

Septembre 2020

RECONNAITRE ET ENCADRER LA CONTINUITÉ D'ACTIVITÉ À DOMICILE

Pour la CFE-CGC, il est primordial de bien distinguer le télétravail « classique » de la Continuité d'Activité à Domicile (CAD) qui a été mise en œuvre dans le cadre de la crise sanitaire.

Le diagnostic en cours de discussion par les partenaires sociaux, a déjà fait apparaître des difficultés liées à ce télétravail contraint et illimité tel que nous l'avons vécu pendant le confinement.

Dans un contexte de recrudescence de l'épidémie, le ministère du travail a mis à jour le 31 août, le protocole sanitaire visant à agir en prévention dans les entreprises. Le télétravail est une pratique « recommandée » dans la démarche de prévention du risque d'infection au covid-19. Il est par ailleurs précisé que les autorités sanitaires pourront l'encourager davantage, en fonction des indicateurs sanitaires. Dans ce contexte, on doit s'attendre à potentiel retour de ce télétravail « contraint » (continuité d'activité à domicile).

Pour la CFE-CGC, il est temps de travailler à encadrer cette forme d'organisation du travail.

LES SPECIFICITÉS DE LA CONTINUITÉ D'ACTIVITÉ À DOMICILE PAR RAPPORT AU TÉLÉTRAVAIL CLASSIQUE

Éléments distinctifs entre télétravail et continuité d'activité à domicile

Pour la CFE-CGC, le télétravail tel qu'il a été mis en place dans le cadre de la crise sanitaire (5 jours sur 5 et sans anticipation) ne devrait pas être considéré comme du télétravail mais comme de la Continuité d'Activité à Domicile (CAD).

La CAD se distingue du télétravail sur quatre points essentiels :

- Le **caractère contraint** du travail à domicile,
- La **quotité de travail concernée** par le travail à domicile,
- Le **mélange vie privée / vie professionnelle** (problématique de la garde d'enfants et de leur éventuelle scolarisation à domicile, hypothèses de multiplication au sein

- d'un même domicile du nombre de travailleurs concernés, problématique des aidants familiaux, etc.),
- **L'impossibilité de recourir à un tiers lieu** pour l'exercice de l'activité (espaces de coworking ou autres).

Premiers éléments de diagnostic sur les risques attachés à la continuité d'activité à domicile

De ce fait, la CAD comporte des risques qui, s'ils ne sont pas nécessairement d'une nature différente de ceux identifiés dans le cadre du télétravail classique (isolement, hyper connexion, surcharge de travail, TMS...), sont considérablement exacerbés. Ils peuvent alors changer de degré et devenir, de ce fait, bien plus dangereux pour la santé des salariés et/ou manifestement préjudiciables à la qualité du travail.

Parmi les problématiques identifiées lors du travail à distance mis en place 5 jours sur 5 durant la crise, on peut souligner :

- « **le manque d'environnement social professionnel** » (expression empruntée à l'enquête de Terra Nova) : éloignement des collègues, sentiment d'isolement (43% des télétravailleurs se sont sentis isolés de leur collectif de travail selon un sondage SECAFI),
- la **difficulté à séparer vie professionnelle et vie privée** (augmenté par le fait que 36% des salariés n'avaient pas de pièce isolée pour travailler ou pas d'équipement),
- la **charge et la durée du travail plus importantes** (39% des télétravailleurs ont vu leur charge de travail augmenter selon le sondage de SECAFI) », certains étaient même contraints de travailler sur des jours qu'ils auraient dû « chômer » au titre de l'activité partielle,
- le **manque d'équipement adaptés** ressort également (seulement 18% des salariés disposent chez eux d'un siège ergonomique, et 47% d'une imprimante, tandis que 17% n'ont pas de table ou de bureau, selon le sondage de SECAFI).
- « des difficultés techniques de **maitrise des outils** » (pour 27% des télétravailleurs selon SECAFI),
- un **travail en dehors de plages habituelles** de travail pour 38%,
- une **moindre concentration ainsi qu'une plus grande fatigue** pour 50% des télétravailleurs (sondage ANACT).
- des relations de travail parfois dégradées en raison du **manque de confiance** et du manque de reconnaissance du travail accompli à distance,
- la **démultiplication des attentes pesant sur les managers qui doivent tout à la fois** :
 - **assurer le lien individuel** avec les membres de l'équipe,
 - **assurer le lien collectif** entre les membres de l'équipe,
 - **respecter le droit à la déconnexion, pour eux et pour leur équipe**, tout en maintenant la réalisation des objectifs,
 - **résister aux demandes de flicage** numérique de l'activité de leurs collaborateurs ;
- l'émergence de **formes de contrôle numérique de l'activité des salariés** qu'il serait selon nous nécessaire d'encadrer,
- le **refus de prise en charge des frais liés au télétravail**,
- le **refus de maintenir les tickets restaurants**.

Or, face à tous ces phénomènes, force est de constater que les dispositifs existants actuellement n'apportent pas les réponses adaptées et ne permettent pas d'apporter les garanties nécessaires au bon exercice de la CAD.

LES FAIBLESSES DU DROIT EXISTANT

Les doutes quant à l'applicabilité de l'ANI du 19 juillet 2005

L'ANI vise dans sa définition du télétravail l'exercice de cette modalité de manière régulière, mais surtout **de manière volontaire** pour l'employeur comme pour le salarié.

Article 1^{er} : « *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.* »

Article 2 : « *Le télétravail revêt un caractère volontaire pour le salarié et l'employeur concernés* ».

Une situation comme celle que nous venons de connaître, avec injonction du gouvernement faite aux entreprises de recourir au travail à domicile à chaque fois que cela était compatible avec l'activité exercée par le salarié, n'entrerait donc potentiellement pas dans la définition du télétravail telle qu'elle résulte de l'ANI.

Il en résulte que des entreprises pourraient faire valoir notamment le défaut du double volontariat posé par l'accord pour considérer qu'elles ne sont pas tenues par les dispositions qu'il contient.

Certaines entreprises ont d'ailleurs refusé d'appliquer les dispositions contenues dans leur accord d'entreprise relatif au télétravail prétextant que celui-ci ne s'appliquait pas à la continuité d'activité à domicile. On peut donc en déduire qu'une partie du patronat est lui-même convaincu de la nécessité de reconnaître la particularité de la CAD.

En raison des différences entre télétravail et CAD et des ambiguïtés qui en résultent, **il n'est donc pas possible de considérer que les dispositions de l'ANI, comme celles des accords d'entreprises, protègent actuellement de manière satisfaisante les salariés dans une situation de CAD.**

Les dispositions contenues dans le code du travail

Le Code du travail pose également **le principe d'un télétravail effectué de « façon volontaire » par le salarié.**

Article L. 1222-9 du Code du travail : « ... *le télétravail désigne toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* ».

Toutefois, la loi a prévu, depuis 2012 le fait qu'en cas de **circonstances exceptionnelles**, notamment liées à une **menace épidémique**, ou de **force majeure**, la **mise en œuvre du télétravail** puisse 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** ».

Or, **la loi n'assortit ce recours forcé au télétravail d'aucune garantie particulière.**

Et si l'on se réfère aux dispositions **concernant le télétravail « normal », les obligations s'agissant de son encadrement sont devenues quasi inexistantes** dans la mesure où le télétravail de gré à gré, sans encadrement par un accord collectif ou un avenant au contrat de travail, est désormais possible.

En supprimant l'obligation spécifique de prise en charge des frais liés au télétravail, la loi a même brouillé les pistes. En effet, malgré cette suppression, **les employeurs restent tenus par l'obligation générale de prendre en charge les frais professionnels des salariés.** Ce principe est rappelé de manière constante par les juges qui visent « la règle selon laquelle les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur » (voir notamment, Cass. Soc., 25 mars 2010, 08-43.156).

La continuité d'activité à domicile due à la pandémie a généré autant, si ce n'est plus, de frais pour les salariés qu'un télétravail « classique » (frais généraux, consommables d'imprimantes, fournitures de bureau, dépassements de forfait pour utilisation intensive du partage de connexion avec le téléphone personnel en raison des difficultés de connexion, etc.).

Rien ne justifie que la prise en charge de ces frais professionnels ne soit donc pas assurée pour les salariés concernés. Bien au contraire, l'article L. 4122-2 du Code du travail dispose que « Les mesures prises en matière de santé et de sécurité au travail ne doivent entraîner aucune charge financière pour les travailleurs ».

La continuité d'activité à domicile répond clairement à une mesure de santé et de sécurité et ne doit donc entraîner aucune charge financière pour les salariés concernés.

Force est de constater que dans la réalité, il n'en va pas toujours ainsi.

Finalement, **la situation des salariés en CAD pourra être d'autant plus dégradée qu'ils travaillent dans une entreprise au sein de laquelle aucun dispositif n'en précise les conditions d'exercice.**

LA NECESSITE DE RECONNAITRE LA CONTINUTE D'ACTIVITE A DOMICILE POUR SE PREPARER A DE NOUVEAUX EPISODES

On peut d'autant moins se satisfaire de l'état du droit existant qu'il est de notre devoir de considérer que l'épisode que nous venons de traverser ne sera pas un épisode isolé. L'absence de garanties suffisantes pour encadrer le recours à la continuité d'activité à domicile ne peut en aucun cas être une situation satisfaisante. En effet, **il serait naïf de croire que la crise sanitaire que nous venons de traverser sera un épisode unique**, si tant est que l'épisode soit réellement derrière nous.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une deuxième vague, même si l'on peut espérer des règles de confinement moins strictes, le recours au travail à domicile pour les salariés qui le peuvent restera une modalité de gestion pertinente du risque épidémique. Et que dire si nous sommes touchés un jour par un virus encore plus virulent !

Et au-delà du risque épidémique, **les risques environnementaux** notamment doivent également être appréhendés sous l'angle d'un potentiel besoin de recourir à la CAD, y compris de manière très localisée.

Enfin, il faut également envisager la possibilité que des entreprises, soumises par exemple à un **sinistre**, considèrent qu'il est possible de **mobiliser la CAD, plutôt que de recourir à de l'activité partielle** par exemple.

Même s'il faut évidemment souhaiter que le déclenchement de la CAD reste le plus exceptionnel possible, **il est de la responsabilité des pouvoirs publics et des corps intermédiaires de veiller de saisir à sa juste mesure les potentialités de ce dispositif, et de veiller à son bon encadrement.**

Rester dans les ambiguïtés et incertitudes actuelles n'est **souhaitable ni pour les salariés, bien sûr, dont l'état de santé peut être fortement fragilisé et leur situation financière dégradée, ni pour les employeurs.**

Ceux qui pensent pouvoir ne pas indemniser leurs salariés, ceux qui n'ont pas veillé au respect du droit à la déconnexion, ceux qui ont reproché à leurs salariés leur baisse de productivité, ceux qui n'ont pas adapté la charge de travail, contraignant ainsi les salariés à une durée de travail excessive, et parfois à travailler sur des journées chômées au titre de l'activité partielle... **tous ces employeurs qui, faute de règles claires, ont adopté des pratiques plus que contestables, s'exposent sans nul doute à des contentieux dans les mois à venir.**

Le besoin de sécurisation juridique de la CAD est donc un besoin partagé par les employeurs et les salariés.

PISTES DE REFLEXION POUR L'ENCADREMENT DU RECOURS A LA CONTINUITE D'ACTIVITE A DOMICILE

Les pistes de réflexion qui vont être présentées s'attachent au contenu des mesures sans préjuger de « leur contenant ».

La CFE-CGC appelle de ses vœux la révision de l'ANI 2005 intégrant une partie dédiée à la CAD. Mais la négociation d'un ANI ne pourra se faire sans le patronat. Par ailleurs, certains éléments (comme la compétence de l'inspection du travail), ne peuvent être laissés à la seule décision des partenaires sociaux. Il nous faut donc également envisager que l'encadrement de la CAD puisse nécessiter une intervention législative.

Le déclenchement de la continuité d'activité à domicile

Lors de l'épisode de crise sanitaire lié au Covid-19, la CAD a été déclenchée par le gouvernement. Une telle hypothèse ne pose donc pas de difficulté quant à la légitimité du passage en CAD pour les entreprises.

Elle peut néanmoins poser la question de celles qui auraient refusé de « jouer le jeu », soit en obligeant des salariés à travailler sur site alors que la CAD aurait été possible, ou à l'inverse, en plaçant en activité partielle des salariés qui auraient pu maintenir l'activité depuis leur domicile.

Toujours est-il que, comme nous l'avons exposé ci-dessus, bien d'autres hypothèses de mise en œuvre de la CAD peuvent être envisagées.

Lorsqu'un confinement est exigé par les autorités, nationales ou locales, pour des raisons de santé publique liées à un risque épidémique, un risque chimique, ou un risque nucléaire par exemple, a priori pas de problème.

Mais que dire si une entreprise décide d'enclencher une CAD alors qu'elle n'y est pas directement contrainte par une autorité publique ?

Si l'on prend l'exemple de l'incendie de Lubrizol, les écoles ont été fermées, un confinement restreint a été mis en place. Une entreprise voisine du site, aurait pu considérer que la CAD s'imposait à titre de prévention pour ne pas exposer des salariés à un risque chimique.

On peut également envisager l'hypothèse d'une entreprise dont les locaux ont été sinistrés et qui pourrait, plutôt que d'activer l'activité partielle, ou pour en réduire la portée, mettre en œuvre la CAD, bien moins pénalisante pour l'entreprise comme pour les salariés.

Quel cadre donner à ce type de situations ? Pour la CFE-CGC, **une telle décision ne peut être laissée au seul arbitrage de l'employeur.**

Hormis lorsqu'elle est imposée par les pouvoirs publics, **la mise en œuvre de la CAD doit donc pouvoir uniquement résulter :**

- soit d'un **accord collectif**,
- soit d'une **autorisation de l'inspecteur du travail**, soumise à une procédure d'urgence, après transmission de l'avis du CSE.

L'anticipation de la continuité d'activité à domicile

Pour la CFE-CGC, l'un des éléments majeurs venu renforcer les difficultés rencontrées par les salariés en CAD a été l'absence d'anticipation. Des différences notables ont existé entre les entreprises dans lesquelles se pratiquait déjà le télétravail et celles qui l'ont découvert à l'occasion de la crise sanitaire...

L'absence d'anticipation était sans doute quasi inévitable au regard du contexte. Mais cette période de crise doit nous conduire à nous projeter dans un futur où ce type d'épisodes sera amené à se reproduire et nous n'aurons alors plus d'excuses pour ne pas les avoir anticipés.

Pour la CFE-CGC, il est donc **essentiel que les entreprises interviennent le plus rapidement possible sur** les points suivants :

- **La formation des managers au management à distance**

Il s'agit ni plus ni moins ici de concrétiser les engagements pris dans l'ANI encadrement du 28 février 2020 portant diverses orientations pour les cadres qui identifie clairement ce besoin lié certes au télétravail, mais aussi à d'autres formes de travail à distance au titre desquelles doit figurer la CAD.

- **L'évolution des équipements informatiques**

Il s'agit de sensibiliser les entreprises sur l'importance d'intégrer dans le renouvellement de leurs équipements informatiques et dans l'évolution de leurs systèmes informatiques leur adaptabilité à une continuité d'activité à domicile.

Il faut être en capacité de mettre à disposition des salariés des outils numériques professionnels adaptés répondant aux exigences de connexions sécurisées et de protection des données.

- **La formation des salariés aux outils numériques**
- **La mise en place d'une charte informatique** ou l'actualisation de celle existante pour traiter de la CAD

La gestion de la continuité d'activité à domicile

Les garanties dans la relation individuelle de travail

- **Information individuelle des salariés sur le passage en CAD**
- **Organisation du temps de travail**

La CFE-CGC propose, chaque fois que cela est possible et pertinent, de mettre en place une **plage horaire élargie** de travail permettant un **fractionnement du temps de travail** afin que le salarié puisse concilier ses temps de vie et les différentes contraintes pesant sur lui lors d'une période de CAD.

Cette plage horaire élargie de travail, respectant évidemment les temps de repos indispensables, ainsi que les durées maximales de travail pour les salariés qui y restent soumis (déduction faite éventuellement du temps de pause méridienne), s'assortit alors de **plages horaires de contact plus réduites** pendant lesquelles le salarié doit être joignable.

Il s'agit avec ce dispositif de trouver un équilibre entre l'autonomie qui doit être laissée au salarié en CAD, les différentes contraintes personnelles qui s'ajoutent aux contraintes professionnelles, ainsi que les obligations de l'entreprise en matière de temps de repos et de protection de la santé de ses salariés.

- **Régulation de la charge de travail et adaptation des objectifs**

Pour la CFE-CGC, une situation de CAD nécessite de penser le temps de travail au regard de l'autonomie dans laquelle se retrouve le salarié et des contraintes multiples auxquelles il est confronté. Un contrôle du temps de travail effectif, via les outils numériques, nous semble donc particulièrement inadapté à une situation de CAD.

Pour la CFE-CGC, **la gestion du temps de travail effectif des salariés en CAD doit passer par une régulation de la charge de travail et une adaptation des objectifs.**

Un **entretien** devrait ainsi être imposé pour **actualiser les objectifs** des salariés au regard de leur situation concrète, et pour, le cas échéant, **redéfinir et prioriser leurs tâches.**

Une forme de **droit d'alerte** du salarié devrait également être prévue, permettant à celui-ci de faire valoir une **surcharge de travail** et de déclencher un nouvel entretien pour réajuster encore sa charge de travail.

- **Protection du droit au repos**

Le respect des temps de repos reste une **obligation pénalement sanctionnée**, même en cas de CAD.

Si la CFE-CGC s'oppose à un contrôle du temps de travail effectif, **le contrôle des amplitudes des journées de travail pour garantir le respect des repos et du droit à la déconnexion reste pertinent.**

Il nécessite alors évidemment de respecter l'obligation d'information consultation du CSE, et d'information individuelle des salariés concernés.

- **Protection du droit à la déconnexion spécifique**

Pour la CFE-CGC, il est important de rappeler spécifiquement le droit à la déconnexion des salariés en situation de CAD. De la même manière que le législateur a insisté particulièrement pour la formation d'un droit à la déconnexion spécifique aux salariés en forfait-jours, particulièrement exposés au risque de l'hyper-connexion, il nous semble indispensable de **donner une dimension spécifique au droit à la déconnexion des salariés en situation de CAD.**

A ce titre, la CFE-CGC attire particulièrement l'attention sur le fait que nombre d'entreprises transforment parfois droit à la déconnexion en devoir de déconnexion, opérant parfois un transfert de l'obligation sur les salariés éminemment contestable.

- **Protection renforcée contre le licenciement pour motif personnel**

Pour la CFE-CGC, il est indispensable de protéger les salariés contre des licenciement abusifs reposant sur une soi-disant insuffisance professionnelle en période de CAD, ne tenant pas compte des difficultés multiples qu'ont pu rencontrer les salariés.

Sans créer une immunité totale des salariés en période de CAD, la CFE-CGC propose de renforcer les garanties apportées à d'éventuelles mesures de licenciement pour motif disciplinaire ou pour motif personnel lié à une insuffisance professionnelle.

Ainsi, la CFE-CGC propose que pour les faits se rapportant à la période de CAD, **les licenciements pour motifs personnels, hors faute grave ou inaptitude, soient interdits.**

- **Le principe d'égalité de traitement**

Il est indispensable de garantir aux salariés en CAD l'égalité de traitement par rapport aux salariés sur site. La CAD doit permettre la continuité des droits des salariés !

Les nombreux retours concernant la suppression des tickets restaurants pendant la CAD par exemple, illustre bien l'importance d'un rappel clair pour les entreprises s'agissant du maintien des droits des salariés en CAD.

A l'inverse, le principe d'égalité de traitement doit conduire à une réflexion sur l'impact d'un confinement pour les salariés qui sont contraints de travailler sur site et qui sont donc exclus de la CAD. Ainsi, par exemple, il peut s'agit de réduire ou d'aménager les horaires de ces salariés pour leur permettre d'accéder aux commerces alimentaires dans des conditions acceptables.

- **Prise en charge des frais**

Il est **indispensable d'apporter une clarification aux employeurs s'agissant de leur obligation** de prendre en charge les frais professionnels, et donc les frais liés au travail réalisé au domicile du salarié.

S'agissant de la CAD, et de la même manière que pour le télétravail classique, la prise en charge peut se faire soit au réel, mais cela oblige à des calculs complexes, soit de manière forfaitaire.

L'Urssaf propose un forfait exonéré de cotisations sociales : 10€ par mois pour un jour de télétravail par semaine, 20€ pour deux jours, etc.

Pour la CFE-CGC, **la CAD doit donner lieu au minimum à l'application du forfait Urssaf.**

Les garanties dans les relations collectives de travail

- **Information/consultation du CSE sur la mise en place de la CAD**
- **Accès généralisé** des OS et élus CSE aux **messageries professionnelles**,
- **Désignation au sein du CSE d'un référent CAD**,
- **Réunions régulières** distancielles de suivi de la situation,
- **Rappel de la garantie de l'accès au site et de la liberté de circulation** pour les représentants du personnel, sauf si celui-ci ne peut se faire dans les conditions de sécurité nécessaires.

La fin de la continuité d'activité à domicile

Pour limiter les risques, le recours à la CAD doit être circonscrit à la période au cours de laquelle il est strictement nécessaire. Mais il ne sera pas toujours simple de fixer la date de fin de la CAD. Cela pose un certain nombre de question :

- **Quels sont les critères de sortie de la CAD ?**
- **Comment organiser la reprise sur site ?**
- **Quelle place pour les élus du personnel et les représentants syndicaux ? Pour l'inspection du travail ?**

On le voit, dans le cadre d'un risque épidémique, il est plus que probable que la situation ne passe pas clairement du jour au lendemain de la nécessité d'une CAD totale au retour à la normale.

Se pose alors notamment la question de la **gestion de la reprise d'activité sur site lorsque le risque n'a pas totalement disparu**. Pour la CFE-CGC, cette reprise d'activité doit se faire en mobilisant les dispositifs suivants :

- **Garantie des règles de sécurité et sanitaires sur site**,
- **Concertation sur les modalités de la reprise** : la reprise d'activité sur site doit donner lieu au minimum à une information/consultation du CSE, voire à la négociation d'un accord collectif de reprise, à concertation avec les représentants du personnel, ou, le cas échéant, avec l'inspecteur du travail qui aura validé le recours à la CAD.
- **Une reprise d'activité sur site progressive** : pour la CFE-CGC, plus la période de CAD aura été longue, plus le retour à l'activité sur site dans les modalités antérieures doit se faire de manière progressive. Voici quelques pistes de **recommandations pour la reprise d'activité sur site** :
 - **Première période de reprise basée sur le double volontariat**, sauf pour les salariés dont la présence sur site est indispensable au redémarrage de l'activité ;
 - **Aménagement des horaires de travail** sur site pour éviter les heures de pointe pour les transports en commun, pour limiter le nombre de salariés présents au même moment ;
 - **Augmentation progressive du nombre de jours de travail sur site**.

Enfin, la CFE-CGC recommande une **évaluation post-CAD, menée conjointement avec les IRP** : faire le bilan de la période de CAD en tant que telle, mais aussi de la reprise d'activité, pour tirer les enseignements de ce qui a fonctionné et de ce qui, à l'inverse, s'est révélé problématique, de manière à adapter les pratiques en cas de nouveau recours à la CAD.