

# 20 Un droit à la déconnexion pour garantir la santé des salariés

Conférence du 29-11-2016

En partenariat avec les Editions Francis Lefebvre, Francis Lefebvre Formation a organisé, mardi 29 novembre 2016, une formation consacrée aux impacts de la loi Travail sur les pratiques RH. Cette journée a été co-animée par Olivier Bach, avocat associé au sein du cabinet Eole Avocats, et Pascale Pérez de Arce, chef de rubrique sociale aux EFL et responsable du Mémento CE, CHSCT, DUP.

**1** Sans revenir sur l'ensemble des sujets abordés, nous donnons ici un compte-rendu des interventions relatives au droit à la déconnexion et à la signature ou à la révision d'accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux.

## Droit à la déconnexion

**2** A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, rappelle Olivier Bach, les entreprises doivent négocier sur le droit à la déconnexion dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle hommes-femmes et la qualité de vie au travail. La discussion doit porter sur les modalités de 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.

Pour Olivier Bach, cette règle est l'aboutissement de 15 ans d'implantation des technologies d'information et de communication dans l'entreprise. Il s'agit d'obliger les salariés qui utilisent des ordinateurs, des smartphones ou tout autre objet connecté à se déconnecter.

## Pas de charte sans négociation préalable

**3** Concrètement, dès 2017, les entreprises vont devoir tenter de négocier un accord. En cas d'échec, elles seront alors tenues d'élaborer une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Olivier Bach attire l'attention sur le fait que les entreprises ne peuvent pas s'exonérer de négocier, en rédigeant directement une charte.

Il prévient surtout que les entreprises n'ayant pas signé d'accord ni conclu de charte courront des risques contentieux non négligeables.

## L'employeur doit veiller au respect du repos quotidien par le salarié

**4** En effet, le droit à la déconnexion, insiste l'avocat, est essentiel, car il va manifester la **bonne foi contractuelle** de l'employeur pour les salariés confrontés à cette problématique, notamment, les **cadres autonomes au forfait jours**. On ne peut pas, d'un côté, fournir un smartphone à un salarié en le laissant libre de l'utiliser à sa guise et, de l'autre, se contenter de prévoir dans un accord collectif ou une convention de forfait que

le salarié prendra toutes les dispositions nécessaires pour respecter les onze heures de repos quotidien entre deux postes. Ce type de clauses, ajoute-t-il, est en effet **censuré** par la Cour de cassation qui a, au titre de l'**obligation de sécurité de résultat** pesant uniquement sur l'employeur, sévèrement « recadré » les entreprises qui laissaient l'obligation au salarié de « s'autogérer » (Cass. soc. 11-6-2014 n° 11-20.985 F-PB : RJS 8-9/14 n° 633). C'est bien l'employeur qui doit prendre soin de la santé et de la sécurité des salariés et ce n'est donc pas à ces derniers, fussent-ils très autonomes, de s'assurer du bon respect du repos quotidien.

*« Les entreprises n'ayant pas signé d'accord ni conclu de charte sur la déconnexion courront des risques contentieux non négligeables »*

**5** Olivier Bach insiste sur l'importance du respect du **repos quotidien**. Il s'agit là d'une loi de police. Concrètement, l'employeur qui enfreint cette règle est passible d'une sanction pénale. L'avocat illustre son propos en relatant le cas d'un **cadre autonome**, directeur commercial d'une agence spécialisée dans l'événementiel, qui a été **victime d'un très grave accident** de la route, après s'être endormi sur son scooter. Or, ce salarié travaillait non-stop, jour et nuit, week-end et jours fériés... L'**inspecteur du travail** a mené l'enquête et constaté que le salarié se connectait sans arrêt. L'employeur ayant été dans l'impossibilité de fournir des données relatives au respect des repos quotidiens et hebdomadaires par le salarié, ainsi que les relevés de ses congés payés et autres jours supplémentaires pour les cadres au forfait jours, l'inspecteur a transmis l'affaire au parquet en raison de la gravité des faits. Mis en garde à vue, l'employeur a reconnu ne pas s'être assuré du respect par le salarié des règles de repos et de congés. Aujourd'hui convoqué en **correctionnelle** pour mise en danger délibérée de la vie d'autrui et blessures involontaires ayant entraîné une incapacité de travail de plus de trois mois, l'employeur risque une peine d'emprisonnement.

Comment mettre en place le droit à la déconnexion ?

**6** Une intervenante dans le public demande quelles modalités mettre en place pour respecter le droit à la déconnexion. Il peut s'agir, répond Olivier Bach, d'un système d'**empêchement de connexion**, ce moyen étant assez efficace. Pascale Pérez de Arce intervient en rappelant l'esprit de la loi qui invite à négocier au niveau de l'entreprise. Or, les entreprises

sont toutes différentes ; il est donc difficile d'envisager une solution unique, chaque entreprise devant trouver le dispositif le mieux adapté à sa situation.

**7** Est-ce que le fait que l'employeur ne soit désormais plus soumis à une obligation de résultat, mais à une **obligation de moyen** en matière de sécurité et de santé ne va pas permettre aux employeurs de s'en tirer à bon compte, se demande une autre intervenante.

**Attention**, prévient Olivier Bach, il s'agit quand même d'une obligation de moyen renforcée. Et justement, cela oblige l'entreprise à démontrer qu'elle a pris tous les moyens nécessaires et qu'elle a été proactive dans la gestion du risque. Le fait de ne rien faire et de laisser les salariés s'autogérer reste toujours condamnable, malgré l'infléchissement de la jurisprudence en matière d'obligation de résultat.

### Comment gérer les salariés « résistants » ?

**8** D'accord, mais imaginons, intervient une personne dans l'auditoire, que l'employeur a bien respecté ses obligations et mis en place, par exemple, un dispositif de déconnexion et qu'il se trouve confronté à un salarié « résistant » qui continue à travailler sans respecter les règles de repos. Que peut faire l'employeur ? La réponse d'Olivier Bach est catégorique : l'employeur peut (voire doit) utiliser son **pouvoir disciplinaire** et sanctionner le salarié, y compris le cas échéant, par un licenciement. La Cour de cassation a déjà validé, se justifie-t-il, des licenciements pour faute grave de cadres venant travailler le dimanche (Cass. soc. 26-6-2012 n° 11-13.249 F-D : RJS 10/12 n° 780).

Pascale Pérez de Arce est consciente que licencier un salarié productif ne relève pas de l'évidence pour l'employeur, mais il s'agit d'un **risque** à prendre et, au final, celui-ci pourrait s'avérer très coûteux, en cas de contentieux avec le salarié ou si ce dernier est victime de problèmes de santé, liés au surmenage ou au stress.

### A défaut de mesures sur le droit à la déconnexion, les employeurs seront plus facilement condamnés

**9** En l'absence d'accord ou de charte garantissant le droit à la déconnexion des salariés, insiste Olivier Bach, le risque existe de voir fleurir, dans le cadre des contentieux devant les **prud'hommes**, de nombreuses demandes au titre de l'**exécution déloyale** du contrat de travail, puisque l'employeur n'aura pas instauré ce droit. N'importe quel salarié au forfait jours pourra faire invalider ce dernier en invoquant la déloyauté de l'employeur qui ne l'a pas cadré en ne s'assurant pas, par exemple, du respect des règles de repos quotidien, dès lors que le salarié prouvera avoir travaillé tard le soir et les week-ends.

De même, en cas de prise d'acte de la rupture du contrat ou de demande de résiliation judiciaire, l'inertie de l'employeur sera aussi systématiquement condamnée et la rupture du contrat prononcée à ses torts.

### Accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux

**10** La loi Travail facilite la **négociation** d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux, qu'il s'agisse de la **conclusion** d'un accord ou de sa **révision**.

Mais, rappelle Olivier Bach, le **délégué syndical** a toujours le monopole de la négociation. En sa présence, il n'est donc pas possible pour l'employeur, sous peine de délit d'entrave, de le contourner pour aller signer un accord avec des salariés élus, mandatés ou non.

### Règles communes : les élus d'abord !

**11** En l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, il est possible de négocier, conclure et réviser un accord collectif de

travail, en premier lieu, avec les représentants élus du personnel au CE ou à la DUP (délégation unique du personnel) ou à l'**instance regroupée, mandatés** par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la branche ou au niveau national ou interprofessionnel.

A défaut de CE, la négociation se fait avec les **délégués du personnel**, mandatés dans les conditions susvisées.

En l'absence d'élus mandatés, la conclusion ou la révision d'un accord devra se faire avec ces mêmes élus, mais **non mandatés**.

Enfin, si aucun élu ne souhaite négocier, un ou plusieurs **salariés non élus mandatés** peuvent conclure ou réviser un accord.

**12** En tant que praticien, Olivier Bach **conseille** les négociations avec les **élus non mandatés**. Mais, tempère Pascale Pérez de Arce, l'employeur n'a pas le choix, puisqu'il suffit qu'un élu se fasse mandater et c'est lui qui aura la main sur la négociation. En effet, complète Olivier Bach, l'employeur doit **avertir les organisations syndicales** représentatives de la branche qu'il engage des négociations, à charge pour ces dernières de se rapprocher des élus, pour tenter de les mandater. En définitive, le **choix d'être mandatés** revient aux seuls élus. Ainsi, plus le lien entre un élu et un syndicat est fort (salariés du 1<sup>er</sup> tour), plus le mandatement sera probable. Mais, remarque l'avocat, dans ce type d'entreprise, il existe souvent un délégué syndical, ce qui exclut donc la négociation d'accords avec les élus. Il en déduit que, au final, la mesure concerne principalement les élus sans étiquette du second tour et que les possibilités de mandatement seront en conséquence réduites.

**13** Enfin, alerte Olivier Bach, si l'employeur n'a pas averti les organisations syndicales qu'il engage des négociations, l'accord conclu avec les salariés élus sera **nul**.

### Conclusion d'un accord avec un élu non mandaté : la commission de branche n'a plus à valider

**14** Olivier Bach se félicite que la loi ait supprimé la condition d'approbation de l'accord conclu avec un élu non mandaté, par une commission paritaire de branche, car cette mesure était source de difficultés et de lenteur. Et de citer les **commissions** qui faisaient de la **résistance** et retardaient le processus en demandant de « changer une virgule » et les branches inactives dans lesquelles aucune commission n'a été mise en place.

Désormais, l'accord est juste transmis à la commission qui devient une simple **chambre d'enregistrement**.

Pascale Pérez de Arce poursuit en rappelant que l'accord conclu avec un ou plusieurs élus non mandatés n'est valide que si ces élus représentent la **majorité des suffrages exprimés** lors des dernières élections. A défaut, il est réputé non écrit.

### Révision d'un accord : des règles plus souples

**15** Olivier Bach souligne l'évolution législative en la matière, puisqu'il est **désormais possible** aux salariés élus, mandatés ou non, de réviser un accord collectif signé avec un délégué syndical lors d'un **cycle électoral précédant**.

Plus globalement, en ne limitant plus la révision des accords aux seuls syndicats signataires ou adhérents, il s'agit d'éviter le seul choix qui était ouvert à l'employeur lorsque la révision était impossible, faute d'interlocuteurs compétents, et qui consistait à dénoncer l'accord. Or, la dénonciation d'un accord est un acte fort, plutôt à éviter, car cela peut être mal vécu et par les salariés et par les syndicats.

Pascale Pérez de Arce conclut en rappelant que la révision des accords obéit aux **mêmes règles de validité** que leur conclusion.