l'employeur devant

exercer son pouvoir de contrôle de l'activité du salarié dans le respect absolu de ses droits fondamentaux (pas de mise en place d'outils technologiques contraires aux préconisations de la CNIL).

Aussi, l'employeur doit fixer par accord collectif ou de manière formalisée les limites du cadre du télétravail.

A noter enfin, une problématique nouvelle et réelle, soulevée par la philosophe Manon Garcia dans un article pour le 1 Hebdo spécial télétravail « *Le télétravail renforce la division genrée du travail : pour les femmes, il entraîne, tel qu'il a eu lieu ces dernières semaines, une augmentation du travail à fournir [...] entre les repas à préparer et l'école à la maison, les journées de travail se sont étalées jusqu'à tard dans la nuit* ».

En effet, bien que pendant la pandémie, le télétravail a souvent été présenté comme une solution bénéfique pour l'entreprise et le salarié, permettant à la fois une poursuite de l'activité économique et une protection efficace face au risque sanitaire, il s'exerce dans des conditions inégales en fonction du sexe (cf. rapport « *Le travail et ses aménagements : ce que la pandémie de Covid-19 a changé pour les Français* », Ined, juillet 2020).

Selon l'Insee (étude mentionnée supra), 80% des femmes en emploi qui n'ont pas été en autorisation spéciale d'absence pour garde d'enfant passaient plus de 4 heures quotidiennement auprès des enfants (contre 52% des hommes) et 45% assuraient une « *double journée* » professionnelle et domestique, cumulant quotidiennement plus de 4 heures de travail et 4 heures auprès des enfants, contre 29% des hommes. Parmi les personnes en emploi, les mères ont, deux fois plus souvent que les pères, renoncé à travailler pour garder leurs enfants.

De plus, le rapport de l'Ined révèle que les femmes sont plus souvent entourées d'enfants que les hommes et qu'en moyenne, seul un quart des femmes télétravaillent dans une pièce dédiée, dans laquelle elles peuvent s'isoler, contre 41% des hommes. L'union générale des ingénieurs, cadres et techniciens de la CGT, dans une étude publiée le 5 mai 2020, est arrivée aux mêmes conclusions : 44% des femmes ayant des enfants

de moins de 16 ans indiquent ne pas pouvoir travailler au calme, chiffre qui atteint seulement 31% chez les hommes.

Par ailleurs, l'étude de l'Insee démontre que 35% des parents ayant des enfants ont eu des difficultés pour assurer leur suivi scolaire. Cette difficulté, nettement corrélée au niveau de vie, est liée à la surcharge domestique et professionnelle résultant de la pandémie. Cette difficulté est plus souvent ressentie par les femmes que par les hommes.

Le sociologue François de Singly estime que « *contrairement aux hommes, qui sont parvenus à imposer qu'il ne faut pas les déranger pendant une partie de la journée, les femmes, qui ont la charge des relations au sein de la famille, ne cloisonnent pas. Elles doivent rester disponibles* » (L'accroissement des inégalités femmes-hommes pendant le confinement en graphiques, in Le Monde).

Le souci de l'absence de discrimination genrée doit donc conduire l'employeur

à mettre en place des outils de contrôle et de gestion du télétravail, si ce n'est spécifiques du moins particulièrement attentifs aux salariées.

Les éventuelles primes versées par les employeurs pour les télétravailleurs qui auront été les plus productifs ou innovants sont donc à bannir : elles pourraient s'avérer discriminatoires eu égard au fait que ce sont les femmes qui ont majoritairement pris en charge l'aide au devoir des enfants (M. Peyronnet, *Covid-19 et égalité*, in Droit social Dalloz, 2020, p. 588).

Ainsi, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître le télétravail. Il constitue incontestablement une opportunité en termes de flexibilité dans l'organisation des entreprises et des salariés et un moyen de s'adapter à des contextes inédits dans le cadre desquels les modes d'organisation habituels sont remis en cause avec le risque de préjudicier à la performance de l'entreprise. Toutefois, on ne peut prévenir et éliminer l'ensemble des risques que présente un recours non

maîtrisé au télétravail. C'est pourquoi son déploiement doit faire l'objet d'une concertation associant la direction, les instances représentatives du personnel et les salariés concernés. Sa mise en place nécessite la conclusion d'un accord collectif, fixant notamment les modalités de suivi et d'évaluation des conditions et la charge de travail des télétravailleurs. Des actions de suivi de ces accords sont par ailleurs indispensables. L'employeur doit en effet faire preuve d'une extrême vigilance quant à la charge de travail et aux délais d'exécution et doit veiller à ce que le recours au télétravail ne soit pas générateur de discriminations pour les salariés concernés.

**Marie-Hélène Bensadoun,
Avocat Associée, August Debouzy**



MASTER 2 SPII 2021

Stratégies de PI et innovation

- Maîtriser les aspects stratégiques de la Propriété Intellectuelle I
- 20 journées (6 modules) réparties sur 1 ou 2 ans
- En totale adéquation avec votre activité professionnelle
- Délivrance d'un Master 2, Bac+5 en formation continue
- De Mars à Novembre 2021
Date limite d'inscription : 14/02/2021

Pour tout renseignement :

www.ieepi.org

IEEPI

INSTITUT EUROPÉEN ENTREPRISE
ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

03.88.65.30.29
www.ieepi.org | ieepi@ieepi.org

Publicité