

TÉLÉTRAVAIL – QUELQUES RÉFLEXIONS

FBT AVOCATS - Mai 2022

I INTRODUCTION

La crise du COVID aura marqué (et continue de marquer dans une certaine mesure) notre manière de vivre pendant près de deux ans. Nous avons été contraints de réduire nos interactions sociales, de garder des distances avec nos proches et également, pour certains, de rester à la maison. Le télétravail a pris une place considérable au sein de notre société. Aujourd'hui, la plupart des mesures sanitaires sont levées, y compris la recommandation de télétravailler. Certaines questions demeurent néanmoins d'actualité alors que nous devons reprendre une vie « normale ». Le télétravail a marqué l'esprit de la plupart des employés. Beaucoup s'y sont habitués et souhaitent pouvoir continuer à profiter de ce mode de travail. Cette note a pour but d'examiner les quelques points auxquels l'employeur doit être attentif.

II LE TÉLÉTRAVAIL

A. Les règles applicables

Lorsque l'employeur met en place un système de télétravail, il ne doit pas perdre de vue que les règles générales du droit du travail s'appliquent pleinement, y compris les règles protectrices de la Loi fédérale sur le travail (LTr). Ainsi, il y a lieu de respecter ces dispositions, notamment celles portant sur la durée maximale du travail, le travail de jour ou le travail du soir et la durée du repos. Lorsque le temps de travail ne peut pas être enregistré, par exemple en l'absence de pointeuse au domicile, l'employeur doit veiller à mettre en place un système équivalent.

L'application des art. 351ss CO, règles spéciales sur le contrat de travail à domicile, n'est pas à écarter d'emblée, si les conditions de l'art. 351 CO sont remplies. Il s'agit toutefois d'une forme de travail qui a presque totalement disparu. Le télétravail tel que nous le connaissons ne remplit, dans la plus grande majorité des cas, pas les éléments caractéristiques du travail à domicile prévu aux art. 351ss CO et ceux-ci ne seront donc pas applicables¹.

B. L'imposition du télétravail requiert-elle la modification du contrat ?

L'institution du télétravail se rapporte à la définition du lieu où le travail sera exécuté. Le lieu de travail n'est pas réglé aux art. 319ss CO. La règle générale de l'art. 74 CO renvoie en premier lieu à la volonté des parties. C'est donc le contrat de travail qui permettra de déterminer le lieu de travail. Ainsi, le télétravail doit être prévu par contrat pour être exigé du travailleur. S'il n'est pas prévu, il ne pourra être ordonné qu'avec le consentement de ce dernier.

En l'absence de base contractuelle, l'introduction du télétravail pourra se faire au moyen d'un congé-modification. La modification du contrat de travail associée à ou suivie d'un congé doit toutefois être justifiée par des motifs objectifs tenant à la gestion de l'entreprise.

Si l'employeur compte imposer à son employé d'accomplir du télétravail, alors une modification du contrat sera nécessaire. Si l'employeur compte offrir la possibilité de faire du télétravail à ses employés, mais ne souhaite pas les y contraindre, alors une modification du contrat de travail n'est pas nécessaire, mais

¹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 38

est tout de même recommandée. Le travailleur n'y verra a priori aucune objection puisque cette modification lui est en principe favorable, lui donnant ainsi plus de flexibilité².

C. Les avantages, inconvénients et conséquences possibles du télétravail

Le télétravail présente des avantages, que ce soit pour les employeurs, les employés ou même la collectivité. Les risques et limites de cette forme de travail ne doivent toutefois pas être ignorés.

Pour les employés, l'avantage principal réside dans la flexibilité offerte par le télétravail. Le télétravailleur qui reste à la maison pourra organiser son temps de travail plus librement, de sorte à pouvoir participer aux tâches domestiques et à la prise en charge des enfants. Le télétravail devrait en particulier faciliter le maintien des femmes devenues mères sur le marché du travail.

Un autre avantage du télétravail concerne la fatigue et le stress, lesquels sont diminués par l'économie des trajets parfois longs pour se rendre au travail.

Il convient cependant de noter que le télétravail n'est pas tout à fait sans risques pour les employés. L'un des risques importants est l'isolement du reste de ses collègues et les conséquences que cela peut avoir en termes de socialisation ou de développement professionnel, notamment la perte des échanges informels induits par le contact direct entre collaborateurs. Ces contacts informels permettent l'échange d'idées et, par conséquent, l'innovation.

Un autre risque majeur pour l'employé s'adonnant au télétravail réside dans le brouillage des limites entre vie professionnelle et vie privée. Les télétravailleurs risquent de rester disponibles pour l'employeur au-delà de leur temps de travail et ainsi laisser leur activité professionnelle empiéter sur leur vie privée.

Enfin, il est intéressant de relever que selon une étude du *Tony Blair Institute for Global Change*³, un emploi sur cinq au

Royaume-Uni pourrait disparaître dans les années qui viennent, car il risque d'être délocalisé dans d'autres pays à cause du télétravail.

Cette étude anglaise a ainsi baptisé une certaine classe d'emplois de « Anywhere Jobs », soit des emplois permettant de travailler de n'importe où, ou autrement dit, des emplois délocalisables.

En effet, certains pensent que le télétravail incite à considérer le travail sous l'angle du seul résultat. Dans cette hypothèse, le contrat de travail serait ainsi progressivement vidé de sa substance au profit d'une logique de prestation de service. Cette logique pourrait accroître le recours à la sous-traitance, en diminuant ainsi la protection sociale et le coût total du travail, les individus étant incités à devenir entrepreneurs ou indépendants et à assumer le risque économique de leur activité⁴.

En prolongement de l'idée qui précède, le télétravail pourrait ainsi favoriser la baisse des coûts de main-d'œuvre dans la mesure où il donne accès à un bassin de travailleurs élargi, propre à accroître l'offre de compétences, en particulier en provenance des pays où le coût de la main-d'œuvre est moindre⁵.

Toutefois, ce risque est à notre avis faible, puisque la mondialisation, la délocalisation et la sous-traitance dans les pays émergents existent en réalité d'ores et déjà. L'extension du télétravail ne devrait ainsi pas drastiquement modifier la structure des entreprises.

D. Le télétravail et les frontaliers

Avec plus de 90'000 travailleurs frontaliers à Genève à la fin de l'année 2020⁶, la question du télétravail soulève indéniablement des questions d'ordre juridique qui peuvent avoir des conséquences non négligeables pour les employés et les employeurs (for, droit applicable, régime obligatoire de sécurité sociale et assujettissement à l'impôt à l'étranger).

² Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 34-35

³ <https://institute.global/policy/anywhere-jobs-reshaping-geography-work>

⁴ <https://www.la-fabrique.fr/fr/publication/le-travail-a-distance-dessine-t-il-le-futur-du-travail-2/>

⁵ <https://www.la-fabrique.fr/fr/publication/le-travail-a-distance-dessine-t-il-le-futur-du-travail-2/>

⁶ Office fédéral de la statistique OFS, Communiqué de presse du 24 juin 2021 : Nombre de frontaliers en hausse depuis le début du millénaire.

1. For et droit applicable

Selon le taux de télétravail effectué par un frontalier, une première conséquence, non négligeable, serait l'ouverture d'un for dans le pays du domicile du frontalier pour une éventuelle action judiciaire.

En matière contractuelle, les tribunaux compétents et le droit applicable devront être déterminés. Lorsque la Suisse ou un pays de l'Union européenne ou l'Islande ou la Norvège sont concernés, c'est la Convention de Lugano (CL) qui régit la compétence des tribunaux⁷.

Les art. 18 à 21 CL règlent la compétence en matière de contrat individuel de travail. En vertu de l'art. 19 ch. 2 let. a CLug, un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat lié par la Convention peut notamment être attiré devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE l'activité est réputée « habituellement » exécutée dans l'Etat dans lequel le travailleur accomplit l'essentiel de son activité, certains auteurs établissant une valeur limite à 60 %⁸.

Par conséquent, si la part exécutée en télétravail est d'un ou deux jours sur cinq à la maison, le télétravailleur ne pourra en principe pas avoir un for à son domicile, vu que celui-ci ne sera vraisemblablement pas considéré comme son lieu de travail habituel.

S'agissant d'une action ouverte par l'employeur, cette dernière ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat lié par la Convention sur le territoire duquel le travailleur a son domicile (art. 20 al. 1 CLug). Le télétravail n'a donc aucune incidence sur les actions ouvertes par l'employeur. On rappellera qu'il est néanmoins licite de convenir du for (exclusif) au siège de l'employeur en Suisse si le litige est déjà né (art. 21 CLug).

Lorsque les tribunaux suisses sont compétents, le droit applicable pour les contrats de travail présentant un caractère international est déterminé conformément à l'art. 121 LDIP.

Le contrat de travail est donc soumis au droit de l'Etat dans lequel l'employé exécute habituellement son activité. Il n'y a pas de définition précise du terme « habituellement ». En cas de télétravail en alternance, l'existence d'un lieu habituel de travail devra être déterminé. Si le travail est exécuté en grande partie dans les locaux suisses de l'employeur pour un jour seulement de télétravail par semaine, c'est le droit suisse qui s'appliquera⁹.

Si aucun lieu de travail habituel ne peut être déterminé, le droit du lieu où est située la succursale, subsidiairement le droit du siège de l'employeur est applicable (art. 121 al. 2 LDIP). Les parties peuvent néanmoins soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 LDIP).

Si un tribunal d'un pays membre de l'Union européenne est saisi par un travailleur et qu'il est compétent, la question du droit applicable sera tranchée par le Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). En premier lieu, selon l'art. 8 al. 1 du Règlement, le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Si aucun choix n'a été opéré, c'est le droit du lieu habituel d'accomplissement du travail qui s'applique (art. 8 al. 2). Si le lieu habituel où le travail est accompli ne peut être déterminé, le droit du lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur est appliqué (art. 8 al. 3).

Ainsi, si l'employeur autorise le télétravail, il sera impératif de convenir de l'applicabilité exclusive du droit suisse dans les contrats de travail.

2. Régime des assurances sociales

Sous l'angle des assurances sociales, on rappellera que le Règlement européen n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale prévoit que la personne qui exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs territoires est soumise à la législation de l'Etat membre de résidence si elle exerce une partie substantielle de son activité dans cet Etat membre (art. 13 du Règlement).

⁷ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12

⁸ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Conséquences juridiques du télétravail du 16 novembre 2016, p. 64 ; BSK-MEYER/STOJILJKOVIC, n. 11 ad art. 19 CL et références citées

⁹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 64 et 65 ; arrêts du Tribunal fédéral, 4A_489/2011 et 4A_491/2011, du 10 janvier 2012, cons. 2.1

En vertu de l'art. 14 al. 8 du Règlement européen n° 987/2009, « Une partie substantielle d'une activité salariée ou non salariée exercée dans un Etat membre signifie qu'une partie quantitative importante de l'ensemble des activités du travailleur salarié ou non salarié y est exercée, sans qu'il s'agisse nécessairement de la majeure partie de ses activités ». La quantification s'opère sur la base du temps de travail et/ou de la rémunération (art. 14 al. 8 let. a).

L'exercice d'une partie substantielle de l'activité sera ainsi admis si un travailleur frontalier consacre 25 % ou plus de son temps à travailler à distance dans un Etat membre (art. 14 al. 8)¹⁰. Dans ce cadre, le télétravailleur sera soumis au régime d'assurances sociales de son Etat de résidence et non aux assurances sociales suisses.

Compte tenu de la situation particulière liée au COVID-19, une application flexible des règles d'assujettissement a été convenue jusqu'au 30 juin 2022 pour l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche et le Liechtenstein. Dans ce cadre, le travailleur frontalier est considéré comme travaillant en Suisse même lorsqu'il n'est pas en mesure d'exercer physiquement son activité en Suisse¹¹.

En conclusion, les employeurs suisses devraient veiller à limiter contractuellement l'activité à domicile à 20 % de l'activité totale pour les travailleurs frontaliers et contrôler l'application de cette limitation.

3. Conséquences fiscales

Le télétravail a également une incidence fiscale, laquelle dépend d'accords spécifiques entre la Suisse et ses cinq pays voisins. S'agissant de la France, en application de la Convention en vue d'éviter les doubles impositions entre la Suisse et la France du 9 septembre 1966, la portion de la rémunération du travailleur frontalier liée à l'activité qu'il a déployée à son domicile en France, et non à son lieu de travail habituel en Suisse, est imposable en France (et non en Suisse).

Certains cantons (p. ex. Vaud et Neuchâtel) ont néanmoins conclu un accord international avec la France. D'autres cantons en revanche (p. ex. Genève) n'ont pas conclu un tel accord. Par conséquent, s'agissant du canton de Genève, l'enregistrement exact du lieu de travail est indispensable puisque seuls peuvent être imposés les jours de travail effectivement passés sur le territoire suisse.

En raison de la pandémie, la France et la Suisse se sont accordées pour que l'exécution de l'activité en télétravail s'agissant des travailleurs frontaliers n'entraîne pas de conséquences. En substance, les revenus relatifs à des jours de travail qui n'ont pas été effectués comme d'habitude dans l'Etat du siège de l'employeur, mais temporairement à domicile en raison des mesures de lutte contre la pandémie, restent imposés en Suisse¹². Cet accord est en vigueur jusqu'au 30 juin 2022.

4. Recommandations s'agissant du taux du télétravail pour les frontaliers

En conclusion, pour les frontaliers, il est recommandé de fixer la limite du taux de télétravail à 20% maximum du taux d'occupation total (par ex. un jour par semaine) pour les travailleurs frontaliers. En outre, il est préférable de consigner les conditions dans un règlement ou une convention. Le contrat de travail doit impérativement être contractuellement soumis à l'application du droit suisse. Enfin, il est recommandé de bien clarifier l'aspect fiscal du télétravail des travailleurs frontaliers.

E. Obligations de l'employeur et de l'employé

1. Les frais

Le droit suisse ne prévoit pas de règle particulière en cas de télétravail. Le Code des obligations (CO) et La loi fédérale sur le travail (LTr) sont donc applicables au télétravail.

¹⁰ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 66

¹¹ <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/int/donnees-de-base-et-conventions/int-corona.html#:~:text=Personnes%20soumises%20%C3%A0%20l'Accord,les%20restrictions%20li%C3%A9es%20au%20Coronavirus>

¹² <https://www.ge.ch/actualite/imposition-du-teletravail-frontaliers-prolongation-accord-covid-au-30-juin-2022-25-03-2022>

Selon l'art. 327a al. 1 CO, l'employeur doit rembourser au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail. Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail peuvent prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité forfaitaire, à condition qu'elle couvre les frais nécessaires (art. 327a al.2 CO). Cependant, il convient de préciser qu'un tel accord n'est valable que s'il est conclu par écrit et si les frais sont effectivement couverts.

L'employeur peut prévoir un forfait pour le remboursement des frais de l'employé. Toutefois, ce forfait doit couvrir les frais sur une période assez longue, une année par exemple, et non les frais réels du travailleur sur une courte période¹³.

Selon l'art. 327a al. 3 CO, les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls.

Les frais professionnels devant être remboursés par l'employeur sont uniquement les dépenses effectives du travailleur liées à l'exécution de son travail, dépenses qui doivent être nécessaires au regard de l'activité exercée. Il convient de souligner que l'employeur n'est évidemment pas tenu de rembourser les frais personnels de l'employé, soit les frais de nature courante que ce dernier assume de toute façon, qu'il télétravaille ou non. Il est clair que ces frais, généralement fixes, ne découlent pas de manière décisive de l'utilisation professionnelle des locaux et du matériel privés de l'employé. L'on pense notamment à une participation du loyer du domicile de l'employé ou à l'abonnement internet contracté par celui-ci. Toutefois, le Tribunal fédéral a admis la prise en charge par l'employeur de certains frais fixes lorsqu'aucune place de travail adéquate n'est mise à la disposition de l'employé¹⁴.

Néanmoins, le Tribunal fédéral a nuancé le principe exposé à l'art. 327a CO. Il admet que lorsque le télétravail est imposé aux deux parties, en application de mesures décidées par le Conseil fédéral en lien avec la pandémie par exemple, l'employeur sera contraint de rembourser à l'employé uniquement

les frais nécessaires à l'accomplissement du télétravail depuis le domicile (par exemple les surcoûts générés par des communications téléphoniques professionnelles), mais non les frais fixes que l'employé supporte habituellement¹⁵.

Le TF admet encore que lorsque l'employeur décide, pour des raisons de coûts, de ne pas proposer de place de travail à ses employés pour l'accomplissement du travail quotidien, le versement d'un montant de cent cinquante francs par mois à l'employé sera perçu comme raisonnable et non arbitraire pour la participation au loyer, pour un bureau et un lieu de stockage d'archives au domicile privé de ce dernier¹⁶.

Finalement, lorsqu'un employé demande expressément d'exercer son activité à distance pour des questions organisationnelles par exemple, l'employeur qui propose une place adéquate à ce dernier pour exercer son activité professionnelle n'est pas tenu de rembourser les frais professionnels.

L'employeur est donc en droit de renoncer, par écrit, à indemniser l'employé pour ces frais professionnels liés au télétravail.

2. La protection de la santé

L'obligation de l'employeur de protéger la santé de ses employés (art. 328 al. 2 CO notamment) est également applicable en cas de télétravail. De leur côté, les employés sont tenus de respecter les consignes de l'employeur et de respecter les règles imposées, y compris lorsqu'ils télétravaillent. Parmi les différents risques que présente le télétravail, figure par exemple le manque de communications et d'interactions sociales de l'employé en télétravail avec ses collègues, ce qui peut engendrer des conséquences néfastes sur la santé. L'employeur devra donc veiller à éviter ces répercussions néfastes en prenant les mesures nécessaires et adéquates. L'employeur est également tenu, comme nous l'avons vu, de trouver une solution afin que les employés puissent enregistrer leur temps de travail et ceci afin de pouvoir contrôler que les règles relatives à la durée de travail, qui visent notamment à contrôler la durée du repos, s'appliquent¹⁷.

¹³ ATF 131 III 439 in JT 2006 I 35

¹⁴ Arrêt du TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019 résumé in InfoSAJEC août 2019, page 10

¹⁵ DUNAND Jean-Philippe et WYLER Rémy, Coronavirus et droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement, Newsletter DroitDuTravail.ch, du 28 mai 2020, p. 20 et références citées

¹⁶ TF 4A_533/2018, consid. 6.3

¹⁷ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 36

3. Protection des données et confidentialité

L'employeur a également l'obligation de protéger les données personnelles (que ce soit les données de ses employés, celles de clients ou de tiers) selon la Loi fédérale sur la protection des données (LPD), ainsi que selon d'autres lois spécifiques. L'employeur doit donc prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la sécurité de ces données. Ces mesures seront d'ordre technique (sécurité informatique notamment) mais elles comprendront également des directives et des instructions aux employés visant à assurer la confidentialité de ces données¹⁸.

Me Serge Fasel
Me Olivia de Weck

Charlotte Andrey
Sara Charfadi
Audrey Ciucchi
David Masson
Joanna Ybarra



¹⁸ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 51-52

TÉLÉTRAVAIL – QUELQUES RÉFLEXIONS

FBT AVOCATS - Mai 2022

Genève

Rue du 31-Décembre, 47
Case postale 6120
CH – 1211 Genève 6
T. +41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris

4, avenue Hoche
F – 75008 Paris
T. +33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr